

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**

**Ottobre-Dicembre**  
**2023**

[edicolaprofessionale.com/RDP](http://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. PICCININNI - 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. RUGGERI

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. DANOVÌ - 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: Viale Bianca Maria, 15 - 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 - Giuletta Lemmi

---

Fotocomposizione: Sinergie Grafiche Srl - Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)  
Stampa L.E.G.O. S.p.A. - Viale dell'Industria, 2 - 36100 Vicenza

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA - *Stampato in Italia - Printed in Italy*

## INDICE DEL FASCICOLO

---

Anno LXXVIII (Seconda Serie) – N. 4 – Ottobre-Dicembre 2023

### ARTICOLI

ANDREA PROTO PISANI, <i>Significati ed equivoci della «tutela giurisdizionale differenziata»</i> .....	1333
SALVATORE BOCCAGNA, <i>La nuova organizzazione del processo</i> .....	1341
SILVIA SIGNORATO, <i>Gestione dell'atto processuale nel dedalo del processo penale telematico</i> .....	1388
MARCO MOROTTI, <i>Temporaneità delle misure protettive ex art. 8 c.c.i.i.</i> .....	1405

### STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

BRUNO CAVALLONE, <i>Sedie volanti. Identità di un misterioso «rimasticatore»</i> .....	1420
GIOVANNI TURELLI, <i>Il perenne «fluire» del collegio giudicante. Note su Carnelutti «romanista»</i> .....	1428
LELIO DELLA PIETRA, <i>Avvocati all'opera!</i> .....	1456

### DIBATTITI

SIMONETTA VINCRE, <i>La Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione sulle nullità consumeristiche</i> .....	1487
FEDERICA GODIO, <i>Sull'eccezione di risolvibilità del contratto per grave inadempimento</i> .....	1511
MARCO FARINA, <i>Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nella giurisprudenza delle Corti di vertice</i> .....	1527

### ATTUALITÀ LEGISLATIVA

DANIELA D'ADAMO, <i>La contumacia nel nuovo giudizio ordinario di primo grado dinanzi al tribunale</i> .....	1565
GIAMPAOLO FABBRIZZI, <i>Considerazioni sul procedimento semplificato di cognizione</i> .....	1579
MARYAM TURRINI, <i>Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge</i> .....	1609

### NOTIZIE

MATTIA GARAVAGLIA, <i>Il XXXIV Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile</i> .....	1629
--	------

### RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Opere segnalate: <i>Luca Bianchi</i> (Martino Zulberti); <i>Paolo Comoglio</i> (Titina Maria Pezzani); <i>Domenico Dalfino</i> (Simonetta Vincere); <i>Eugenio Dalmotto (a cura di)</i> (Francesca Ferrari); <i>Enrico Gabrielli</i> (Bruno Sassani); <i>Roberta Tiscini, Francesco Paolo Luiso (a cura di)</i> (Elena Merlin); <i>Michelle Vanzetti</i> (Paola Chiara Ruggeri); <i>Alberto Villa</i> (Michelle Vanzetti) .....	1630
---	------

### NOTE A SENTENZA

LORENZO BERNARDINI, <i>Rito penale in absentia e obbligo di presenza processuale: la lettura (pilatesca) della Corte di Giustizia</i> .....	1649
SILVIA TARRICONE, <i>«Rimessione in termini» e condotte processuali di «non contestazione»: una questione ancora aperta</i> .....	1672
PASQUALE MAZZA, <i>Pregiudizialità-dipendenza e continenza secondo l'art. 7, comma 3°, l. n. 218/1995</i> .....	1695
PAMELA CHIARANDA, <i>Sulla esclusione della sanatoria della procura inesistente o mancante in atti ai sensi dell'art. 182, comma 2°, c.p.c. ante riforma</i> .....	1726
LEONARDO LUCA PASTORE, <i>Termini ad impugnandum e decorrenza dalla comunicazione</i> .....	1748

VITTORIA BERTOLDI, <i>Sulla sindacabilità in sede di legittimità dell'interpretazione del titolo esecutivo costituente giudicato</i> .....	1780
FRANCESCA FRISINA, <i>Incapacità di testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c. e onere della «duplice eccezione» secondo le Sezioni Unite</i>	1802

### PANORAMI

NICCOLÒ NISIVOCIA, <i>Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1° luglio – 30 settembre 2023)</i> .....	1822
LAURA COSTANTINO, <i>Osservatorio sulla Cassazione civile</i> .....	1823
<b>INDICE ANNO SESSANTOTTESIMO</b> .....	1839

### INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

<i>Procedimento penale</i> , previsione del diritto nazionale sull'obbligo di presenza al processo di indagati ed imputati, contrarietà all'art. 8, paragrafo 1, della direttiva UE n. 2016/343, insussistenza: Corte di Giustizia UE, sez. I, 15 settembre 2022, C-420/2020 .....	1646
<i>Rimessione in termini</i> , restituzione nel termine per impugnare, necessità di evento che impedisca con absolutezza e causalità l'esercizio tempestivo del potere di impugnare, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 6 luglio 2022, n. 21403 .....	1670
<i>Principio di non contestazione dei fatti</i> , riferibilità esclusiva ai fatti sottesi a domande ed eccezioni di merito, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 6 luglio 2022, n. 21403 .....	1670
<i>Sospensione per pregiudizialità dipendenza nel diritto processuale internazionale</i> , relazione di pregiudizialità dipendenza fra giudizio italiano e giudizio straniero preveniente con rischio di giudicati contraddittori, opportunità di sospensione del giudizio italiano ex art. 7, 3° comma, l. n. 218/1995, sussistenza: Tribunale di Torino, sez. II civ., ordinanza 12 aprile 2023 .....	1691
<i>Litispendenza</i> , inidoneità della domanda di mediazione obbligatoria a determinare la pendenza della lite alla stregua della disciplina italiana di cui al d.lgs. n. 28/2010, divergenza rispetto alla disciplina del procedimento di conciliazione nel diritto processua-	

le svizzero, violazione del principio di parità delle armi di cui all'art. 6 Cedu, insussistenza: Tribunale di Torino, sez. II civ., ordinanza 12 aprile 2023 .....	1691
<i>Procura alle liti</i> , inesistenza o mancanza in atti, sanabilità del vizio ex art. 182, 2° comma, c.p.c. (previgente), insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 21 dicembre 2021, n. 37434 .....	1715
<i>Termine per impugnare</i> , decorrenza del termine dalla comunicazione o notificazione del provvedimento ex art. 702- <i>quater</i> c.p.c., pronuncia del provvedimento in udienza ex art. 281- <i>sexies</i> c.p.c., decorrenza del termine dal giorno dell'udienza, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 5 ottobre 2022, n. 28975 .....	1743
<i>Termine per impugnare</i> , decorrenza del termine per impugnare dalla comunicazione o notificazione del provvedimento ex art. 702- <i>quater</i> c.p.c., omissione della comunicazione e della notificazione, applicabilità del termine semestrale ex art. 327 c.p.c. con decorrenza dalla pubblicazione del provvedimento, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 5 ottobre 2022, n. 28975 .....	1743
<i>Titolo esecutivo giudiziale</i> , denuncia in sede di ricorso per cassazione di errore di interpretazione della portata del titolo costituenti giudicato, natura di vizio consistente nella violazione di norma di diritto ex art. 360 n. 3 c.p.c., potere della Corte di legittimità di sindacare direttamente e anche tramite esame degli atti processuali l'interpretazione del titolo esecutivo, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 21 febbraio 2022, n. 5633 .....	1771
<i>Incapacità di testimoniare</i> , vizio non rilevabile d'ufficio soggetto all'onere di eccezione di parte da sollevarsi prima dell'assunzione della prova, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 6 aprile 2023, n. 9456 .....	1795
<i>Incapacità di testimoniare</i> , prova testimoniale assunta nonostante l'incapacità del teste tempestivamente eccepita dalla parte interessata, nullità della prova soggetta ad eccezione della parte interessata da sollevarsi nei termini di cui all'art. 157, 2° comma, c.p.c. e poi da reiterare in sede di precisazione delle conclusioni a pena di presunzione di rinuncia, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 6 aprile 2023, n. 9456 .....	1795

## ARTICOLI

---

ANDREA PROTO PISANI (\*)

### **SIGNIFICATI ED EQUIVOCI DELLA «TUTELA GIURISDIZIONALE DIFFERENZIATA»**

1. – Quando Luca Passanante mi ha chiesto di introdurre questo incontro con gli amici latinoamericani sulla “tutela giurisdizionale differenziata” ho accettato con piacere perché mi dava occasione di chiarire ancora, spero per l’ultima volta, la storia di questa espressione e soprattutto l’opportunità di evidenziare gli equivoci ai quali essa aveva dato luogo in Italia e il perché io mi senta ancora in colpa per averla adoperata nel lontano settembre 1973. Oggi, per fortuna, quegli equivoci in Italia mi sembra siano stati chiariti, ma in me resta il senso di colpa per aver rischiato di determinare una rottura con amici e colleghi con alcuni dei quali ero legato da stretta amicizia, cui tenevo e tengo ancora molto, per avere percorso insieme gran parte della carriera universitaria.

Che poi quella espressione abbia avuto successo è cosa del tutto diversa, utile probabilmente solo a vivacizzare l’amicizia, ad esempio, con Giovanni Priori, qui presente, che è sufficientemente colto per rendersi conto della pluralità dei significati che può avere quella espressione.

2. – Svoltata questa premessa, la storia di questa espressione risale, trova le sue origini più remote, all’art. 28, legge 20 maggio 1970, n. 300, nota in Italia come Statuto dei diritti dei lavoratori (e, occorrerebbe precisare, dei sindacati). Qualche rapidissimo cenno storico.

La Costituzione italiana del 1948 (al pari della Costituzione tedesca e del Preambolo di quello francese) ha determinato una vera e propria – sono solito dire – rivoluzione copernicana nel sistema dei diritti sostanziali. Diritti portanti dell’ordinamento cessarono di essere, come invece era stato almeno fin dalla Rivoluzione francese in poi, la proprietà e l’impresa e

---

(\*) Lo scritto è il testo rielaborato della relazione letta all’incontro di studio sul tema “*Significati ed equivoci della ‘tutela giurisdizionale differenziata’*”, tenutosi il 21 marzo 2023 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Brescia.

diventano invece i diritti inviolabili della persona umana, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolga la sua personalità e i conseguenti doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Corollario di ciò era l'affermazione del principio fondamentale dell'eguaglianza: il conseguente compito della Repubblica era di attuare l'eguaglianza sostanziale dei cittadini tutti, rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale che la limitano di fatto.

Conseguenza di ciò è stata la puntigliosa enunciazione di diritti di libertà e di tutela del lavoro in tutte le sue manifestazioni, nonché la libertà sindacale e del diritto di sciopero (pur nei limiti di esercizio previsti dalle leggi che lo regolano).

Ovviamente questo non significò esclusione della libertà dell'iniziativa economica privata, ma la sua subordinazione, fra l'altro, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (e, si è aggiunto di recente, alla tutela dell'ambiente); né la soppressione della proprietà privata, ma la sua subordinazione ai limiti derivanti dalla sua "funzione sociale" e dalla necessità di renderla accessibile a tutti.

Dati questi chiarimenti, è subito da dire che, superato il periodo della ricostruzione, negli anni '60 cominciò l'attuazione di questi principi, ricordo per tutti l'unificazione della scuola per tutti fino ai 13 anni, il divieto dei contratti di lavoro a tempo determinato fuori di limitati casi previsti espressamente dalla legge, la subordinazione del licenziamento dei lavoratori ad una giusta causa o ad un giustificato motivo, ed infine l'emanazione del già richiamato Statuto dei diritti dei lavoratori a tutela della loro libertà e dignità, e della libertà sindacale nei luoghi di lavoro. A garanzia del rispetto di tali principi fu introdotto il processo sommario di repressione della condotta antisindacale dei datori di lavoro.

Il relativo art. 28, l. n. 300/1970 (cui ho già fatto cenno) dispone testualmente che "qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero" (ivi compreso, evidentemente, l'eventuale licenziamento di singoli o più lavoratori) "su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali che vi abbiano interesse, il pretore del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi" (cioè con estrema urgenza e rapidità) "convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione (...), ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti" (es. la riapertura degli stabilimenti, la reintegra dei lavoratori licenziati o trasferiti, a causa dell'esercizio della loro libertà

sindacale o della partecipazione allo sciopero o della occupazione di locali della fabbrica ecc. ecc.), e che il decreto è opponibile entro 15 giorni davanti al tribunale che decide con sentenza a cognizione piena.

L'inottemperanza del datore di lavoro al decreto (o alla sentenza di condanna del giudizio di opposizione) "è punita ai sensi dell'art. 650 del codice penale" (che prevede una sanzione per inottemperanza agli ordini dell'autorità amministrativa).

3. – Ho riportato pressoché integralmente il testo dell'art. 28, l. n. 300/1970, perché ci troviamo alla presenza di una disposizione storica che prevede, per la prima volta nella storia italiana di sempre, l'utilizzazione della tutela sommaria a tutela di un diritto di libertà e non più solo – come era avvenuto dal diritto romano, passando per il medioevo a tutta l'età moderna anteriore – a tutela del diritto di proprietà, o dell'impresa.

4. – L'emanazione della l. n. 300/1970 determina l'accelerazione dei lavori parlamentari per l'approvazione della riforma del rito speciale del lavoro, processo a cognizione piena ma distinto dal c.d. rito ordinario di cognizione. L'esistenza di riti speciali del lavoro era dovuta a motivi storici che risalgono al 1893, con la legge sui probiviri per l'industria (cui Enrico Redenti dedicherà nel 1906 un ampio studio e l'opera di "massimizzazione" della relativa giurisprudenza), e poi al 1916 con le istituzioni delle commissioni arbitrali per l'impiego privato, al 1917 con l'istituzione delle commissioni compartimentali arbitrali per gli infortuni sul lavoro in agricoltura; e infine all'introduzione durante il fascismo, con le leggi del 1928 e poi del 1934, delle regole relative in via generale alle controversie (collettive) e individuali di lavoro (leggi rimaste in vigore anche dopo la soppressione del sistema corporativo fascista).

5. – Successivamente all'art. 28, l. n. 300/1970 nessuna altra disposizione di legge ha introdotto procedimenti sommari tipici di tutela rispetto a comportamenti lesivi di diritti di libertà o di doveri di solidarietà. Le uniche naturali eccezioni sono state una serie di leggi contro comportamenti discriminatori per ragioni di sesso, razza ecc. (v. per tutti il d.lgs. n. 215/2003).

6. – Emanata la l. n. 300/1970, l'allora frequentissimo ricorso al procedimento *ex art. 28*, sollecita il governo ad accelerare i lavori relativi alla riforma del processo del lavoro, come rito speciale a cognizione piena, allo

scopo di sottrarre almeno questo processo alla disfunzione del processo ordinario di cognizione del 1942, peggiorata dalla c.d. novella del 1950.

Nonostante i dissensi di alcuni settori dei processualciviltisti, colui che diede un contributo decisivo all'approvazione di questa riforma fu Virgilio Andrioli (oltre al guardasigilli Martinazzoli), nella speranza – come in gran parte poi avvenne – di sperimentare così, per la prima volta in Italia, un processo a cognizione piena ispirato ai principi di concentrazione, immediatezza ed oralità ispiratori della proposta avanzata nel secondo decennio del secolo da Giuseppe Chiovenda, e in gran parte disattesi dalla riforma compromissoria del 1942.

Il tutto nella speranza, se il processo del lavoro avesse avuto successo, di trasporre i risultati sulla riforma all'atipico processo ordinario di cognizione. A tale scopo si puntò moltissimo sulla scelta del pretore, quale giudice monocratico di primo grado competente per materia e soprattutto ad ottenere che il Parlamento disponesse la copertura finanziaria per rinforzare le strutture organizzative (numero dei cancellieri, uscieri ed altro personale ausiliario), indispensabile per qualsiasi riforma processuale che voglia avere successo nella sua pratica applicazione.

Fu così che si giunse nel luglio-agosto del 1973 alla approvazione della l. 11 agosto 1973, n. 533, destinata ad entrare in vigore alla fine dell'anno.

7. – Il rito speciale non pretendeva di avere nulla di rivoluzionario (a differenza del procedimento *ex art. 28* di cui già si è parlato). A parte quanto già detto riguardo al giudice e alle strutture organizzative, esso era un processo a cognizione piena, accelerato tramite una particolare attenzione alla fase preparatoria in cui attore e convenuto dovevano indicare, a pena di decadenza, l'oggetto del processo, con i suoi fatti costitutivi, impeditivi ed estintivi, le relative prove ed eccezioni non rilevabili d'ufficio. Alla prima udienza il giudice poteva, pertanto, arrivare conoscendo i termini effettivi della controversia e svolgere l'interrogatorio libero personale delle parti, e, quindi, tentare, se del caso, anche la conclusione della controversia con una conciliazione delle parti; e, in caso di mancato accordo, collaborare comunque con le parti e i loro difensori per definire il *thema decidendum* ed esercitare eventualmente i poteri istruttori d'ufficio giustificati dai risultati dell'interrogatorio libero delle parti. A seguito della conclusione della eventuale fase istruttoria, il pretore, anche senza soluzione di continuità, invitava le parti alla precisazione delle conclusioni, alla discussione orale e leggeva, nella stessa udienza, il dispositivo della decisione che, se favorevole al lavoratore, era immediatamente esecutiva, e poi depositava entro quindici giorni la sentenza completa delle motivazioni. A

garanzia del diritto di difesa delle parti, ciascuna di esse, nell'udienza di chiusura dell'istruzione, poteva chiedere un termine non superiore a dieci giorni per il deposito di difese scritte, con fissazione, dopo questo termine, dell'udienza per la discussione orale e la pronuncia del dispositivo.

Complessivamente il processo fu accolto favorevolmente da parte dell'avvocatura, anche da coloro che più avevano temuto che si pervenisse ad un processo con poteri sbilanciati del giudice. La ragione del successo fu la constatazione che il processo funzionava e perveniva alla decisione in tempi ragionevoli (anche se non in quelli strettissimi indicati dalla legge).

8. – Nel luglio del 1973 preparai un breve articolo di commento alla riforma pensando di pubblicarlo sul *Foro Italiano*. Andrioli lo trovò troppo superficiale e soprattutto mi disse di dedicare i mesi estivi alla sua ristesura, completando la ricerca della giurisprudenza della Corte Costituzionale relativa ai processi disciplinati dal primo titolo del IV libro del codice, relativo ai procedimenti sommari; ricerca che avevo cominciato a svolgere da tempo a Siena, poiché fra le cose discusse nel corso di un burrascoso convegno del 1971, tenutosi nell'aula Redenti di Bologna, vi era stato anche chi aveva parlato di legge volta ad introdurre un processo "partigiano", suscitando tra l'altro (lo ricordo ancora) la pacata, ma puntuale, risposta dal mio amico Modestino Acone.

Accogliendo la proposta del mio Maestro, negli ultimi giorni di agosto gli inviai dalla costiera amalfitana, per posta espressa, una serie di pagine, sempre più numerose, che avevo redatto nella tranquillità dei mesi estivi.

L'articolo che inviai ad Andrioli era nella sostanza diviso in tre parti: la prima, introduttiva, intitolata –ahimè– "*Crisi del processo e tutela giurisdizionale differenziata*", aveva ad oggetto le ragioni della durata del processo di cognizione e – dopo un ampio esame della giurisprudenza della Corte Costituzionale relativa ai procedimenti sommari del IV libro del codice, quasi tutte di rigetto – si concludeva con un paragrafo dal titolo "Opportunità, oltre che legittimità, dell'intervento legislativo limitato alla riforma del solo processo del lavoro" (cioè, di un processo a cognizione piena differenziato rispetto al processo ordinario di cognizione). Poi l'articolo proseguiva in altre due parti dedicate a "Cenni sul nuovo procedimento del lavoro" e alle "Modalità di formazione del convincimento del giudice".

Con sorpresa appresi che Andrioli non solo aveva considerato buono l'articolo, ma anche ne aveva disposto la sua pubblicazione sul numero di settembre del *Foro Italiano*, cosa che mi sembrò strana perché il fascicolo di settembre del Foro era normalmente già pronto, chiuso a fine luglio (ed

in più Andrioli aveva inviato l'articolo anche agli studi in onore di Costantino Mortati in corso di raccolta e pubblicazione).

Fu solo allora che compresi i motivi della fretta di Andrioli.

Non si trattava di fretta maturata dalla volontà di prevenire critiche al nuovo rito speciale del lavoro, ma di fretta motivata dalla circostanza che davanti alla Corte Costituzionale erano pendenti più questioni di legittimità costituzionale relative al procedimento di repressione della condotta antisindacale e di tutela della libertà ed attività sindacale *ex art.* 28, 1. n. 300/1970, cioè dirette a mettere in discussione una delle poche (e allora unica) disposizioni che attuavano la Costituzione del 1948, questioni che furono tutte spazzate via, dichiarate infondate con riferimento agli artt. 1, 2, 3, 24, 39, 40 Cost., dalla sentenza della Corte Cost. 4 marzo 1974, n. 54, immediatamente pubblicata sul *Foro Italiano* con nota di Giuseppe Pera. La delicatezza delle questioni risolte dalla Corte derivava dalla loro eccezionale rilevanza non tanto giudiziaria, quanto strettamente di politica generale, perché si trattava di questioni che coinvolgevano l'interpretazione dei primi tre articoli della Costituzione italiana del 1948: in sostanza si trattava di chiarire se tali disposizioni avessero valore di principi fondanti del nostro ordinamento e di precetti di immediata applicazione, a tutela della persona umana, e delle formazioni sociali in cui la libertà si manifestava, o invece solo di mere disposizioni "programmatiche" che immediatamente nulla innovavano, perché avevano come destinatario solo il legislatore a venire.

La fretta di Andrioli era pertanto tutta giustificata.

9. – Il rito speciale del lavoro, pur coinvolgendo il pensiero di Chiovenda, era cosa radicalmente diversa: era pur sempre un processo a cognizione piena, da decenni – come si è già visto – presente nel nostro ordinamento (sin dalla fine del 1800). Ed infatti il rito del lavoro sarà esteso successivamente, senza suscitare problema alcuno, alle controversie in materia di locazioni (con salvezza, però, del procedimento di convalida di sfratto), alle controversie dei dipendenti della pubblica amministrazione (a seguito della soppressione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), ai giudizi di opposizione alle ordinanze della pubblica amministrazione irrogatrici di sanzioni pecuniarie, ai giudizi di opposizione ai provvedimenti del garante della *privacy*, ai giudizi di impugnazione dei provvedimenti in materi di registro dei protesti ecc. ecc.

La costituzionalità del processo sommario previsto dall'art. 28, l. n. 300/1970 significava che il lavoro, la dignità della persona umana e l'inderogabilità degli obblighi di solidarietà (pressoché sempre di valore po-

litico: si pensi per tutti al problema degli immigrati che fuggono dalla fame e/o dalla guerra) erano principi immediatamente applicabili, e come tali determinavano, anche sul piano culturale, una vera e propria rivoluzione, di una rivoluzione che, se si vuole, trovava il suo fondamento nel discorso della montagna, nelle beatitudini, nel giudizio finale del Vangelo di Matteo, o, se si vuole, anche nel pensiero di Carlo Marx.

10. – Una volta chiarito l'errore di fondo da me commesso con lo scritto del 1973, consistente nel non avere sufficientemente chiarito che una cosa è la tutela dei diritti offerta dalla cognizione piena tramite il processo ordinario e i riti speciali a cognizione piena quale quello previsto dalla l. n. 533 del 1973: processi che nessun legislatore potrà omettere di prevedere e che sono svolti al perseguimento (tendenziale) della certezza e della verità (nei limiti ovviamente delle possibilità umane, cioè della aspirazione verso questi valori) e che sono sempre destinati a concludersi con un provvedimento avente attitudine al giudicato sostanziale; ed altra cosa è la tutela dei diritti offerta dalla tutela sommaria che mira solo al perseguimento della probabilità e della verosimiglianza, il discorso potrebbe terminare. Ma non lo è e non lo è stato affatto.

È infatti da precisare che si danno casi di diritti (si pensi all'esempio classico del diritto agli alimenti di chi non ha altra possibilità di soddisfare il bisogno della propria sopravvivenza) che necessitano – quanto meno in prima battuta – di forme di tutela sommaria urgente, e quindi della necessità di poter essere fatti valere tramite il ricorso ad una tutela sommaria tipica, idonea ad evitare il verificarsi del danno consistente in un pregiudizio irreparabile e costituzionalmente illegittimo (nell'esempio degli alimenti anche la mancata sopravvivenza o la necessità di fare ricorso alla elemosina privata o pubblica che sia).

Senza con questo volere, in modo alcuno, attribuire al mio articolo del 1973 alcun valore che di certo non aveva, è però da constatare, ai fini limitati del discorso che sto svolgendo nel presente incontro di studio, che l'espressione tutela giurisdizionale “differenziata” non piacque affatto ad alcuni (giovani ed anziani) autorevoli processualcivili italiani, e determinò critiche profonde volte a denunciare il suo contrasto con i caposaldi della “scienza” del diritto processuale civile, affermando che essa era in contrasto con i principi dei fondatori del diritto processuale civile italiano, in quanto volta ad introdurre un sistema “classista” che trovava le sue basi nel pensiero marxista del secolo scorso.

Un fine giurista arrivò addirittura nel 1983 (cioè dopo ben dieci anni dal mio articolo pubblicato sul *Foro Italiano* e dopo i chiarimenti che io

avevo svolto in occasione di un convegno tenutosi a Catania nel 1979, convegno organizzato – non da gruppuscoli pseudo rivoluzionari – bensì dall'Associazione italiana degli studiosi del processo civile) a dedicare al tema ben 83 pagine di un suo articolo (dal titolo “Intorno al nuovo verbo ‘tutela giurisdizionale differenziata’”) pubblicato in una delle tante raccolte di “Scritti in onore” di quegli anni.

Non intendo soffermarmi – tanto meno in questo incontro – su questa polemica, polemica i cui toni oggi mi paiono sempre più conseguenza della non condivisione della lettura della Costituzione italiana del 1948 come rottura violenta con il passato (come ho detto, “rivoluzione copernicana”) nel sistema dei diritti, che ha sostituito alla proprietà e all'impresa i valori della persona umana, della solidarietà, della attuazione della eguaglianza sostanziale e non solo formale.

Vorrei aggiungere infine: fra le conseguenze del nuovo quadro culturale vi fu anche l'esplosione dell'applicazione dei provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, esplosione dovuta alla circostanza dell'entrata in carriera di giovani magistrati nati negli anni '50, i c.d. “pretori d'assalto”, che superarono d'un balzo le interpretazioni restrittive di Satta e Montesano sull'ambito di applicazione dell'art. 700, col sostegno della terza edizione del IV volume del *Commento al c.p.c.* di Virgilio Andrioli, pubblicato nel 1964.

SALVATORE BOCCAGNA (\*)

Professore ordinario nell'Università di Napoli Federico II

## LA NUOVA ORGANIZZAZIONE DEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. Premessa: «organizzare» il processo. – PARTE I: LE REGOLE DEL PROCESSO – 2. La dicotomia rito ordinario/rito semplificato. – 3. (segue) Rigidità e flessibilità del procedimento. – 4. Le modifiche al rito ordinario e il tramonto dell'oralità. – PARTE II: L'ORGANIZZAZIONE IN SENSO STRETTO – 5. L'ufficio per il processo. Il quadro comparatistico. – 6. (segue) Il funzionario giudiziario come «sostituto» del giudice: A) il *Rechtspfleger*. – 7. (segue) B) La riforma della *Oficina judicial* in Spagna e i *Letrados de la Administración de la Justicia* come «*juices del procesal*». – 8. (segue) Rilievi di sintesi. – 9. Transizione. – 10. Il modello italiano di ufficio per il processo: struttura e compiti. – 11. (segue) I compiti sostitutivi e il ruolo del giudice onorario. – 12. (segue) I compiti preparatori e di supporto all'esercizio della giurisdizione. – 13. Conclusioni.

1. – Conviene anzitutto riflettere sulla formula che dà il titolo a questa relazione. «Organizzazione del processo» è locuzione che invano si cercherebbe nel codice di procedura civile. Essa allude certamente a qualcosa di diverso dall'«organizzazione (...) dei servizi relativi alla giustizia», che l'art. 110 Cost. demanda al Ministro della Giustizia: nozione, quest'ultima, il cui ambito appare delimitato *ab externo* dalle attribuzioni che l'art. 105 riserva al Consiglio Superiore della Magistratura in quanto direttamente incidenti sullo *status* di quei «magistrati ordinari» (art. 102) cui spetta di esercitare la giurisdizione mediante il «giusto processo regolato dalla legge» (art. 111).

L'impostazione della Costituzione lascia emergere, dunque, una netta separazione tra il piano della giurisdizione, e del giusto processo mediante il quale essa «si attua», e quello, demandato al Ministro della Giustizia, dell'organizzazione dei servizi strumentali al suo esercizio (da intendersi in senso restrittivo: apprestamento dei mezzi materiali, gestione del personale ausiliario ecc.).

---

(\*) Testo della relazione tenuta al XXXIV Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile su «La riforma della giustizia fra regole della giurisdizione e organizzazione», svoltosi presso l'Università di Napoli Federico II nei giorni 22 e 23 settembre 2023.

La formula «organizzazione del processo» invita a superare la rigidità di questa distinzione, a far interagire i due piani e a coglierne la complementarità; suggerisce una nuova e più ampia considerazione di ciò che chiamiamo «processo», idonea a ricomprendere anche tutto quanto avviene, per dir così, dietro le quinte della scena giudiziaria. Di là dalla classica definizione come sequenza ordinata di atti da compiersi in contraddittorio in vista dell'emanazione di un provvedimento finale, il processo è – anche – qualcosa che si organizza, è un'attività (o un complesso di attività) organizzata in vista di un risultato (starei per dire di un prodotto: ma su ciò tornerò tra un momento) finale.

In cosa consiste questa organizzazione? Nel linguaggio economico, organizzazione è l'«attività che corrisponde in modo sistematico alle esigenze di funzionalità o di efficienza di un'impresa»<sup>(1)</sup>. Scopo dell'organizzazione è dunque l'efficienza, intesa quale situazione di massima capacità produttiva al minor costo possibile o, il che è lo stesso, di allocazione ottimale delle risorse in relazione al risultato atteso.

Una simile considerazione economicistica del fenomeno processuale, che portata alle estreme conseguenze finisce per identificare il processo giurisdizionale con un qualsiasi processo produttivo, non è scevra da rischi.

Il rischio principale è quello di perdere di vista la specificità del «prodotto» ossia, fuor di metafora, lo scopo del processo, che è la tutela effettiva dei diritti. L'effettività della tutela implica sì un processo rapido (*rectius*, di durata ragionevole), ma implica altresì, e direi prima ancora, una decisione giusta (che riconosca, cioè, al titolare del diritto, e solo a lui, tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire, secondo la nota formula chiovendiana). Decisione giusta che, a sua volta, può essere ottenuta solo mediante un giusto processo, nel quale le parti siano messe in grado di svolgere compiutamente e in contraddittorio le proprie difese.

Ecco allora che, come è stato osservato da ultimo proprio in relazione alla riforma Cartabia, «la sovraesposizione dell'efficienza, la sua enfaticizzazione esclusiva, rischia di trasmettere un messaggio di politica del diritto davvero nefasto, vale a dire che la giurisdizione sia un puro costo, in termini di tempo e risorse e che non esistano controinteressi di pari livello»<sup>(2)</sup>. Un messaggio, direi, ancor più deleterio, ove l'idea dell'efficienza come valore in sé, da perseguire ad ogni costo, sia giustificata in un'ottica

---

<sup>(1)</sup> È questa la definizione che si legge nel *Dizionario della lingua italiana*, a cura di Devoto e Oli, Firenze 1995.

<sup>(2)</sup> Cfr. Consulich-Miraglia, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione. Il volto futu-*

di funzionalizzazione dei sistemi di giustizia a obiettivi di pura crescita economica (come nei famosi rapporti *Doing business* della Banca Mondiale), secondo i dettami di un'ideologia neoliberale che finisce per rinnegare il sistema di valori che emerge dalla Costituzione repubblicana e che ha al centro la persona umana, come ci ha ricordato ancora di recente Andrea Proto Pisani<sup>(3)</sup>.

Se ciò è vero, non vi è dubbio, d'altro canto, che l'eccessiva durata dei processi e l'enorme mole dell'arretrato che grava sui nostri uffici giudiziari costituiscono, e non da oggi, il principale fattore di ineffettività della tutela giurisdizionale nel nostro paese, e che per fornire una risposta efficace alla domanda di giustizia il sistema deve essere reso più efficiente. Occorre, cioè, perseguire una più razionale utilizzazione delle risorse funzionali all'erogazione del servizio giustizia, mediante una adeguata ridefinizione delle attività attraverso cui quel servizio viene erogato. Occorre, in altre parole, organizzare, o ri-organizzare, il processo.

In questa prospettiva, attengono all'organizzazione (in senso lato) del processo tutti gli interventi volti ad aumentarne l'efficienza, intesa come la capacità di rispondere in modo adeguato alla domanda di giustizia, utilizzando al meglio le risorse disponibili (e, laddove possibile, incrementando tali risorse).

Questi interventi possono operare su due piani distinti ancorché tra loro complementari<sup>(4)</sup>.

Il primo di questi piani è quello delle regole del processo, in quanto una loro modificazione possa contribuire a rendere più funzionale, nel senso sopra chiarito, l'organizzazione di quel complesso di attività che ha luogo nel processo. È possibile, in questo senso, parlare di «norme di organizzazione», nel solco, se si vuole, della classica distinzione di F. von Hayek tra norme di condotta e norme di organizzazione, ma intendendo queste ultime in un senso più ristretto, che allude alle scelte del legislatore (processuale) volte a migliorare l'organizzazione del processo.

Il secondo piano è quello che potremmo definire dell'organizzazione in senso stretto, relativo cioè agli uomini, ai mezzi, alle strutture materiali,

---

*ribile del sistema penale in due topoi: la giustizia riparativa e l'Ufficio per il processo*, in *disCrimen* 12 febbraio 2022, 2.

<sup>(3)</sup> V. gli scritti dell'a. raccolti nel volume *Persona umana e processo civile*, Milano 2022.

<sup>(4)</sup> Questi due piani, sia detto per inciso, corrispondono a due delle tre linee di intervento in cui si articola la proposta di riforma della giustizia contenuta nel PNRR. La terza linea di intervento, quella che concerne la dimensione extraprocessuale e il potenziamento degli ADR, è estranea a queste riflessioni perché non incide, se non indirettamente, sull'organizzazione (sia pure in senso lato) del processo.

nonché all'organizzazione del lavoro di quanti sono chiamati a prestare la propria opera nel (e intorno al) processo.

Tra i due piani esistono, naturalmente, reciproche interferenze. Da un lato, il piano delle regole condiziona inevitabilmente quello dell'organizzazione (in senso stretto), perché le regole del processo costituiscono la cornice in cui si colloca, e a cui deve necessariamente adattarsi, l'attività di coloro che nel processo sono chiamati a operare. Per convincersene, basti pensare a come è cambiato il modo di lavorare di giudici e avvocati nel passaggio dal «vecchio rito» scaturito dalla novella del 1950 a quello introdotto dalla l. n. 353/1990, ossia da un tipo di processo caratterizzato dall'assenza di preclusioni e da una sostanziale sovrapposizione tra fase preparatoria e fase istruttoria, a uno contrassegnato da una rigida divisione in fasi scandite da un sistema di preclusioni; e a come appare destinato ancora a cambiare il lavoro del giudice in un sistema, quale quello introdotto dalla riforma del 2021/22, che, interponendo tra le verifiche preliminari e l'udienza il diaframma delle memorie di trattazione scritta, costringerà i magistrati (o gli addetti all'ufficio per il processo: ma su ciò *infra*) a studiare ogni fascicolo almeno due volte: una dopo lo scambio degli atti introduttivi per l'esercizio dei poteri contemplati dall'art. 171-*bis* c.p.c., e una dopo il deposito delle memorie integrative per preparare adeguatamente l'udienza di comparizione delle parti<sup>(5)</sup>.

Ma anche il piano dell'organizzazione (in senso stretto) influisce su quello delle regole, in un duplice senso. Da un lato, perché ci sono regole processuali che appaiono dettate esclusivamente dall'intento di assicurare una migliore organizzazione del lavoro dei giudici: si pensi al quesito di diritto di cui all'abrogato art. 366-*bis* c.p.c. o al c.d. principio di autosufficienza del ricorso per cassazione o, ancora, all'udienza di rimessione della causa in decisione di cui al novellato art. 189, che mira esclusivamente a consentire al giudice di gestire i tempi della decisione con riguardo alle cause che si trovano sul suo ruolo.

Sotto altro aspetto, l'applicazione delle regole processuali, e dunque anche il successo o il fallimento di un determinato istituto o, al limite, di un determinato modello processuale complessivamente considerato, sono inevitabilmente condizionati dal modo in cui gli operatori del processo organizzano il proprio lavoro.

---

<sup>(5)</sup> Per questo rilievo, Menchini(-Merlin), *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in questa *Rivista* 2023, 579 s.

Di recente Andrea Proto Pisani<sup>(6)</sup> ha ricordato quanto soleva dire Virgilio Andrioli circa il fatto che non esiste una disciplina del processo talmente buona, da impedire che nella pratica il processo funzioni male o, all'inverso, una così cattiva, da impedire che nella pratica il processo funzioni bene; e il buono o cattivo funzionamento del processo dipende essenzialmente da fattori organizzativi, ossia da quella che ho chiamato l'organizzazione in senso stretto del processo.

La stretta complementarità tra il piano delle norme processuali e quello dell'organizzazione (in senso stretto) è testimoniata storicamente, in bene, dall'esperienza della riforma del processo del lavoro del 1973, in occasione della quale il legislatore non si limitò ad interventi di tecnica processuale, ma accompagnò tali interventi con l'adozione di «importanti misure ordinarie e organizzative», istituendo le sezioni lavoro delle preture (e dei tribunali quali giudici d'appello) alle quali assegnare magistrati specializzati, aumentando l'organico dei giudici di 500 unità (in modo da far sì che ciascun giudice avesse sul ruolo non più di 500 cause all'anno), e prevedendo che i nuovi giudici del lavoro cominciassero a lavorare il 1° gennaio 1974 con un ruolo vergine, cioè senza arretrato<sup>(7)</sup>. Ed è testimoniata, la medesima complementarità, in male, dal sostanziale fallimento, vent'anni dopo, dell'analogo modello di fase preparatoria introdotto dalla l. n. 353/1990 in sede di riforma generale del processo di cognizione: modello che, come è noto, si è scontrato con la (pregiudiziale) opposizione del ceto forense e ha finito per essere snaturato dai successivi interventi legislativi del 1995 e del 2005, che ne hanno profondamente alterato la fisionomia.

Si tratta, come ognuno vede, di due facce di un'unica medaglia. E, da questo punto di vista, bisogna dare atto al legislatore del 2021/22 di avere agito, dopo anni di riforme «a costo zero», su entrambi i versanti, quello delle regole e quello dell'organizzazione in senso stretto.

Di seguito proverò dunque a illustrare i principali interventi della riforma sull'organizzazione (in senso lato) del processo, distinguendo gli interventi che attengono a quelle che ho chiamato «norme di organizzazione», da quelli che riguardano invece l'organizzazione in senso stretto, cioè i mezzi e le strutture.

---

<sup>(6)</sup> Proto Pisani, *Interventi necessari per cominciare a uscire dal tunnel della crisi della giustizia civile in Italia*, in *giustiziavivile.com* 17 maggio 2021, 4.

<sup>(7)</sup> Cfr. Proto Pisani, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, in *Foro it.* 2012, V, 327.

Il minimo comun denominatore di questi interventi è costituito dalla volontà di conseguire un'utilizzazione più razionale della risorsa giudiziaria. Il giudice è una risorsa scarsa che va risparmiata il più possibile, nel senso che va utilizzata solo laddove ce n'è effettivo bisogno e nei limiti in cui ce n'è bisogno, in applicazione del principio di proporzionalità<sup>(8)</sup>. Ciò implica, secondo quanto si legge nell'art. 1 delle *Civil Procedure Rules* inglesi del 1998, cui si deve quella che appare sicuramente come la formulazione più felice del principio in esame, da un lato, trattare la causa in modo proporzionato al suo valore, alla sua importanza, alla complessità delle questioni da essa sollevate, alla situazione finanziaria delle parti; dall'altro, destinare ad essa una quota adeguata dalle risorse giudiziarie, tenendo conto della necessità di destinare risorse ad altre cause.

2. – Iniziando il nostro esame dagli interventi che hanno riguardato le regole del processo, viene anzitutto in considerazione la scelta del legislatore di introdurre un sistema «a doppio binario», che prevede percorsi processuali differenziati per le cause più semplici e per quelle più complesse.

Si tratta, sotto certi aspetti, di un ritorno all'antico, essendo noto che un'analoga struttura «binaria» caratterizzava il sistema del c.p.c. del 1865, basato sulla dicotomia (a sua volta ereditata dai codici sardi) procedimento formale/procedimento sommario.

È altresì noto che la preferenza del ceto forense per il rito sommario, cui il codice unitario (come già i suoi predecessori sardi) dedicava una regolamentazione assai scarna, rese necessario precisarne la disciplina con la l. 21 marzo 1901, che ne sancì ufficialmente il ruolo di procedimento ordinario, applicabile alla generalità delle controversie civili<sup>(9)</sup>. Una vicenda per certi versi speculare a quella toccata in sorte, più di un secolo dopo, al procedimento sommario di cognizione introdotto dalla l. n. 69/2009, che non è mai stato particolarmente amato dalla prassi – anche a cagione della lacunosità, e a tratti ambiguità, della sua disciplina – e che l'intervento odierno mira in certo senso a rivitalizzare mediante una più puntuale

---

<sup>(8)</sup> Sul quale v. le riflessioni di Caponi, *Principio di proporzionalità nella giustizia civile* (2010), ora in Id., *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, Milano 2022, II, 1273 ss.

<sup>(9)</sup> Su questa vicenda cfr., anche per ulteriori riferimenti, Chiarloni, *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, spec. 465 ss.; Picardi, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, *ivi* 1973, spec. 5 ss.

determinazione delle regole di svolgimento del processo, tesa a garantire, secondo l'esplicita previsione della legge-delega, «termini e tempi prevedibili e certi per lo svolgimento delle difese e il maturare delle preclusioni».

La scelta di prevedere riti differenziati in ragione della complessità della controversia sembra distinguere il nostro ordinamento rispetto alla tendenza che emerge a livello europeo, che è piuttosto quella di prevedere un unico procedimento, caratterizzato al suo interno da una pluralità di modelli di trattazione, in modo da adeguare la trattazione della causa alle caratteristiche della singola controversia. La scelta tra i diversi modelli di trattazione è compiuta dal giudice (possibilmente con la collaborazione delle parti) *in limine litis*, nell'esercizio dei suoi poteri di direzione del procedimento<sup>(10)</sup>.

Gli esempi che si possono fare al riguardo sono quelli del Regno Unito, dove il giudice è chiamato, subito dopo lo scambio dei *pleadings* introduttivi, e all'esito di un'interlocuzione con le parti che può avvenire per iscritto o in un'apposita udienza, ad effettuare l'*allocation* della causa ad uno dei tre *tracks* (*small claims track*, *fast track*, *multi-track*); o della Germania, dove il § 272 ZPO rimette al giudice la scelta se far precedere l'udienza principale da una prima udienza immediata o avviare il procedimento preliminare scritto.

Non mancano ordinamenti in cui si assiste a una combinazione tra i due sistemi: è il caso della Francia, dove da un lato si distingue tra la *procédure écrite*, che è quella di generale applicazione, e la *procédure orale*, che trova applicazione nei casi in cui le parti sono dispensate dall'obbligo di nominare un avvocato (il che dipende di norma da ragioni di valore); dall'altro, nell'ambito della *procédure écrite* è prevista un'apposita *audience d'orientation*, che si svolge immediatamente a valle degli atti introduttivi, e nella quale il presidente della sezione è chiamato ad individuare il *circuit* più adeguato tra i tre previsti dalla legge (*circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*).

La distanza tra la soluzione italiana e quelle adottate dagli ordinamenti, che riconoscono al giudice il potere di modulare la trattazione, adattandola alle caratteristiche della singola controversia, risulta sulla carta ridimensionata dalla circostanza che i due riti, quello ordinario e quello semplificato, non costituiscono, per dir così, due mondi separati, ma co-

---

<sup>(10)</sup> Cfr., al riguardo, Caponi, *Processo civile e complessità*, in Id., *Dogmatica giuridica e vita*, cit., II, spec. 1294 s.

municano tra loro in entrambe le direzioni, essendo ammesso – come già avveniva, dal 2014, con riguardo al vecchio procedimento sommario – tanto il passaggio dal rito ordinario al rito semplificato quanto quello dal rito semplificato al rito ordinario; sicché l’iniziale valutazione dell’attore circa il rito da seguire è sempre soggetta a verifica da parte del giudice, al quale rimane in definitiva rimessa la scelta del percorso processuale più adeguato<sup>(11)</sup>. Ciò è ancor più vero oggi che l’art. 281-*decies* c.p.c. fa dipendere l’applicabilità del rito semplificato da presupposti, la cui sussistenza in concreto può essere apprezzata solo all’esito della costituzione del convenuto, e rispetto ai quali, pertanto, all’attore non può richiedersi più che una prognosi; ciò che rende giustificata l’affermazione<sup>(12)</sup> secondo cui non questi, ma il giudice è il vero destinatario della disposizione.

Senonché la disciplina dei rapporti tra rito ordinario e rito semplificato presenta profili di criticità, che finiscono per rendere pressoché teorico il potere del giudice (segnatamente di quello adito con rito ordinario) di instradare la controversia sul percorso processuale più adeguato.

Il più vistoso di questi profili di criticità riguarda il momento in cui è collocata dal novellato art. 183-*bis* c.p.c. (*rectius*, in cui risulta collocata per effetto delle modifiche apportate alla disciplina della trattazione) la «passerella» verso il rito semplificato.

Invero, l’istituzione di percorsi processuali alternativi per le cause più semplici e per quelle più complesse impone di individuare un meccanismo, che consenta di separare per tempo, e così sin dalle battute iniziali del processo, le une dalle altre, al fine di poter beneficiare dei vantaggi che un rito più spedito è in grado di offrire anzitutto sul piano (delle modalità) della trattazione. Più limitati appaiono invece i benefici che l’adozione di un rito «accelerato» può assicurare con riguardo all’istruzione della causa, stante la necessità di dare ingresso pure in tale rito a tutte le prove anche costituenti (come riconosciuto dalla giurisprudenza in relazione al vecchio procedimento sommario)<sup>(13)</sup>. Ciò è tanto più vero oggi che i due riti si

---

<sup>(11)</sup> Nel senso che l’introduzione dell’art. 183-*bis* c.p.c. testimonierebbe un’inversione di tendenza del legislatore italiano, nel senso di un allineamento alle esperienze europee caratterizzate dall’adozione di modelli flessibili di trattazione della causa, cfr. Caponi, *Rigidità e flessibilità del processo civile* (2016), ora in Id., *Dogmatica giuridica e vita*, cit., I, 382 ss.

<sup>(12)</sup> Cfr. Carratta, *Le riforme del processo civile*, Torino 2023, 79.

<sup>(13)</sup> Cfr., da ult., Cass. 10 maggio 2022, n. 14734, in *Foro it.* 2023, I, 1620.

presentano, dal punto di vista dell'istruttoria, perfettamente identici, essendo stato espunto dal(l'istruttoria del) rito semplificato ogni elemento di deformalizzazione<sup>(14)</sup>.

Anche con riguardo alla fase di decisione le differenze tra i due riti sono ridotte al minimo, dato che pure nel rito ordinario è possibile optare per il modello di decisione a seguito di trattazione orale ai sensi dell'art. 281-*sexies*, «saltando» così lo scambio degli scritti conclusionali.

Per massimizzare i benefici derivanti dall'introduzione di un rito semplificato per le controversie di minore complessità, appare dunque essenziale che queste ultime siano instradate sul relativo binario sin dall'inizio del processo. A tal fine, non sarebbe apparsa irragionevole la scelta di collocare un simile spoglio preliminare subito a valle degli atti introduttivi, affidandolo al capo dell'ufficio ovvero al giudice designato a norma dell'art. 168-*bis* c.p.c., opportunamente coadiuvato dal nuovo ufficio per il processo.

La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 149/2022, invece, pur comprendendo la questione relativa alla «sussistenza dei presupposti per procedere con rito semplificato» tra quelle che il giudice è tenuto a segnalare alle parti sin dal decreto contenente le verifiche preliminari (al fine di consentirne la trattazione nelle memorie integrative di cui all'art. 171-*ter*), continua a collocare la relativa decisione nel corso della prima udienza, udienza che peraltro nel sistema della riforma ha luogo in un momento nel quale la trattazione della causa è già pressoché esaurita e dunque i vantaggi ricavabili dall'eventuale mutamento di rito sono praticamente azzerati.

Ciò avrà presumibilmente l'effetto di disincentivare il giudice non solo dal disporre la conversione del rito ma, più radicalmente, dall'indagare se sussistono i presupposti per la conversione stessa<sup>(15)</sup>, con la conseguenza che il nuovo art. 183-*bis* finirà per fallire, non diversamente dal vecchio.

L'aver collocato (del tutto irragionevolmente) la «passerella» per il rito semplificato a valle della trattazione scritta, cioè in un momento nel quale i vantaggi del mutamento di rito sono praticamente nulli, costituisce a ben

---

(14) Sul punto gli interpreti appaiono concordi: cfr., tra gli altri, Luiso, *Il nuovo processo civile*, Milano 2023, 143; Balena, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in Aa.Vv., *La riforma del processo civile*, a cura di Dalfino, supplemento al n. 4/22 de *Il Foro italiano*, 164; Menchini(-Merlin), *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado*, cit., 606; Motto, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *judicium.it* 16.1.2023, par. 5. *Contra*, tuttavia, Tiscini, in Ead. (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa 2023, 438 s., secondo la quale anche nel nuovo procedimento semplificato l'istruttoria dovrebbe avvenire «nella totale deformalizzazione».

(15) Cfr. Tiscini, *op. cit.*, 397.

guardare il frutto di un approccio «riduttiv(o), se non per molti versi addirittura improprio(o)»<sup>(16)</sup> al tema della complessità processuale, che il legislatore sembra concepire esclusivamente come complessità istruttoria (che in quanto tale può essere apprezzata solo all'esito della trattazione).

Dal combinato disposto degli artt. 183-*bis* e 281-*decies* c.p.c., infatti, si ricava che il passaggio al rito semplificato è consentito (*rectius*, imposto) per le sole cause qualificabili come «semplici» ai sensi di quest'ultima disposizione, senza che al giudice sia riconosciuto il potere di valorizzare ulteriori indici di complessità/semplificata della controversia. E ciò sia nel senso che egli non può, apparentemente, astenersi dall'instradare verso il rito semplificato cause che presentino uno degli indici di semplicità dell'art. 281-*decies*, quand'anche sussistano in concreto concorrenti fattori (per dir così innominati: numero delle domande, complessità delle questioni di fatto e/o di diritto; eventuale pluralità di parti ecc.) di complessità (fattori che possono invece essere valorizzati nella direzione inversa: art. 281-*duodecies*, comma 1°, seconda parte); sia nel senso che non gli è consentito instradare verso il rito semplificato controversie che possano ritenersi «semplici» in un senso diverso da quello dell'art. 281-*decies* (e che, se introdotte *ab origine* con rito semplificato, non sarebbero necessariamente soggette a conversione del rito ai sensi dell'art. 281-*duodecies*, comma 1°)<sup>(17)</sup>.

Senonché non può sfuggire la profonda irrazionalità di un sistema che, da un lato, concepisce la distinzione tra cause semplici e cause complesse esclusivamente in funzione delle rispettive esigenze istruttorie; dall'altro istituisce per le due categorie di controversie (quelle semplici e quelle complesse) percorsi processuali che appaiono, dal punto di vista dell'istruttoria, perfettamente identici!

---

<sup>(16)</sup> Così Dondi, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 936.

<sup>(17)</sup> Per una diversa lettura, Tiscini, *op. cit.*, 399 s., secondo la quale il nuovo testo dell'art. 183-*bis*, non diversamente dal vecchio, consentirebbe di attribuire rilievo, ai fini del mutamento del rito, a circostanze ulteriori rispetto alla semplicità istruttoria (sicché, ad es., la conversione sarebbe ammessa anche in relazione a controversie semplici in punto di diritto, mentre andrebbe esclusa con riguardo a controversie semplici in fatto ma complesse in diritto). V. anche Balena, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 158, nota 5; Menchini(-Merlin), *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado*, cit., 605 s.

Tale lettura mi sembra peraltro incompatibile con la formulazione letterale del novellato art. 183-*bis*, secondo cui il giudice deve sì valutare (come nel vecchio testo) la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, ma può disporre il passaggio al rito semplificato solo «se rileva che in relazione a tutte le domande proposte ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'art. 281-*decies*».

Sembra dunque possibile affermare che un intervento razionalizzatore della disciplina del mutamento di rito dovrebbe:

a) collocare la «passerella» tra procedimento ordinario e procedimento semplificato a monte anziché a valle della trattazione, in modo da massimizzare i vantaggi ricavabili dalla conversione del rito;

b) ridefinire coerentemente i presupposti di applicabilità del rito semplificato, adottando una formulazione il più possibile elastica, che, anziché fare perno esclusivamente sulle esigenze istruttorie, consenta al giudice di valorizzare adeguatamente, in concreto, tutti quei fattori (difficilmente definibili *a priori*) dai quali può dipendere la qualificazione di una determinata controversia come «semplice» oppure «complessa».

Una razionalizzazione della disciplina positiva nel senso ora indicato non sembra preclusa all'interprete, sol che si sia disposti a compiere una duplice operazione di «ortopedia normativa».

a) La prima operazione consiste in una lettura dell'art. 281-*decies*, comma 1°, c.p.c., che consenta di definire in modo sufficientemente ampio ed elastico i presupposti di applicabilità del rito semplificato. A tal fine, sul piano letterale, mi sembra valorizzabile la duplice circostanza:

aa) che nell'art. 281-*decies*, diversamente da quanto avveniva nella legge-delega, l'inciso «di pronta soluzione» è riferito non già alla prova (come nell'art. 648), ma alla domanda; sicché «domanda di pronta soluzione» potrebbe essere interpretato *tout court* come sinonimo di domanda semplice;

bb) che, sempre a differenza di quanto avveniva nella legge-delega, il riferimento all'«istruttoria non complessa» non è specificato dall'aggettivo «costituenda»; il che rende possibile sostenere che il legislatore non abbia qui inteso riferirsi all'istruttoria in senso stretto, intesa come istruzione probatoria, bensì, più genericamente, alla semplicità di trattazione della causa, avuto riguardo al numero e alla complessità delle questioni da essa sollevate (come del resto già riconosciuto da dottrina e giurisprudenza con riguardo all'analogia locuzione contenuta nell'abrogato art. 702-*ter*).

b) La seconda operazione consiste nel valorizzare il disposto dell'art. 175 c.p.c., in tema di potere di direzione del procedimento, al fine di ritenere che il giudice, ove ravvisi la sussistenza dei «presupposti per procedere con rito semplificato», possa fissare, a monte del decreto *ex* art. 171-*bis*, un'apposita udienza per consentire alle parti di interloquire sulla questione<sup>(18)</sup>; per poi disporre il passaggio al rito semplificato già

---

<sup>(18)</sup> Una soluzione analoga è suggerita da (Menchini-)Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado*, cit., 590, al fine di consentire la realizzazione anticipata

con il suddetto decreto, evitando così lo scambio delle memorie di trattazione scritta.

3. – Un problema ulteriore – che attiene sempre al piano delle regole del processo – concerne poi l'adeguatezza di ciascun percorso processuale rispetto al tipo di controversie ad esso destinate.

Il legislatore della riforma ha optato al riguardo per un sistema rigidamente «binario», basato sull'equazione cause complesse=trattazione scritta/cause semplici=trattazione orale. Si tratta di una scelta, che appare non priva di una sua intrinseca ragionevolezza e che sembra, d'altra parte, trovare un certo riscontro sul piano comparatistico: si pensi all'alternativa, già ricordata, tra *procédure écrite* e *procédure orale* contemplata dal *code de procédure civile* francese, o a quella, analoga, tra *juicio ordinario* e *juicio verbal* prevista dalla *Ley de enjuiciamiento civil* spagnola.

In realtà la duplice corrispondenza tra complessità e scrittura da un lato, e semplicità e oralità dall'altro, è vera solo in via tendenziale, non potendo escludersi che, almeno in alcuni casi, siano proprio le cause più complesse a potersi giovare dell'interlocuzione chiarificatrice triadica e ravvicinata che ha luogo nell'udienza orale, mentre per converso nei giudizi più semplici la presenza fisica delle parti può risolversi in una onerosa formalità<sup>(19)</sup>.

Del resto, lo stesso panorama che emerge dal confronto con altri ordinamenti è, al riguardo, alquanto più composito e appare piuttosto caratterizzato dall'attribuzione al giudice di incisivi poteri di *case management* nell'ambito di modelli processuali contrassegnati da un elevato coefficiente di flessibilità.

In Francia, ad es., se è vero che in linea di principio il sistema si basa – non diversamente da quanto si è previsto oggi da noi – sull'alternativa *procédure écrite/procédure orale*, su quest'alternativa di base possono poi innestarsi una serie di varianti, scelte dal giudice, non di rado con la collaborazione delle parti, in ragione delle caratteristiche della singola controversia, alla quale viene fornito, per dir così, un abito su misura in luogo di uno *prêt à porter*.

Si è già detto del sistema dei *circuits* e del potere, riconosciuto al presidente della sezione nell'ambito della *procédure écrite*, di procedere,

---

del contraddittorio sulle providenze preliminari che il giudice è tenuto a disporre nel decreto *ex art. 171-bis*.

<sup>(19)</sup> Per un analogo rilievo, sia pure con precipuo riferimento alla discussione finale, cfr. Giussani, *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione*, in questa *Rivista* 2023, 3.

in alternativa alla nomina del *juge de la mise en état*, all'istruzione in udienza quando la causa appare pronta per essere decisa nel merito alla luce delle *conclusions* che le parti si sono già scambiate e dei documenti che hanno costituito oggetto di reciproca comunicazione (c.d. *circuit court*); ovvero di fissare una successiva udienza, ordinando un ultimo scambio di *conclusions* tra le parti o un'ultima comunicazione di documenti (*circuit moyen*).

Come è stato autorevolmente osservato al riguardo (sia pure anteriormente alla riforma del 2019, che ha istituito il *tribunal judiciaire* accorpando in esso i precedenti organi giudiziari di prima istanza, *tribunal de grande instance* e *tribunal d'instance*), «è di particolare rilievo il fatto che anche davanti al *tribunal de grande instance* una causa possa essere introdotta, istruita, discussa e decisa nel corso della stessa udienza, la quale – almeno in teoria – potrebbe essere la prima. La procedura scritta si riduce, in quest'ipotesi alla sua espressione minima, tanto da somigliare fortemente alla procedura orale»<sup>(20)</sup>.

Nell'ambito di quest'ultima procedura, d'altra parte, l'art. 828 *code de procédure civile* prevede che in qualsiasi momento le parti possano accordarsi per far sì che il processo si svolga senza udienza, nel qual caso le istanze e difese delle parti sono formulate interamente per iscritto. E tuttavia anche in tal caso il giudice può decidere di fissare un'udienza se ritiene che non sia possibile pronunciare sulla base delle prove scritte o se una delle parti lo richieda.

Oltre al rilievo conferito alla volontà delle parti, che ha fatto parlare taluno di «contrattualizzazione» della procedura<sup>(21)</sup>, mi sembra significativo il fatto che tanto l'innesto dell'oralità nell'ambito della procedura scritta, conseguente all'opzione per il *circuit court*, quanto, all'opposto, l'innesto della scrittura nell'ambito della procedura orale, sono riconducibili a esigenze di semplificazione, che inducono a deviare dal percorso originario qualora le concrete caratteristiche della controversia facciano apparire superflua, rispettivamente, la concessione di ulteriori termini per lo scambio di difese scritte o la comparizione delle parti in udienza<sup>(22)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Cfr. Cadiet, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in Aa.Vv., *Elementi per una definizione di complessità processuale*, a cura di Dondi, Milano 2011, 118.

<sup>(21)</sup> Sul punto, con particolare riferimento alle riforme realizzate con la *loi n. 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, cfr. Silvestri, *Azione riformatrice e processo civile: tendenze e mutazioni nell'ordinamento francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, spec. 937 s.

<sup>(22)</sup> Analogamente in Spagna, nell'ambito del *juicio verbal*, si prevede (art. 438 *LEC*)

Anche il processo civile inglese offre significativi spunti in grado di sconfessare la rigidità della corrispondenza semplicità=trattazione orale/ complessità=trattazione scritta. Invero, nell'ambito del c.d. *multi-track*, che è il percorso processuale riservato alle cause più complesse e/o di maggior valore, e che, al pari degli altri, è caratterizzato da una trattazione in linea di principio scritta, si prevede la possibilità per il giudice di fissare una *case management conference*, volta a verificare, in contraddittorio con gli avvocati delle parti – che dovranno comparire adeguatamente preparati e forniti di tutti i poteri necessari a trattare le questioni che potranno sorgere – se la causa sia sufficientemente chiara sulla base degli atti introduttivi; se siano necessarie modifiche alla domanda, a uno *statement of case* o a un qualsiasi altro documento; se sia necessaria, e in che misura, la *disclosure* di documenti o di altri mezzi di prova; se sia necessaria una consulenza tecnica; quali disposizioni debbano essere prese con riguardo ad eventuali ulteriori chiarimenti o informazioni che si rendano necessarie e alle domande da rivolgere agli esperti; e infine se sia opportuno e risponda a ragioni di economia processuale ordinare uno *split trial* o un *trial* per la decisione di una o più questioni preliminari (cfr. *Civil Procedure Rules, Practice Direction 29, 5.3*)<sup>(23)</sup>. In questo caso, dunque, la trattazione orale è utilizzata come strumento per la gestione di cause complesse.

Nella medesima prospettiva, va ricordato che il procedimento europeo per le controversie di modesta entità di cui al Reg. CE n. 81/2007 è, in linea di principio, un procedimento scritto, sia pure con la possibilità, prevista dall'art. 5, di fissare un'udienza se le parti lo richiedano o il giudice lo ritenga necessario.

Il quadro comparatistico ed europeo lascia dunque emergere il superamento dell'idea tradizionale che vuole lo scritto veicolo privilegiato della complessità, in favore di un approccio flessibile, teso a valorizzare le caratteristiche della singola controversia.

---

che tanto l'attore quanto il convenuto debbano *in limine litis* pronunciarsi sull'opportunità della celebrazione dell'udienza orale: con la conseguenza che, se nessuna delle parti la richiede e il giudice non reputa comunque opportuna la sua fissazione, la sentenza è pronunciata *sin más trámites*. Anche in tal caso, peraltro, sarà sufficiente che una delle parti chieda di fissare l'udienza affinché il *Letrado de la Administración de la Justicia* indichi il giorno e l'ora della sua celebrazione. Tuttavia, in qualsiasi momento successivo, prima dell'udienza, ciascuna parte può recedere dalla propria richiesta allegando che la controversia è di puro diritto. Nel qual caso, se l'altra parte non si oppone, la causa sarà rimessa in decisione se il tribunale lo ritiene.

<sup>(23)</sup> Sul punto, cfr. Passanante, voce *Processo civile inglese*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano 2010, 982.

Nel nostro ordinamento l'adozione di un approccio del genere deve naturalmente fare i conti con l'art. 111 Cost. e con l'ivi prevista garanzia del giusto processo regolato dalla legge.

Senza voler qui ripercorrere *funditus* il dibattito – del resto ampiamente noto – sviluppatosi intorno a questa disposizione, possiamo limitarci a ricordare le due posizioni estreme, la prima – autorevolmente sostenuta, tra gli altri, da Sergio Chiarloni – secondo la quale l'art. 111 Cost. non impedirebbe al legislatore di adottare un modello procedimentale «caratterizzato da flessibilità, privo di un ordine procedimentale rigidamente prefissato e con un giudice dotato di (una certa) libertà nello scegliere le forme dell'agire più adeguate al perseguimento del risultato»<sup>(24)</sup>, fermo restando il rispetto del contraddittorio; la seconda – facente capo, tra gli altri, ad Andrea Proto Pisani – a mente della quale il precetto costituzionale imporrebbe invece una rigida predeterminazione da parte del legislatore delle regole di svolgimento del processo, al fine di assicurare la titolarità in capo alle parti di veri e propri poteri processuali e non soltanto di soggezioni (alla discrezionalità del giudice) nonché la controllabilità *in iure*, ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c., della massima parte del procedimento di formazione del convincimento del giudice<sup>(25)</sup>.

Tra queste due posizioni estreme è forse possibile individuare una via intermedia (che è poi quella seguita dalla maggior parte dei legislatori europei, e in – minima – parte anche dal nostro), consistente nel riconoscere al giudice, non già un generale potere conformativo delle regole processuali (che in quanto tale si porrebbe sicuramente in frizione con il precetto costituzionale e con i valori ad esso sottesi), bensì, più limitatamente, un potere di scelta, in concreto, fra più opzioni ugualmente predeterminate dalla legge, in modo da coniugare i vantaggi offerti da una maggiore flessibilità degli snodi procedimentali con i valori sottesi alla predeterminazione legale delle regole di svolgimento del processo<sup>(26)</sup>.

In un siffatto ordine di idee si colloca, ad es., la disposizione dell'art. 281-*duodecies*, 4° comma, c.p.c., che, nell'ambito del procedimento semplificato di cognizione (il cui andamento risulta oggi, in generale, notevolmente irrigidito a seguito dell'intervento «desommarizzatore» della rifor-

---

(24) Così Chiarloni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in Aa.Vv., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano 2000, 18.

(25) Cfr. Proto Pisani, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.* 2002, V, 65.

(26) Sul punto, in una prospettiva non distante da quella enunciata nel testo, Donzelli, *Sul «giusto processo» civile «regolato dalla legge»*, in questa *Rivista* 2015, 942 ss.

ma), consente al giudice, «se richiesto e sussiste giustificato motivo», di concedere alle parti termini per lo scambio di difese scritte contenenti la precisazione e modificazione di domande, eccezioni e conclusioni già formulate e l'indicazione dei mezzi di prova: attività che, in mancanza, le parti avrebbero l'onere di compiere in udienza.

La disposizione, che ricorda la versione originaria dell'art. 183 *post* riforma del 1990, introduce un opportuno elemento di flessibilità, consentendo alle parti di avvalersi dello scritto laddove la complessità delle difese svolte negli atti introduttivi, pur non essendo tale da imporre il passaggio al rito ordinario, possa nondimeno rendere in concreto non esigibile l'esercizio immediato, all'udienza, dello *ius variandi* e la proposizione delle istanze istruttorie. Lo scritto viene dunque qui utilizzato secondo la sua funzione, per così dire, tradizionale di veicolo della complessità.

In una direzione opposta, ossia al fine di evitare lo svolgimento dell'udienza laddove l'estrema semplicità o il carattere seriale o standardizzato della controversia facciano apparire la presenza fisica (dei difensori) delle parti come un'inutile formalità, mi sembra che un ulteriore elemento di elasticità della trattazione nell'ambito del rito semplificato possa essere offerto dall'applicazione dell'art. 127-*ter* in tema di svolgimento dell'udienza in modalità «cartolare», disposizione che riterrei invece inapplicabile al(la prima udienza del) rito ordinario stante la prevista obbligatorietà dell'interrogatorio libero delle parti.

Venendo ora al rito ordinario, gli elementi di flessibilità si concentrano tutti nella fase della decisione, nell'ambito della quale è riconosciuta (alle parti o al giudice) la facoltà di scegliere fra tre distinti modelli (decisione a seguito di trattazione scritta, mista o orale, nell'ambito della quale, peraltro, la riforma ha introdotto un ulteriore elemento di elasticità, prevedendo la possibilità per il giudice, al termine della discussione orale, di riservare la decisione depositando la sentenza nei sessanta giorni successivi), cui si aggiungono oggi le due ordinanze definitive disciplinate dagli artt. 183-*ter* e 183-*quater*.

Nessun elemento di flessibilità è invece previsto nella fase di trattazione, dalla quale anzi la riforma ha eliminato l'unico fattore di elasticità teoricamente previsto dalla disciplina anteriore, ossia l'alternativa (rimessa peraltro nella disponibilità delle parti e non del giudice) fra trattazione in udienza o mediante scambio di memorie tra le parti.

4. – La riorganizzazione della fase preparatoria del processo ordinario, con l'anticipazione delle memorie di trattazione scritta già disciplinate dall'art. 183, 6° comma, c.p.c., costituisce indubbiamente uno degli inter-

venti più significativi della riforma, uno dei «piatti forti», come li ha definiti Sergio Menchini, dalla cui riuscita dipenderà il successo o meno dell'intero ristorante<sup>(27)</sup>.

Si tratta di un intervento apparentemente innocuo e di mera razionalizzazione, ma che è in realtà destinato a mutare profondamente la fisiologia del rito ordinario di cognizione, poiché incide su due aspetti fondamentali, che da sempre rappresentano dei tratti distintivi dei vari modelli processuali, vale a dire, da un lato, il rapporto tra oralità e scrittura, dall'altro l'individuazione del momento dell'«entrata in scena» del giudice.

L'innovazione comporta, in particolare, il (definitivo?) superamento dell'idea, che fu alla base della riforma processuale del 1990 (e già prima di quella del processo del lavoro del 1973) – ma che vanta, com'è noto, ascendenze ben più remote – secondo cui le attività intese alla determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* devono compiersi in udienza, mediante la collaborazione attiva tra il giudice e le parti.

Si tratta di un percorso avviatosi, già all'indomani della l. n. 353/1990, con la mini-riforma del 1995, che aveva eliminato dall'allora 5° comma dell'art. 183 c.p.c. la previsione che subordinava alla sussistenza di «giusti motivi» la concessione dei termini per il deposito di memorie di trattazione scritta.

Successivamente, la l. n. 80/2005 aveva eliminato l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero delle parti, che nell'impostazione originaria della riforma costituiva il cuore della trattazione, destinato com'era a favorire la presa di posizione di ciascuna parte sui fatti allegati dalla controparte (anche allo scopo di renderne palese l'eventuale non contestazione) nonché l'emersione di nuovi fatti principali o secondari non allegati negli atti introduttivi e/o di fonti materiali di prova, in funzione, rispettivamente, della precisazione e modificazione (originariamente solo previa autorizzazione del giudice) delle domande, eccezioni e conclusioni già formulate, e della proposizione delle istanze istruttorie<sup>(28)</sup>.

È evidente che, una volta eliminata, da un lato, l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero, e istituzionalizzata, dall'altro, l'appendice di trattazione scritta quale sede privilegiata se non esclusiva della trattazione della causa, il significato dell'udienza progressivamente si perde, e la stessa finisce per risolversi, nella maggior parte dei casi, «nella mera concessione

<sup>(27)</sup> Cfr. Menchini(-Merlin), *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado*, cit., 579.

<sup>(28)</sup> Sulle funzioni dell'interrogatorio libero nel sistema della riforma del 1990 cfr., per tutti, Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 131 ss.

dei termini di cui all'art. 183, sesto comma, c.p.c., accompagnata dal rinvio della causa ad una udienza di ammissione dei mezzi di prova, fissata, in considerazione dei ruoli gravanti sui singoli magistrati, anche a diversi mesi». Un sistema, questo, che finisce per «disincentiva(re), da un lato, le parti ad una reale ed informata partecipazione all'udienza e, dall'altro, il giudice ad un attento studio preliminare dei fascicoli. D'altra parte, la mancata, esatta definizione del perimetro assertivo e probatorio della causa rende difficoltoso per il giudice formulare, già in sede di prima udienza, proposte conciliative»<sup>(29)</sup>.

È chiaro che, se questa è la diagnosi, non ci sono che due possibili cure: o provare a rivitalizzare la prima udienza (come avveniva in una delle due proposte formulate, al riguardo, dalla commissione Luiso, ove, per un verso, le preclusioni istruttorie erano anticipate al momento degli atti introduttivi; per altro verso l'appendice di trattazione scritta a valle della prima udienza era riservata alle cause anche formalmente più complesse); o introdurre un sistema a trattazione scritta, che è la strada prescelta, forse con maggior realismo, dal legislatore della riforma.

È mia convinzione che, di fronte a innovazioni del tipo di quelle che stiamo commentando, occorra assumere un atteggiamento laico, soppesando in modo il più possibile oggettivo i vantaggi e gli svantaggi del nuovo sistema, e resistendo invece alla tentazione di rifugiarsi nel facile richiamo all'autorità dei maestri, o scandalizzarsi per l'abbandono dei dogmi (o presunti tali) del processo orale.

In effetti, riprodurre oggi i termini dell'antica disputa tra oralità e scrittura avrebbe un sapore inevitabilmente stantio e si rivelerebbe di scarsa o nulla utilità, essendo evidente che il problema non è tanto quello di dimostrare l'astratta preferibilità dell'uno o dell'altro sistema (ammesso che possano darsene, nella pratica, realizzazioni «integrali»), quanto semmai di individuare la combinazione tra gli elementi tradizionalmente ritenuti ascrivibili a ciascun modello (nonché, secondo quanto osservato *retro*, tra rigidità e flessibilità delle regole processuali), che consenta di conseguire la migliore «organizzazione» del processo in un dato momento storico. D'altra parte, già quarant'anni orsono Corrado Vocino, nella voce *Oralità* redatta per l'*Enclopedia del diritto*, osservava come *in subiecta materia* «non ci troviamo di fronte a nulla di “dogmatico”, ad alcun principio assoluto ed incontrovertibile, ma a un semplice coacervo di linee

---

<sup>(29)</sup> Così la relazione illustrativa delle *Proposte in materia di processo civile: modifiche al rito ordinario in primo grado, appello e cassazione. Ulteriori interventi sul rito*, presentate dalla commissione ministeriale presieduta dal prof. F.P. Luiso, 39.

direttrici metodiche permeate di empirismo, di tesi di esperienza, cui subordinare, adattandovela, la confezione d'un processo che voglia essere razionale ed agevole e riuscire di pratica utilità»<sup>(30)</sup>.

Oltretutto, la stessa ricostruzione del significato delle modifiche alla disciplina della fase preparatoria nel segno di un sostanziale superamento dell'oralità si presta ad essere revocata in dubbio, sol che si consideri che la riforma reintroduce l'obbligo – abrogato dalla novella del 2005 – della comparizione personale delle parti alla prima udienza, e che la stessa istituzionalizzazione (largamente anticipata dalla prassi) delle memorie di trattazione scritta, in uno con la loro anticipazione rispetto alla prima udienza, mira in ultima analisi (almeno nelle intenzioni dei *conditores*) a garantire, con la previa definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, un più proficuo svolgimento di quest'ultima, prestandosi così ad essere letta in chiave di valorizzazione dell'udienza piuttosto che di un suo «svuotamento».

Nella relazione al d.lgs. n. 149/2022 si legge che gli interventi sulla fase preparatoria mirano a «perseguire una maggiore concentrazione e pervenire alla prima udienza con la già avvenuta completa definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, consentendo al giudice, attraverso le necessarie verifiche preliminari anticipate, un più esteso *case management* volto, tra le altre possibilità, anche a favorire il passaggio dal rito ordinario a quello semplificato». Il legislatore ha dunque avuto di mira i seguenti obiettivi: 1) concentrazione; 2) estensione del *case management*; 3) definizione anticipata del *thema decidendum* e del *thema probandum*.

Quanto al primo obiettivo, la riforma realizza in effetti un pur modesto ravvicinamento delle attività processuali, in quanto l'intervallo minimo tra la notificazione della citazione e il momento in cui il giudice è messo in condizione di provvedere sulle richieste istruttorie passa dai precedenti 170 giorni agli attuali 120. Ciò, tuttavia, solo dando per scontata, nel vecchio sistema, la (richiesta, e dunque) concessione dei termini di cui all'art. 183, 6° comma; ché altrimenti il giudice sarebbe stato teoricamente in grado, in quel sistema, di provvedere sulle istanze istruttorie dopo soli novanta giorni dalla citazione. Ne segue che, se il legislatore avesse realmente voluto aumentare la concentrazione della fase preparatoria, avrebbe

---

<sup>(30)</sup> Vocino, voce *Oralità*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, 604. V. anche, in una prospettiva tesa a mettere in discussione l'interdipendenza e la concatenazione delle singole regole (concentrazione, immediatezza ecc.) che vengono presentate, da Chiovenda in avanti, come implicazioni necessarie del principio di oralità, Picardi, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, cit., spec. 27 ss.

dovuto rendere (nuovamente) soltanto eventuale la concessione dei termini per l'appendice di trattazione scritta (eventualmente anticipando al momento degli atti introduttivi le preclusioni in ordine alle richieste istruttorie per facilitare l'emissione dell'ordinanza di ammissione delle prove già in prima udienza, secondo quanto suggerito dalla commissione Luiso).

Quanto all'estensione del *case management*, essa si rivela, a ben guardare, soltanto apparente. Si legge al riguardo nella relazione che la nuova disciplina della fase preparatoria mira, tra l'altro, a «consentire (...) che all'udienza il tema della causa sia già perfettamente delineato e possano essere assunte le determinazioni più opportune circa la direzione da imprimere al giudizio»; e si indicano, in particolare, tre sviluppi: a) effettuare il tentativo di conciliazione; b) disporre il mutamento nel rito semplificato; c) ammettere le prove e procedere alla loro assunzione.

Lasciamo per un momento da parte il tentativo di conciliazione, la cui obbligatorietà, a volerla prendere sul serio, è comunque l'esatto contrario del *case management*, perché non lascia al giudice alcuno spazio per valutare in concreto l'opportunità di procedere al tentativo.

Quanto al passaggio al rito semplificato, si è già osservato come sia perfettamente inutile disporre la conversione del rito quando si è già consumata la fase di scambio delle memorie tra le parti e resta solo da procedere all'assunzione dei mezzi di prova, che avviene con modalità identiche nei due riti.

Ne segue che, a ben guardare, il *case management* giudiziale si riduce alla scelta, per dir così tradizionale, tra la rimessione anticipata della causa in decisione ai sensi dell'art. 187 e l'ammissione dei mezzi di prova, cui si aggiunge oggi la possibilità di emanare le ordinanze definitive di cui ai nuovi artt. 183-ter e 183-*quater*: tutte attività, rispetto alle quali risulta totalmente indifferente che lo scambio delle memorie avvenga prima o dopo l'udienza, la cui posticipazione, pertanto, non sembra in grado di apportare alcun valore aggiunto. Anzi, con riguardo alla prima di tali attività, ossia la rimessione anticipata in decisione a norma dell'art. 187, il nuovo assetto della fase preparatoria finisce per determinare uno spreco di (tempo e di) attività processuale, poiché rende inevitabile il previo scambio delle memorie di trattazione scritta<sup>(31)</sup>, che nel vecchio sistema poteva invece essere risparmiato<sup>(32)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> Sembrando da escludere che il relativo potere possa essere esercitato, *inauditis partibus*, già col decreto preliminare ex art. 171-*bis*: conf. (Menchini-)Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado*, cit., 592, nota 38.

<sup>(32)</sup> Cfr. Cass. 12 luglio 2021, n. 19792.

Così stando le cose, mi sembra che l'unico vantaggio del nuovo sistema potrebbe consistere in un più fruttuoso svolgimento del tentativo di conciliazione, grazie alla duplice circostanza:

a) che sono già maturate le preclusioni, assertive e probatorie, a carico delle parti, che sono pertanto in grado di conoscere i rispettivi mezzi di attacco e di difesa, e quindi di valutare le proprie *chances* di vittoria e quelle della controparte;

b) che il tentativo ha luogo in un momento nel quale il giudice è in qualche modo «costretto» a studiare il fascicolo, essendo chiamato a provvedere sulle richieste istruttorie delle parti.

Senonché quest'ultima circostanza appare neutralizzata dalla possibilità, prevista dal novellato art. 183, comma 4°, e che sarà con tutta probabilità largamente utilizzata, di provvedere sulle richieste istruttorie con ordinanza da rendersi fuori udienza nel termine di trenta giorni. Quanto all'incentivo per le parti, la possibilità per le stesse di richiedere – e per il giudice di disporre – il tentativo di conciliazione in ogni momento fino alla rimessione in decisione era già prevista dalla disciplina previgente, sicché l'unica novità introdotta dalla riforma sta nell'averne sancito l'obbligatorietà. Tuttavia, la blanda sanzione prevista dall'art. 183, 1° comma, per la mancata comparizione in udienza farà sì che con tutta probabilità le parti non interessate a conciliare si limiteranno a disertare il tentativo, la cui obbligatorietà finirà dunque per restare sulla carta.

A fronte di vantaggi così limitati (se non illusori), mi pare che il nuovo sistema implichi un costo, che non può essere sottovalutato. Mi riferisco alla rinuncia, per dir così pregiudiziale, ai benefici ricavabili, in termini di chiarificazione delle allegazioni delle parti e di più consapevole esercizio dei loro poteri assertivi e probatori, dalla previa interlocuzione tra le parti e con il giudice, che trovava spazio (almeno sulla carta) nella prima udienza del rito abrogato.

Certo, il dialogo tra le parti è sostituito dallo scambio delle memorie di trattazione scritta e, quanto al giudice, il nuovo art. 171-*bis* prevede che già nel decreto preliminare egli sia tenuto a segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione<sup>(33)</sup>. E tuttavia entrambe queste attività non possono (più) giovare dell'apporto chiarificatore che solo il confronto diretto tra le parti e il giudice, quale ha luogo nell'udienza, è in grado di offrire.

---

<sup>(33)</sup> Sicché sarebbe probabilmente eccessivo discorrere di una sua estromissione dalla fase preparatoria, com'era invece lecito fare in relazione all'abrogato rito societario, dove in effetti quella fase si svolgeva senza alcun previo contatto tra il giudice e le parti.

Il segno tangibile di questa menomazione sta nello «scorporo» della richiesta di chiarimenti sui fatti allegati, che in tutte e dieci le versioni dell'art. 183 che si sono susseguite dal 1940 ad oggi costituiva la necessaria premessa dell'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio, e che oggi viene incongruamente differita ad un momento nel quale tutti i giochi sono ormai fatti, risultandone inesorabilmente depotenziata, al pari dell'interrogatorio libero pur formalmente reso obbligatorio<sup>(34)</sup>.

Nella disarticolazione del dialogo tra le parti e con il giudice qualcosa, fatalmente, si perde; le parti e il giudice si allontanano; il contraddittorio, pur formalmente garantito, si impoverisce<sup>(35)</sup>. Si affievolisce altresì, fin quasi a scomparire, quel ruolo «assistenziale» del giudice nei confronti delle parti, su cui da sempre insistono, da Klein in avanti, i sostenitori dell'oralità e che, in un processo a preclusioni rigide, rappresenta un indispensabile correttivo al rigore dei limiti posti all'esercizio dei poteri delle parti, a garanzia della giustizia della futura decisione.

Anticipo la (facile) obiezione, secondo cui quella appena compiuta costituisce una descrizione astratta dei benefici della trattazione orale, che non ha mai trovato riscontro nella realtà (almeno quella del processo ordinario).

A questa obiezione è a mio avviso possibile rispondere in due modi.

Il primo (che suonerà forse un po' *démodé*) è che la legge non può rinunciare a svolgere un ruolo promozionale, appiattendosi sulle prassi peggiori<sup>(36)</sup>.

<sup>(34)</sup> Tanto che già si affaccia tra gli interpreti l'idea, in qualche modo correttiva, che sia questa, ossia l'udienza, la «vera» sede in cui al giudice sarà possibile indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio; ciò che, tuttavia, renderà inevitabile la concessione di termini per l'esercizio dei poteri processuali che siano conseguenza del rilievo officioso, riproponendo così una sorta di «appendice scritta» dell'udienza, analoga a quella già prevista dall'art. 183, 6° comma (Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 45), con buona pace delle esigenze di concentrazione perseguite dal riformatore.

<sup>(35)</sup> L'idea di una maggiore «inclusività» del contraddittorio orale rispetto a quello scritto è affacciata in una non recente pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost. 2 novembre 2006, n. 341), passata sotto silenzio, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., una disposizione dell'ordinamento penitenziario (art. 69, 6° comma, lett. a, l. 26 luglio 1975, n. 354) nella parte in cui prevedeva la competenza del magistrato di sorveglianza sui reclami dei detenuti concernenti l'osservanza delle norme sul lavoro in carcere, osservando, tra l'altro, che la procedura camerale prevista dalla norma garantiva «un contraddittorio puramente cartolare, che esclude la diretta partecipazione del lavoratore-detenuto al processo».

<sup>(36)</sup> Come chiosava non senza amarezza, a proposito di un'altra riforma, quella del 1950, Carnelutti, *Addio Chiovenda* in questa *Rivista* 1948, 126, osservando che il legislatore si era limitato a «scrivere nella legge quello che succede nella realtà».

Il secondo è che uno dei motivi del fallimento, o comunque della difficoltà di applicazione pratica, del principio di oralità è da sempre stato individuato nella mancanza di mezzi, materiali ed umani, adeguati a gestire un processo che impone al giudice compiti particolarmente gravosi in termini di studio tempestivo della controversia, direzione formale e materiale del processo, ecc. Sicché costituisce per certi versi un paradosso, sul quale varrebbe la pena riflettere, che il tramonto dell'oralità si consumi proprio nel momento in cui il cospicuo investimento realizzato per l'implementazione dell'ufficio per il processo avrebbe finalmente consentito di disporre dei mezzi e delle energie, anche e soprattutto giudiziarie, necessarie al suo inveroamento.

Ma con quest'ultima considerazione siamo già sospinti sul piano che abbiamo definito dell'organizzazione in senso stretto, al quale conviene ora rivolgere la nostra attenzione.

5. – Vengono qui in considerazione gli interventi volti a rendere «pienamente effettivo» l'ufficio per il processo (d'ora in avanti UPP), istituito sulla carta sin dal 2014: interventi concretatisi, da un lato, in un massiccio reclutamento di personale (in massima parte a tempo determinato) da destinare alle rinnovate strutture; dall'altro nella risistemazione della relativa disciplina, realizzata con il d.lgs. n. 151/2022, emanato in attuazione della delega conferita con la l. n. 206/2021.

L'intervento intende promuovere una moderna concezione della giurisdizione, superando il modello del giudice-artigiano, e adeguando il nostro ordinamento al sistema adottato presso la maggior parte degli ordinamenti occidentali, che da tempo conoscono l'impiego di (svariate forme di) funzionari o assistenti giudiziari, con il compito di coadiuvare il giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, sgravandolo da tutte le incombenze che non rientrano nello *ius dicere* in senso stretto.

Il panorama comparatistico, al riguardo, è caratterizzato da un'ampissima gamma di modelli, che si prestano ad essere classificati secondo vari criteri, come ad es. lo *status* giuridico dell'assistente e il tipo di rapporto che egli intrattiene con l'istituzione giudiziaria, l'organizzazione degli assistenti all'interno dell'ufficio, il tipo di compiti ad essi affidati<sup>(37)</sup>.

Sotto il primo profilo, è possibile ad es. distinguere gli ordinamenti (come quello nordamericano o quello del Regno Unito) in cui il ruolo di

---

<sup>(37)</sup> Cfr., al riguardo, Sanders, *Judicial Assistants in Europe. A Comparative Analysis*, in *International Journal for Court Administration* 2020.

assistente giudiziario è di preferenza affidato a stagisti appena usciti dall'istruzione legale; da quelli (come la Spagna o i Paesi Bassi) che assegnano tale compito a funzionari stabilmente inquadrati nel personale dell'amministrazione della giustizia; da quelli, ancora, il cui ruolo di assistente può essere provvisoriamente ricoperto da giudici distaccati che trascorrono un periodo limitato presso una giurisdizione superiore per acquisire esperienza per la promozione (come si verifica in Germania).

Con riguardo ai modelli organizzativi, la distinzione più rilevante è quella tra i casi in cui l'assistente è assegnato a un giudice specifico (che in taluni casi, come nel modello nordamericano, è anche responsabile della sua selezione), con il quale instaura un rapporto *one-to-one* caratterizzato da un alto grado di fiduciarità; e quelli in cui, viceversa, l'assistente presta la sua opera all'interno di una struttura o *pool* al servizio dell'intero ufficio giudiziario o di una sua articolazione.

Quanto, infine, ai compiti che possono essere affidati all'assistente, si va dal mero svolgimento di ricerche, alla compilazione di schede o promemoria, alla redazione di bozze di provvedimenti (tutti compiti, questi, accomunati dal fatto di svolgersi, per dir così, nel «retrobottega giudiziario»), fino all'attribuzione di un ruolo processualmente distinto e, per dir così, a rilevanza esterna, che può implicare finanche la partecipazione alle udienze e/o alla deliberazione delle decisioni (come nel caso della Svizzera).

Il massimo grado di autonomizzazione dell'assistente/funziario si raggiunge in quegli ordinamenti che affidano al funzionario giudiziario compiti *tout court* sostitutivi di quelli del giudice, consentendogli di trattare autonomamente alcuni procedimenti (quelli, per dir così, a basso tasso di contenziosità) o demandandogli il compimento di determinati segmenti (più o meno ampi) di attività all'interno delle stesse procedure contenziose.

Si tratta di ipotesi – specie quelle del primo tipo – in cui, a rigore, non può più neppure parlarsi di «assistenti» del giudice o di strutture di supporto al lavoro del magistrato, poiché la posizione del funzionario è in questi casi del tutto autonoma.

Nondimeno, la loro considerazione in questa sede mi sembra giustificata dalla duplice considerazione:

a) che esse rappresentano applicazione della stessa logica sottesa ai casi di assistenza giudiziaria in senso proprio, che è quella di sgravare il magistrato da una serie di compiti e di incombenze ritenuti (a torto o a ragione) estranei all'essenza della funzione giurisdizionale; questa stessa logica è anzi in un certo senso condotta alle estreme conseguenze, perché non ci

si accontenta di coadiuvare il giudice, ma lo si sostituisce, il che crea ovviamente una serie di problemi soprattutto (ma non solo) di carattere costituzionale;

b) che anche nell'ambito del nostro UPP è previsto lo svolgimento di compiti sostitutivi di quelli del giudice (togato), sebbene non da parte di funzionari amministrativi, bensì di giudici onorari (*infra*, par. 11).

Due esperienze, tra le varie che potrebbero richiamarsi, mi sembrano in particolare meritevoli di considerazione.

6. – Tipica dell'ordinamento tedesco è la figura del *Rechtspfleger*, attualmente disciplinata da una legge del 1969, più volte modificata (da ultimo nel 2013)<sup>(38)</sup>.

L'ufficio di *Rechtspfleger* può essere affidato a funzionari dell'amministrazione giudiziaria che abbiano svolto un tirocinio della durata di tre anni (*Vorbereitungsdienst*) e superato un apposito esame (*Rechtspflegerprüfung*). Il tirocinio deve consistere in una parte teorica (di carattere accademico) della durata di almeno diciotto mesi, e in una parte pratica della durata di almeno dodici mesi (c.d. *Duales Studium*). Il *Rechtspfleger* non è dunque, in linea di principio, un *Volljurist*, termine con il quale in Germania si indicano coloro che hanno raggiunto il livello più elevato della formazione giuridica e sono abilitati ad assumere l'ufficio di giudice. Ciò non toglie che l'ufficio di *Rechtspfleger* possa in concreto essere affidato anche a *Volljuristen* oppure – ma in questo caso a termine – a *Referendare* (che sono coloro che svolgono il tirocinio per diventare *Volljuristen*).

Al *Rechtspfleger* sono «trasferite» (*übertragen*) una molteplicità di competenze, soprattutto (ancorché non esclusivamente) nel campo della giurisdizione volontaria, secondo un complesso sistema che prevede alcune competenze per materia (talora – come nel caso delle competenze in materia di associazioni o di quelle relative a pegni fondiari – oggetto di trasferimento integrale, talora – come nel caso delle competenze in materia di successioni e giudizi divisorii o di quelle in materia fallimentare – con specifiche riserve in favore del giudice) e altre relative a singoli procedimenti (tra cui il procedimento per ingiunzione, le decisioni sulle spese giudiziali e il processo esecutivo).

Anche il rapporto col giudice è oggetto di una specifica disciplina, che prevede, tra l'altro, una serie di ipotesi in cui il *Rechtspfleger* deve (se

---

<sup>(38)</sup> Nello studio dei temi trattati in questo paragrafo ho potuto giovarmi del confronto con il dott. Andrea Bernardi (*Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH*), al quale va il mio ringraziamento.

occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti al *Bundesverfassungsgericht*; se sussiste connessione con un caso di competenza del giudice) e altre in cui può (se è necessario applicare il diritto straniero) rimettere il caso al giudice. Il giudice, cui il *Rechtspfleger* abbia rimesso un caso, è libero di trattarlo o di restituirlo al *Rechtspfleger*, che dovrà in tal caso attenersi all'opinione giuridica espressa dal giudice nell'atto di rimessione.

Se un giudice decide un caso trasferito al *Rechtspfleger*, il suo provvedimento è comunque valido. Se invece il *Rechtspfleger* decide un caso di competenza del giudice, il suo provvedimento è viziato, a meno che la competenza del *Rechtspfleger* non sia stata affermata da un giudice in sede di conflitto di competenza.

La riconducibilità (della maggior parte) delle competenze del *Rechtspfleger* al settore della giurisdizione volontaria consente, in linea di principio, di scongiurare contrasti con l'art. 92 *Grundgesetz*, che riserva ai giudici l'esercizio della «*rechtsprechende Gewalt*»: espressione che la Corte costituzionale tedesca riferisce alla sola giurisdizione in senso materiale, intesa come decisione in contraddittorio, con forza di giudicato, di una controversia giuridica tra parti contrapposte.

Non mancano, tuttavia, zone di confine, in cui il trasferimento di compiti dal giudice al *Rechtspfleger* diviene «un'operazione delicata per il legislatore», che può comportare il rischio di violare l'art. 92 *GG*<sup>(39)</sup>. Ciò si verifica ogniqualvolta il funzionario è chiamato a risolvere conflitti di interesse tra parti contrapposte, pur al di fuori di un procedimento contenzioso in senso tradizionale, come tipicamente può avvenire nell'ambito dell'esecuzione forzata.

Un caso particolarmente problematico, ad es., è quello della decisione in ordine alla c.d. protezione dall'esecuzione (*Vollstreckungsschutz*) ai sensi del par. 765a *ZPO*. Tale disposizione prevede che, su richiesta del debitore, il giudice dell'esecuzione (le cui funzioni sono di norma assunte dal *Rechtspfleger*) possa revocare, vietare o sospendere temporaneamente, in tutto o in parte, una misura esecutiva che, a causa di circostanze eccezionali, e tenute nel debito conto le esigenze di tutela del creditore, comporta un'ingiustizia (*Härte*), che non è compatibile con la buona fede.

---

<sup>(39)</sup> Per un'approfondita disamina dei profili costituzionali della figura del *Rechtspfleger*, specie in rapporto con la riserva di giurisdizione contenuta nell'art. 92 *GG*, cfr. Wenzel, *Der Rechtspfleger aus der Perspektive des öffentlichen Rechts*, Baden-Baden 2019, spec. 219 ss. (la citazione nel testo è a p. 254).

A partire dagli anni settanta del secolo scorso il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato la possibilità di concedere la protezione in esame nell'ambito di procedure esecutive per rilascio, in favore di debitori a rischio di suicidio. Ciò è avvenuto sulla base di un'interpretazione della norma come clausola generale di protezione del debitore e «punto di irruzione» nel processo esecutivo dei diritti fondamentali, quali quello alla vita e all'integrità fisica. Per effetto della richiamata giurisprudenza costituzionale, la disposizione ha ricevuto, come è stato autorevolmente notato<sup>(40)</sup>, «un incremento di valore costituzionale che non ha uguali nel sistema dei rimedi giuridici dell'esecuzione forzata».

La delicatezza del bilanciamento così rimesso al giudice dell'esecuzione, chiamato a risolvere un conflitto tra contrapposti interessi di rango costituzionale, ha accresciuto i dubbi già da tempo sollevati con riguardo alla prevista competenza del *Rechtspfleger*, determinando una situazione che è stata giudicata da autorevole dottrina come «non più sostenibile dal punto di vista dello stato di diritto»<sup>(41)</sup>.

7. – In Spagna, all'inizio del nuovo millennio, parallelamente alla riforma processuale sfociata nell'adozione, nel 2000, della nuova *Ley de Enjuiciamiento Civil*, è stata avviata una profonda revisione dell'organizzazione giudiziaria, che ha comportato la ristrutturazione delle vecchie segreterie giudiziarie e la ridefinizione del ruolo svolto al loro interno dai funzionari giudiziari.

In particolare, la *Ley organica* 23 dicembre 2003, n. 19 ha adottato una nuova organizzazione della *Oficina judicial* che prevede la sua articolazione in *unidades procesales de apoyo directo*, corrispondenti alle tradizionali segreterie, e c.d. *servicios comunes procesales*, cui sono affidati «compiti centralizzati di gestione e supporto nelle azioni derivanti dall'applicazione delle leggi processuali» (art. 438.1 *Ley Organica del Poder Judicial* come modificato nel 2003).

Parallelamente, è stato rafforzato il ruolo dei segretari giudiziari mediante l'attribuzione di rilevanti competenze in materia processuale. In particolare, il nuovo testo dell'art. 456 *LOPJ*, oltre ad attribuire ai segretari specifiche competenze in materia di esecuzione forzata, giurisdizione volontaria, conciliazione e ogni altra materia prevista dalla legge, sul modello del *Rechtspfleger* tedesco, gli riconosce un generale potere di «dare impul-

---

<sup>(40)</sup> Cfr. Gaul, *Die Verfassungswidrigkeit der Härteentscheidung nach § 765a ZPO wegen Verstoßes gegen den Richtervorbehalt aus Art. 92 GG*, in *Jur. Zeit* 2013, 1081.

<sup>(41)</sup> V. ancora Gaul, *op. loc. cit.*

so al processo nei modi previsti dalle leggi processuali», legittimandoli ad adottare «le risoluzioni necessarie per la direzione del processo, salvo quelle che le leggi processuali riservano a giudici e tribunali».

Il disegno riformatore si completa con la *Ley* 3 novembre 2009, n. 13 e con la *Ley organica* n. 1/2009, complementare alla precedente, che modifica quasi mille articoli di sedici leggi processuali per tener conto delle nuove competenze dei segretari.

L'idea principale, che sta alla base della riforma, è quella di trasferire ai segretari – cui nel 2015 verrà dato il nome di *Letrados de la Administración de la Justicia*<sup>(42)</sup> – la maggior parte delle attività di direzione del processo, tra cui l'ammissione della domanda e dei ricorsi, la dichiarazione di contumacia del convenuto, la riunione dei procedimenti, la fissazione dei termini e delle udienze, la concessione di rinvii e sospensioni, ecc., fino a farne, come è stato osservato efficacemente seppur non senza una certa approssimazione, una sorta di «giudice del processuale»<sup>(43)</sup>.

Non senza una certa approssimazione, si è detto, poiché al giudice resta pur sempre riservata la decisione in ordine all'eventuale sussistenza di impedimenti processuali che impongano la chiusura del processo con una pronuncia di *absolutio ab instantia*; sicché, a ben guardare, ad essere trasferito al funzionario è il «procedere» e non anche il «decidere sul processo», secondo uno schema che ricorda un po' il rapporto tra giudice istruttore e collegio nel sistema del codice (italiano) del 1940; con la fondamentale differenza, peraltro, che nel sistema spagnolo restano appannaggio del giudice tanto l'ammissione delle prove quanto la loro materiale assunzione.

A questo riguardo, è interessante notare che, come già segnalato, il riconoscimento ai *Letrados* di ampi poteri di direzione del procedimento è avvenuto quasi parallelamente all'adozione, nel 2000, di una nuova legge processuale civile che consacra l'oralità come principio fondamentale e non derogabile, rafforza il ruolo del giudice, valorizza la prima udienza come momento della fissazione tendenzialmente definitiva del *thema decidendum* e del *thema probandum*, rafforza la libera valutazione della prova,

---

<sup>(42)</sup> A sottolinearne il ruolo di primo piano nell'ambito della nuova organizzazione della giustizia, nonché il venir meno di qualsiasi vincolo di subordinazione, anche meramente funzionale, rispetto al giudice. Su questi aspetti, cfr. De Benito Llopis-Llombart, *Justicia o burocracia*, Cizur Menor 2017, spec. 89 ss.

<sup>(43)</sup> Cfr. De la Oliva Santos, *Sobre la calidad de la Justicia en España*, in *International Journ. of Procedural Law* 2011, 39.

in una parola adotta un modello processuale ispirato ai canoni del processo orale.

Le due direttrici di intervento non sono necessariamente in contraddizione<sup>(44)</sup>, ch  anzi il trasferimento ai *Letrados* di compiti e funzioni del giudice viene giustificato proprio con la volont  di far s  che il secondo possa concentrare i propri sforzi nel compito a lui assegnato dalla costituzione come funzione esclusiva: giudicare e far eseguire il giudicato<sup>(45)</sup>.

In effetti, la compatibilit  costituzionale del sistema introdotto con le riforme del 2003/2009   stata affermata facendo leva su un'interpretazione dell'art. 117, comma 3, della costituzione spagnola<sup>(46)</sup>, in forza della quale il concetto di *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* non includerebbe anche l'applicazione delle norme processuali, applicazione che rientrerebbe invece nell'ambito di quelle attivit  amministrative che, a norma dell'art. 117, comma 4, la legge pu  – ma non deve – attribuire ai giudici a tutela dei diritti.

Un simile ordine di idee, volto nella sostanza a separare il «processuale» dal «giurisdizionale»<sup>(47)</sup>, non ha mancato di suscitare vivaci reazioni tanto in ambito accademico<sup>(48)</sup> quanto in ambito giudiziario<sup>(49)</sup>. Si   osservato, in particolare, che «  una convinzione costante, unanime e universale nella dottrina giuridica che qualsiasi processo costituisca una garanzia elementare e imprescindibile per la correttezza della sentenza o della decisione equivalente, tanto che i giudici non possono essere collocati

<sup>(44)</sup> Come ritiene invece de Benito Llopis-Llombart, *Justicia o burocracia*, cit., 65 ss., che al riguardo discorre addirittura di un contrasto tra la «ragione» e la «forza».

<sup>(45)</sup> Cfr. ad es. Iglesias Canle, *La disciplina legale della nuova «Oficina Judicial» spagnola*, in *judicium.it* 23 luglio 2010, spec. parr. II e III.

<sup>(46)</sup> A norma del quale «*El ejercicio de la podestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*».

<sup>(47)</sup> Per uno spunto nella medesima direzione cfr., da noi, Luiso, *L'attivit  interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, in *Corriere giur.* 2008, 730 ss., al fine di escludere l'applicazione delle norme processuali dalla c.d. clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, l. n. 117/1988 in tema di responsabilit  civile dei magistrati.

<sup>(48)</sup> Si veda in particolare la *Dichiarazione dei professori universitari di diritto processuale sopra il progetto di legge per l'istituzione della nuova Oficina Judicial* (citata da Valines García, * Es inconstitucional la «nueva Oficina Judicial»? A propósito del libro Justicia o burocracia*, in *Rev. Esp. Derecho constitucional* 2018, 396 s.), da cui   tratto il brano riportato nel testo.

<sup>(49)</sup> V. il documento firmato da 1400 giudici spagnoli (sempre in Valines García, *op. cit.*, 399, nota 32), in cui si denuncia, tra l'altro, l'esistenza di «un processo di amministrativizzazione della giustizia e di assorbimento di competenze giurisdizionali da parte di organi gerarchicamente dipendenti dal potere esecutivo».

alla fine del percorso processuale o restare estranei a gran parte delle sue vicende, nelle quali si mette in gioco la tutela giurisdizionale, affidata esclusivamente, ribadiamo, a giudici indipendenti. In tutti i paesi civilizzati, è ai Giudici e ai Magistrati dotati di indipendenza che spetta in via esclusiva la direzione dei processi. (...) Legiferare sulla Giustizia accettando che l'aspetto giurisdizionale non comprenda l'aspetto processuale e affidare parte del processo a chi non è giudice indipendente, significherebbe configurare la nostra Amministrazione della Giustizia completamente al di fuori dei principi fondamentali della Giustizia nel mondo civilizzato».

La Corte costituzionale spagnola, peraltro, ha confermato la costituzionalità del sistema, limitandosi a dichiarare l'illegittimità costituzionale della nuova disciplina nella parte in cui escludeva la possibilità dell'impugnativa giudiziale contro determinati provvedimenti definitivi del *Letrado* <sup>(50)</sup>.

8. – Pur nella loro diversità, l'esperienza tedesca e quella spagnola testimoniano una comune tendenza a riconoscere ai funzionari giudiziari un ruolo che va al di là dei classici compiti di amministrazione della giustizia, trasferendo loro compiti e funzioni tradizionalmente ritenute appannaggio del giudice.

Tale tendenza costituisce, se si vuole, un'ulteriore manifestazione del multiforme fenomeno della degiurisdizionalizzazione che caratterizza il tempo presente e che trova ulteriori manifestazioni in fenomeni quali l'espansione degli *ADR* o la diffusione delle c.d. autorità amministrative indipendenti.

Si tratta di una tendenza in espansione. Nel 2009 è stata introdotta nella costituzione austriaca un'apposita disposizione, l'art. 87a, che espressamente consente di affidare con legge singole funzioni giurisdizionali a funzionari pubblici che non siano giudici. Ed è del giugno di quest'anno un documento della *CEPEJ* che invita gli stati membri del Consiglio d'Europa a considerare la possibilità di trasferire compiti e funzioni del giudice a funzionari dello staff o ad altre istituzioni (come notai, mediatori ecc.) e, negli ordinamenti che conoscono la figura del *Rechtspfleger* o figure similari, ad ampliarne le competenze per consentirgli di trattare autonoma-

---

<sup>(50)</sup> Cfr. *STCJ*, 17 marzo 2016 n. 58/16, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 102-bis della *Ley* 13 luglio 1998, n. 29, regolatrice della *Jurisdicción Contencioso-administrativa*, nella parte in cui escludeva la possibilità di ricorso avverso i decreti emessi dal *Letrado* in sede di *reposición*.

mente casi minori (contravvenzioni, procedimenti in materia di registro, decisioni sulle spese).

Dal confronto tra le due esperienze sopra esaminate sembrano emergere, in particolare, due diverse modalità del trasferimento di funzioni: in senso, per dir così, verticale, cioè per blocchi di materie o procedimenti, e in senso orizzontale, ossia prevedendo una ripartizione funzionale di competenze tra giudice e funzionario all'interno del medesimo procedimento.

Entrambe le modalità sono destinate a porre problemi di costituzionalità con riguardo alle disposizioni, presenti in pressoché tutte le costituzioni di stampo liberale, che riservano l'esercizio della funzione giurisdizionale agli organi del potere giudiziario. La prospettiva, peraltro, è parzialmente differente nei due casi.

Invero, la soluzione tedesca del *Rechtspfleger* induce a confrontarsi con problemi da tempo enucleati dalla dottrina processualistica, come quello relativo al (labile) confine tra giurisdizione e amministrazione e alla collocazione entro questa distinzione di aree tradizionalmente controverse come la giurisdizione volontaria e la stessa esecuzione forzata.

Il modello spagnolo pone interrogativi diversi e in larga parte inediti, che concernono la possibilità di separare, all'interno del processo giurisdizionale, il «procedere» dal «giudicare», al fine di sottrarre il primo alla riserva in favore del potere giudiziario.

L'adozione di un modello siffatto nel nostro ordinamento imporrebbe di fare i conti non solo (e non tanto) con l'art. 102 Cost., quanto soprattutto con l'art. 111, là dove prevede che il giusto processo, quale strumento mediante il quale la giurisdizione «si attua», si svolge «davanti a(l) giudice».

Invero, quest'ultima disposizione sembra istituire una garanzia ulteriore rispetto alla «mera» riserva di giurisdizione sancita dall'art. 102 sulla falsariga delle principali costituzioni liberali, riservando al giudice non soltanto la *Rechtsprechung* (per esprimerci nei termini dell'art. 92 GG), ma anche (e proprio al fine di garantire l'osservanza delle prescrizioni dettate affinché esso possa dirsi «giusto», a cominciare dal contraddittorio tra le parti) la conduzione del processo, e conferendo così rilievo costituzionale a quella inscindibile connessione tra *processus* e *iudicium*, in virtù della quale soltanto il regolare svolgimento del primo può assicurare la giustizia del secondo. Talché occorrerebbe verificare se l'osservanza del precetto costituzionale esiga che tutto il processo si svolga davanti al giudice, ovvero consenta di delegarne singoli atti o fasi – e se sì quali e con quali modalità – a soggetti diversi.

9. – Esempi di trasferimento di funzioni giurisdizionali in favore di soggetti non-giudici non mancano del resto nel nostro ordinamento. Si pensi, da un lato, all'istituto della delega delle operazioni di vendita nell'espropriazione immobiliare, introdotto nel 1998 con riguardo ai notai e successivamente esteso ad altre figure professionali; dall'altro, al recentissimo art. 21 d.lgs. n. 149/2022, che attribuisce ai notai la competenza in materia di autorizzazione alla stipula di atti pubblici e scritture private autenticate nei quali intervengano minori, interdetti, inabilitati o soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno. Ed altri se ne potrebbero immaginare, anche nell'ambito della giurisdizione contenziosa (per es. con riguardo all'attività di assunzione probatoria)<sup>(51)</sup>, salvo a verificarne la costituzionalità secondo quanto osservato in fine del par. prec.

Nel disciplinare l'UPP il legislatore ha optato, tuttavia, per una soluzione parzialmente diversa, prevedendo che all'interno dell'ufficio compiti sostitutivi di quelli del giudice togato possano essere svolti soltanto dal giudice onorario. Si tratta di una soluzione sicuramente meno dirompente, almeno dal punto di vista degli artt. 102 e 111 Cost., ma che non manca a sua volta di sollevare dubbi di costituzionalità sotto svariati profili. Prima di affrontare questo punto, peraltro, è il caso di illustrare brevemente le principali caratteristiche del nuovo modello di UPP.

10. – L'art. 18 d.lgs. n. 151/2022 ha inserito nel capo II del titolo I del primo libro del c.p.c. un nuovo art. 58-*bis*, rubricato «ufficio per il processo», secondo il quale «l'ufficio per il processo presso i tribunali ordinari, le corti d'appello e la Corte di cassazione e l'ufficio spoglio, analisi e documentazione presso la Procura generale della Corte di cassazione operano secondo le disposizioni della legge speciale». La disposizione ha una portata eminentemente sistematica, poiché consente di inquadrare l'UPP tra gli «organi giudiziari»<sup>(52)</sup>, cui è dedicato, appunto, il titolo I del primo libro, suggerendone, in particolare, l'accostamento ai due organi disciplinati nel capo II, ossia il cancelliere e l'ufficiale giudiziario.

---

<sup>(51)</sup> Cfr. al riguardo la proposta di E. Fabiani, *Formazione della prova, delega ai notai e deflazione del contenzioso civile*, in *Foro it.* 2013, V, 241 ss., di delegare ai notai l'assunzione della prova testimoniale e lo svolgimento delle ispezioni.

<sup>(52)</sup> Corrispondenti a quelle «numerose articolazioni interne dell'ufficio (giudiziario), fisse o variabili, monocratiche o collegiali, variamente dotate di competenze giurisdizionali o di attribuzioni strumentali all'esercizio della giurisdizione o addirittura amministrative in senso stretto», secondo la definizione di Pizzorusso, voce *Organi giudiziari*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1981, 86.

L'accostamento appare giustificato dal fatto che si tratta di soggetti, ad un tempo, diversi dal giudice, cui è dedicato il capo I del titolo I (anche se dell'UPP fa parte, come detto, il giudice onorario, al quale possono essere affidati, nei casi previsti dalla legge, compiti sostitutivi di quelli del giudice togato), ma la cui presenza all'interno dell'ufficio giudiziario è fissa e non legata a particolari circostanze, il che segna il *discrimen* rispetto agli ausiliari disciplinati nel capo III (consulente tecnico, custode e altri ausiliari del giudice).

A differenza degli altri organi contemplati nel capo II, l'UPP costituisce peraltro una struttura complessa, cui partecipano, ciascuno con un proprio ruolo (ma non senza una certa sovrapposizione funzionale), diversi soggetti, dotati di *status* giuridici differenti. Ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 151/2022 ne fanno parte: i giudici onorari di pace di cui al d.lgs. n. 116/2017 e, nelle corti d'appello, i giudici ausiliari di cui al d.l. n. 69/2013; i tirocinanti *ex art.* 73 d.l. n. 69/2013 e quelli *ex art.* 11, d.l. n. 98/2011; il personale delle cancellerie; i funzionari a tempo determinato reclutati in base agli artt. 11 ss. d.l. n. 80/2021 e quelli assunti a tempo indeterminato ai sensi della l. n. 206/2021 e (nel settore penale) della l. n. 134/2021; oltre alle altre figure professionali istituite dalla legge per lo svolgimento dei compiti propri dell'UPP.

La struttura organizzativa dell'UPP è flessibile. L'art. 3 d.lgs. n. 151/2022 prevede che il capo dell'ufficio giudiziario, sentiti i presidenti di sezione e il dirigente amministrativo (nel quadro della c.d. doppia dirigenza che caratterizza la gestione degli uffici giudiziari), predispone un progetto organizzativo per definire le priorità di intervento, gli obiettivi da perseguire e le azioni per realizzarli, individuando il personale da assegnare agli uffici, destinandolo a supporto di singoli magistrati o di gruppi di essi, ad uno o più settori specifici o all'intero ufficio. Sono anche possibili, e risultano largamente sperimentate nella prassi, soluzioni «miste», che prevedono, cioè, lo svolgimento di alcuni compiti in modalità accentrata, a servizio dell'intero ufficio o di sue sezioni, e altri a supporto di singoli magistrati secondo una modalità *one-to-one*. Da questo punto di vista, è possibile affermare che il modello dell'ufficio per il processo (non si contrappone, ma) assorbe in sé quello dell'ufficio (o dell'assistente) del giudice.

I compiti dell'UPP sono disciplinati in linea generale dall'art. 5 d.lgs. n. 151/2022.

Questa disposizione, peraltro, deve essere integrata con le varie disposizioni che disciplinano i compiti di ciascuna categoria di componenti dell'UPP. All'interno dell'UPP sono infatti possibili attribuzioni differenziate per ciascuna delle figure professionali che lo compongono, come del

resto espressamente previsto dal comma 2° dell'art. in esame, secondo cui «ciascun componente svolge i compiti attribuiti all'ufficio per il processo e all'ufficio spoglio, analisi e documentazione secondo quanto previsto dalla normativa, anche regolamentare, e dalla contrattazione collettiva che regolano la figura professionale cui appartiene».

Senonché, a parte i compiti di natura strettamente amministrativa, che sono appannaggio esclusivo del personale di segreteria<sup>(53)</sup>, e quelli sostitutivi, riservati ai giudici onorari, con riguardo agli altri compiti, e segnatamente a quelli preparatori e di supporto, si registra una certa sovrapposizione tra le diverse componenti dell'UPP, potendo tali compiti essere affidati indifferentemente a giudici onorari, addetti UPP, tirocinanti<sup>(54)</sup>.

Volendo ora procedere ad una classificazione dei possibili compiti dell'UPP che tenga conto: a) della natura di detti compiti; b) del personale cui possono essere affidati; c) delle modalità con le quali si prestano ad essere svolti, mi sembra possibile proporre il seguente schema.

i) Compiti di «racordo con il personale di cancelleria»: verifica della completezza dei fascicoli; controllo dei depositi e delle comunicazioni telematiche; c.d. «scarico» dell'udienza; verifica della definitività dei provvedimenti, ecc. Tali compiti saranno svolti preferibilmente da addetti e tirocinanti, presumibilmente in modalità accentrata (a livello di ufficio giudiziario o di singola sezione).

ii) Compiti di natura organizzativo-gestionale: analisi delle pendenze e delle nuove iscrizioni; individuazione delle priorità di trattazione; individuazione delle cause seriali o che presentano identità di questioni di fatto o di diritto in vista della fissazione di udienze tematiche; assistenza al capo dell'ufficio nella designazione del giudice istruttore; analisi delle decisioni in vista della costituzione di banche dati della giurisprudenza dell'ufficio (o della sezione); schematizzazione delle questioni di diritto ricorrenti e predisposizione di modelli di decisione o punti di motivazione condivisi. Anche

---

<sup>(53)</sup> Tali compiti risultano, in particolare, preclusi tanto ai tirocinanti (v. la risoluzione del CSM sui tirocini formativi del 29 aprile 2014) quanto, almeno in teoria, agli addetti UPP assunti in base al d.l. n. 80/2021, il cui mansionario si limita a prevedere lo svolgimento di compiti di «racordo con il personale di cancelleria» (sul punto, con specifico riguardo alla Corte di cassazione, ma con considerazioni valevoli anche per gli altri uffici giudiziari, Frasca, *Dirigenza giurisdizionale e dirigenza amministrativa riguardo agli addetti all'U.P.P. presso la Corte di Cassazione*, in *giustiziainsieme.it* 8 settembre 2022). La prassi attesta peraltro un largo impiego degli addetti nell'attività di «assistenza alla verbalizzazione» di cui all'art. 5, lett. a), d.lgs. n. 151/2022.

<sup>(54)</sup> Per una critica al riguardo, cfr. Reali, *L'ufficio per il processo*, in *LavoroDirittiEuropa* 1° settembre 2021, par. 6.

tali compiti saranno verosimilmente svolti in modalità accentrata, a livello di ufficio giudiziario o di singola sezione, preferibilmente da addetti e tirocinanti (anche se alcuni di essi, come l'elaborazione di modelli di decisione, potranno richiedere il coinvolgimento di tutti i magistrati della sezione, che potrà realizzarsi in sede di riunioni *ex art. 47-quater* ord. giud.).

iii) Compiti preparatori e di supporto all'attività giurisdizionale. Tali compiti saranno svolti (da tirocinanti, addetti e giudici onorari) prevalentemente a supporto del singolo magistrato (studio del fascicolo, assistenza al magistrato nello svolgimento delle verifiche preliminari *ex art. 171-bis* c.p.c.; compilazione di schede riassuntive; preparazione delle udienze e delle camere di consiglio; ricerche di giurisprudenza e di dottrina; predisposizione di bozze di provvedimenti), anche se alcune attività (penso in particolare a quelle prodromiche all'adozione di provvedimenti di riunione *ex artt. 273 e 274* c.p.c. o alla dichiarazione di inammissibilità o manifesta infondatezza dell'appello a norma dell'art. 348-*bis* o, ancora, alla formulazione della proposta di definizione del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 380-*bis*) potranno giovare di una gestione «accentrata».

iv) Compiti sostitutivi, da affidare ai (soli) magistrati onorari con le modalità che saranno esaminate subito *infra*.

Di seguito rivolgerò la mia attenzione alle ultime due categorie di compiti, intorno alle quali si concentrano, mi sembra, i maggiori problemi.

11. – In base all'art. 9 d.lgs. n. 116/2017, di riforma della magistratura onoraria, i giudici onorari di pace (figura unica di giudice onorario in cui sono accorpate le precedenti figure del giudice di pace e del GOT) sono assegnati alla «struttura organizzativa denominata ufficio per il processo» costituita presso il tribunale nel cui circondario ha sede l'ufficio del giudice di pace al quale sono addetti. L'assegnazione, che avviene in via esclusiva, non essendo consentito al giudice onorario inserito nell'UPP l'esercizio della giurisdizione presso l'ufficio del giudice di pace, è obbligatoria nei primi due anni dal conferimento dell'incarico, mentre successivamente ha luogo, in linea di principio, su domanda dell'interessato.

L'assegnazione al giudice onorario di pace inserito nell'UPP di compiti sostitutivi di quelli del giudice togato può avvenire secondo tre diverse modalità.

a) Ai sensi dell'art. 10, comma 11, d.lgs. n. 116/2017, il giudice professionale, con riguardo a ciascun procedimento civile ed al fine di assicurarne la ragionevole durata, può delegare al giudice onorario di pace compiti e attività, anche relativi a procedimenti nei quali il tribunale giudica in composizione collegiale, purché non di particolare complessità.

Segue un elenco di attività, che comprende l'assunzione dei testimoni nonché, in via preferenziale, lo svolgimento dei tentativi di conciliazione, l'emanazione dei provvedimenti previsti dagli artt. 186-*bis* e 423, 1° comma, c.p.c., i provvedimenti di liquidazione dei compensi degli ausiliari e quelli che risolvono questioni semplici e ripetitive.

L'elencazione deve intendersi come meramente esemplificativa, sicché è da ritenersi che la delega possa abbracciare, col solo limite della «non particolare complessità», l'intera trattazione della causa, ivi compresa l'ammissione (e non soltanto assunzione) dei mezzi di prova nonché, direi, l'emanazione di sentenze non definitive su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito<sup>(55)</sup>.

Ai sensi del comma 12, la delega non può invece riguardare, in linea di principio, la pronuncia di provvedimenti definitori. Sennonché lo stesso comma 12 elenca una serie di eccezioni che, per numero e rilevanza (vi sono compresi, tra gli altri, tutti i procedimenti di volontaria giurisdizione in materie diverse dalla famiglia, i procedimenti in materia di previdenza e assistenza obbligatorie, le controversie relative a beni mobili o somme di danaro di valore non superiore a 50.000 euro e quelle di risarcimento dei danni da circolazione di veicoli e natanti di valore non superiore a 100.000 euro), fanno dubitare della stessa esistenza della regola.

Se ne deduce che in un cospicuo numero di casi al giudice onorario può essere delegata, anche congiuntamente, l'intera attività di trattazione, istruzione e decisione della causa<sup>(56)</sup>.

Nell'esercizio delle attività delegate, il giudice onorario ha l'obbligo di attenersi alle direttive «concordate» con il giudice titolare del procedimento (al quale la legge riserva la vigilanza sull'attività svolta dal delegato), direttive destinate ad essere «formalmente documentate e trasmesse al capo dell'ufficio». Qualora il giudice onorario, in considerazione delle specificità del caso concreto, ritenga di non poter provvedere in confor-

---

<sup>(55)</sup> Tanto si ricava, mi sembra, dal confronto con il comma 12, che vieta di delegare al giudice onorario – peraltro con le copiose eccezioni di cui subito *infra*, nel testo – la (sola) pronuncia di provvedimenti «definitivi».

<sup>(56)</sup> Nelle circolari del CSM relative ai GOT una siffatta eventualità era anzi considerata con favore, in quanto idonea a garantire la «piena responsabilizzazione [...] del magistrato onorario, che può essere chiamato a decidere sul materiale processuale formato con la sua collaborazione»: così in particolare la Risoluzione sui moduli organizzativi dell'attività dei giudici onorari di tribunale del 25 gennaio 2012, par. 5.2.1; sul punto, Martino, *Il giudice onorario: statuto, responsabilità, criteri decisori e accertamento del fatto*, in Aa.Vv., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, Atti del XXXII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Messina, 27-28 settembre 2019), Bologna 2020, 179 ss.

mità alle predette direttive, egli è tenuto a riferire al giudice professionale, il quale avocherà a sé le attività già oggetto di delega.

Al giudice professionale, del resto, la legge riserva la facoltà di revocare la delega conferita in presenza di giustificati motivi, tra i quali deve evidentemente ritenersi ricompresa l'inosservanza, da parte del delegato, delle direttive ricevute.

b) La seconda modalità di affidamento al giudice onorario di compiti sostitutivi è quella disciplinata dall'art. 11 d.lgs. n. 116/2017, che consente di assegnare al giudice onorario di pace inserito nell'UPP, decorsi i primi due anni dal conferimento dell'incarico, la trattazione (in via autonoma e non per delega del giudice togato) di procedimenti di competenza del tribunale, quando ricorrano determinati indici di «sofferenza» dell'ufficio, puntualmente indicati (e riguardanti la scopertura di posti in organico o il numero di procedimenti pendenti), e sempre che non sia possibile adottare misure organizzative diverse. L'assegnazione può riguardare esclusivamente i procedimenti pendenti e non può avere ad oggetto le controversie indicate nel comma 6 (procedimenti cautelari e possessori, procedimenti di impugnazione avverso i provvedimenti del giudice di pace, procedimenti in materia di lavoro e previdenza, procedimenti in materia societaria e fallimentare, procedimenti in materia di famiglia).

Alle stesse eccezionali condizioni previste dall'art. 11 è consentita, dal successivo art. 12, la destinazione dei giudici onorari di pace a comporre i collegi del tribunale (anche qui con alcune eccezioni – procedimenti in materia fallimentare e quelli di competenza delle sezioni specializzate – e con la precisazione che del collegio non può far parte più di un giudice onorario).

c) Il terzo meccanismo è quello, per dir così, classico della supplenza, cui è possibile ricorrere, a norma dell'art. 13 d.lgs. n. 116/2017, in presenza di specifiche esigenze di servizio (e sebbene non ricorrano le condizioni di cui all'art. 11) per far fronte a situazioni di assenza o impedimento temporaneo del giudice professionale.

Si tratta, in tutti e tre i casi, di meccanismi già contemplati nelle circolari del CSM relative ai GOT, che il d.lgs. n. 116/2017 ha recepito a livello di normazione primaria<sup>(57)</sup>, precisandone i presupposti e le modalità di funzionamento.

---

<sup>(57)</sup> Superando così i problemi che si erano posti con riguardo sia alla legittimazione del CSM a intervenire con atti di normazione secondaria in materia coperta da riserva di legge *ex art.* 108 Cost.; sia alla compatibilità del modello di giudice onorario delineato dall'organo di autogoverno della magistratura con il disposto dell'art. 43-*bis* ord. giud.: su

Come già osservato, la scelta di riservare al giudice onorario lo svolgimento di compiti (anche decisori) sostitutivi di quelli del giudice togato appare sicuramente meno dirompente di quella adottata in altri ordinamenti (che hanno scelto la via della delega al funzionario giudiziario) dal punto di vista della compatibilità con il dettato costituzionale, dal momento che anche i giudici onorari rientrano tra i «magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario», cui l'art. 102 riserva l'esercizio della giurisdizione e davanti ai quali soltanto può svolgersi il «giusto processo regolato dalla legge» di cui all'art. 111. Nondimeno, anche rispetto a tale scelta si pongono delicati interrogativi.

Il primo di tali interrogativi, già autorevolmente sollevato con riguardo ai GOT, investe *in radice* la possibilità di impiegare il giudice onorario all'interno degli uffici giudiziari ordinari per lo svolgimento delle «medesime funzioni dei giudici togati che sono chiamati a sostituire». Una siffatta modalità di impiego del giudice onorario avrebbe come effetto che l'utente della giustizia potrebbe indifferentemente vedersela amministrata (nei medesimi affari) da un magistrato di carriera oppure da un giudice onorario (che dà minori garanzie in termini di professionalità), con conseguente grave compromissione dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge<sup>(58)</sup>.

Un altro possibile profilo di frizione con il dettato costituzionale emerge laddove si consideri che, proprio in ragione delle minori garanzie di professionalità assicurate dal giudice onorario (il cui reclutamento avviene in deroga alla regola generale del concorso pubblico sancita dall'art 106, 1° comma, Cost.), i costituenti avevano inteso limitarne l'impiego ai casi di c.d. giustizia minore, prevedendone, all'art. 106, 2° comma, la nomina per le sole funzioni attribuite a giudici singoli (che al tempo dell'entrata in vigore della Costituzione erano esclusivamente i pretori e i conciliatori). Senonché, a seguito della soppressione delle preture e dell'introduzione della regola della pronuncia del tribunale in composizione monocratica, le «funzioni attribuite al giudice singolo» si sono estese ad abbracciare quasi l'intera area delle funzioni giurisdizionali dichiarative in primo grado, onde la previsione di una generale utilizzabilità del giudice onorario quale so-

---

entrambi gli aspetti cfr. D. Cavallini, *Il giudice onorario di tribunale: quali i limiti alle sue funzioni?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 199 ss.

<sup>(58)</sup> In questo senso, Chiarloni, *Sulla necessità di assicurare l'indipendenza dei giudici di pace (oltre a un dubbio sulla legittimità costituzionale della figura di giudice onorario di tribunale)*, in *Giur. it.* 2003, 233; Luiso, *La magistratura onoraria*, in questa *Rivista* 2008, 364.

stituito del giudice togato di tribunale potrebbe apparire in contrasto (se non con la lettera) con lo spirito originario del precetto costituzionale.

Con specifico riguardo all'assegnazione al giudice onorario di procedimenti civili e penali ai sensi dell'art. 11 d.lgs. n. 116/2017, un simile dubbio, peraltro, è stato implicitamente respinto da Corte cost. 17 marzo 2021, n. 41<sup>(59)</sup>, che ha dichiarato invece costituzionalmente illegittima, per contrasto con l'art. 106, 2° comma, Cost., la disciplina dei giudici ausiliari d'appello di cui agli artt. 62 ss. d.l. n. 69/2013 (sia pure differendo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità al momento in cui sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 d.lgs. n. 116/2017). Ed invero, nel dichiarare l'illegittimità della disciplina in tema di giudici ausiliari d'appello là dove prevede la normale assegnazione del giudice onorario allo svolgimento di funzioni tipicamente collegiali e di secondo grado, la Corte ha avuto modo di affermare la compatibilità con l'art. 106, 2° comma, Cost. dell'art. 12 d.lgs. n. 116/2017, posto che la destinazione del giudice onorario di pace a comporre i collegi civili e penali del tribunale è da quest'ultima disposizione subordinata alla sussistenza delle condizioni eccezionali contemplate dall'art. 11, così indirettamente, e *a fortiori*, riconoscendo la legittimità dell'assegnazione al giudice onorario di procedimenti di competenza del giudice singolo in presenza delle medesime condizioni.

Ma la violazione dell'art. 106 cpv. può forse essere esclusa anche con riguardo alle ipotesi di giurisdizione delegata di cui all'art. 10. Ed invero, per quanto l'assegnazione al giudice onorario di compiti e funzioni del giudice togato non rivesta in tal caso alcun carattere di eccezionalità, potrebbe reputarsi decisiva la circostanza che la delega di attività propriamente decisoria è consentita soltanto per determinate categorie di controversie, puntualmente individuate dalla legge, e non in modo indiscriminato per tutte le controversie di competenza del tribunale<sup>(60)</sup>.

Ove si prescinda da punti di vista così radicali (tali da mettere in dubbio la stessa utilizzabilità del giudice onorario come sostituto del giudice professionale all'interno degli uffici giudiziari togati), i dubbi si appuntano soprattutto sull'istituto della delega prevista dall'art. 10 d.lgs. n.

---

<sup>(59)</sup> In *Giur. cost.* 2021, 513.

<sup>(60)</sup> Salvo quanto osservato *supra*, nel testo, circa la possibilità di ritenere ricompresa, tra le attività delegabili ai sensi dell'art. 10, comma 11, d.lgs. n. 116/2017 anche la pronuncia di sentenze non definitive su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito: possibilità che andrebbe allora esclusa nell'ambito di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame.

116/2017 e riguardano, da un lato, la compatibilità con la garanzia del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.) di un meccanismo che consente al giudice investito della controversia di delegarne a sua discrezione la decisione ad altro giudice (sia pure tabellarmente individuato); dall'altro, la compatibilità con il principio di indipendenza del giudice (art. 101 Cost.) delle norme che assoggettano il giudice onorario delegato al potere di indirizzo e vigilanza del giudice professionale delegante, vincolandolo al rispetto delle direttive da questo ricevute.

I due profili di incostituzionalità sono strettamente intrecciati, tanto che non è possibile sfuggire all'uno senza incorrere nell'altro.

Ed invero, per scongiurare la violazione dell'art. 25 Cost., occorrerebbe configurare i poteri di indirizzo e controllo spettanti al delegante in termini tali che questi, e non il delegato, possa pur sempre ritenersi investito (non solo formalmente) della controversia. A tal fine, peraltro, mi parrebbe imprescindibile ritenere:

a) che le direttive cui il giudice onorario deve attenersi nell'esercizio della delega possano riguardare anche l'attività decisoria, e segnatamente il contenuto della decisione da rendere;

b) che la violazione di tali direttive dia luogo a nullità della sentenza in quanto pronunciata al di fuori dei limiti del potere decisorio del delegato (limiti rigidamente segnati dalla delega e dalle relative direttive)<sup>(61)</sup>.

Senonché non è chi non veda come un simile modo di ricostruire il rapporto tra delegante e delegato si porrebbe in irriducibile contrasto con il principio della esclusiva soggezione del giudice alla legge di cui all'art. 101, 2° comma, Cost. Né, ad evitare una siffatta conclusione, varrebbe richiamare la duplice circostanza:

aa) che le direttive cui il delegato deve attenersi non sono impartite unilateralmente dal delegante, bensì con lui «concordate»;

bb) che al delegato è riconosciuta la facoltà di rimettere la delega quando, in considerazione della particolarità del caso concreto, ritenga di non poter provvedere in conformità alle direttive.

---

<sup>(61)</sup> Non mi sembra invece sufficiente ad evitare il contrasto con l'art. 25 Cost. il potere, attribuito al giudice togato, di revocare la delega in caso di inosservanza delle direttive. Infatti, un simile potere incontra pur sempre il limite «naturale» dell'avvenuta decisione della causa, sicché residuerebbe in ogni caso il rischio che l'eventuale «ribellione» del delegato rimanga in concreto priva di conseguenze.

Questione diversa da quella affrontata nel testo è quella relativa alle conseguenze della delega di poteri decisorii in violazione dei limiti stabiliti dal comma 12. Sul punto cfr. Martino, *Il giudice onorario*, cit., 188, che propende – condivisibilmente – per la nullità della sentenza in ipotesi pronunciata.

Ed invero, a parte l'ossimoro insito nella formula «direttive concordate» – e a parte le difficoltà, facilmente immaginabili, con cui si scontrerà nella pratica, il tentativo del giudice onorario di «concordare» le direttive con il giudice professionale<sup>(62)</sup> –, per scongiurare la violazione dell'art. 101 Cost. occorrerebbe riconoscere al delegato il potere (non già semplicemente di rimettere la delega, ma) di discostarsi dalle direttive<sup>(63)</sup>; ciò che appare senz'altro da escludere in base alla disciplina legislativa (e che comunque, quand'anche potesse ammettersi, farebbe rientrare dalla finestra la violazione dell'art. 25).

12. – Veniamo ora ai compiti preparatori, che rappresentano, per dir così, il *core business* dell'UPP, quelli in cui tipicamente si esplica la sua funzione di supporto all'attività giurisdizionale.

Tali compiti sono elencati all'art. 5, lett. a) e b), d.lgs. n. 151/2022. L'elencazione, da ritenersi oltretutto meramente esemplificativa, è molto ampia e comprende attività quali studio del fascicolo, supporto al giudice nello svolgimento delle verifiche preliminari *ex art. 171-bis c.p.c.* (o, in appello, nell'individuazione dei procedimenti contemplati dall'art. 348-*bis*), compilazione di schede riassuntive, preparazione delle udienze e delle camere di consiglio, selezione dei presupposti di mediabilità della lite, ricerche di giurisprudenza e dottrina, predisposizione di bozze di provvedimenti.

Se si prova a calare l'ampia descrizione normativa dei compiti dell'UPP nella concreta dinamica del processo, non si tarda ad accorgersi che non c'è praticamente attività processuale, rispetto alla quale l'UPP non possa essere chiamato a prestare la propria assistenza. La presenza dell'UPP è infatti costante dall'inizio alla fine del processo e può riguardare tutte le attività da compiersi nelle varie fasi in cui questo si articola, dalla verifica delle condizioni per la trattazione del merito, allo studio degli atti di parte (atti introduttivi e memorie integrative) in vista della definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, alla individuazione delle questioni rilevabili d'ufficio, all'esame delle richieste istruttorie delle parti e alla predisposizione di bozze del relativo provvedimento di ammissione, allo studio dei documenti e alla redazione di schede di sintesi delle risul-

---

<sup>(62)</sup> In proposito, cfr. i giusti rilievi di Martino, *op. cit.*, 185 s.

<sup>(63)</sup> O, più radicalmente, escludere che le stesse possano riguardare l'attività di decisione (così infatti Russo, *Breve storia degli extranei nella magistratura italiana. Giudici onorari, avvocati e professori universitari immessi nella magistratura dall'Unità d'Italia al d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116*, Roma 2019, 157 ss.).

tanze dell'assunzione probatoria, allo studio della *quaestio iuris* con relativo approfondimento dottrinale e giurisprudenziale, alla predisposizione della minuta della sentenza.

Naturalmente il giudice resta l'esclusivo titolare dei poteri non soltanto di decisione ma anche di direzione del procedimento (art. 175 c.p.c.) e assume la paternità di tutti i provvedimenti, tanto di carattere decisorio quanto di natura meramente ordinatoria. Di conseguenza, egli è chiamato ad esercitare un costante controllo sull'operato dell'UPP, a verificare, anche mediante un diretto riscontro sugli atti di causa, l'esattezza delle informazioni riportate nelle schede di sintesi, a individuare eventuali impedimenti alla trattazione del merito o questioni rilevabili d'ufficio che siano sfuggite all'attenzione dell'assistente, a verificare l'esattezza e la completezza delle ricerche dottrinali e giurisprudenziali, a sottoporre ad attenta e scrupolosa revisione le bozze dei provvedimenti dei quali rimane unico responsabile anche civilmente.

Senonché, ove si considerino, da un lato, la mole dell'arretrato gravante sugli uffici giudiziari; dall'altro gli ambiziosi (a dir poco) obiettivi di riduzione di detto arretrato posti dal PNRR nonché l'esplicito collegamento istituito dal legislatore tra l'attività dell'UPP e lo smaltimento dell'arretrato<sup>(64)</sup>, può apparire non del tutto ingiustificato il timore che il giudice possa finire di fatto per delegare all'UPP lo svolgimento di un insieme più o meno ampio di attività, potenzialmente coincidente con l'intera trattazione della causa, riservandosi di intervenire «a richiesta» dell'assistente, o direttamente in sede di correzione della bozza di provvedimento (secondo il modello, da taluno descritto, del giudice «correttore di bozze»).

In altre parole, vi è il rischio che l'attività dell'UPP si trasformi in una sorta di diaframma tra il giudice e la causa, e che il giudice finisca per conoscere una realtà filtrata dall'assistente, rimanendo pesantemente condizionato, nell'esercizio dei suoi poteri, dall'operato di quest'ultimo<sup>(65)</sup>.

---

(64) V. in particolare l'art. 17 d.l. n. 80/2021, secondo cui «il personale addetto all'ufficio per il processo presta la sua attività lavorativa esclusivamente per la riduzione dell'arretrato».

(65) L'influenza esercitata dai *judicial assistants* è oggetto di dibattito negli Stati Uniti, specie nei rapporti con i giudici della Corte Suprema: cfr. ad. es. Ward, Weiden, *Sorcerer's Apprentices: 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*, New York 2006; Peppers, Giles, Tainer Parkins, *Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use their Law Clerks*, in *Albany Law Review* 2009, 623 ss.; Rosenthal, Yoon, *Judicial Ghostwriting: Authorship on the Supreme Court*, in *Cornell Law Review* 2011, 1307 ss.; Bonica, Chilton, Goldin, Rozema, Sen, *The Political Ideology of Law Clerks*, in *American Law and Economics Review* 2017, 96 ss. In ambito europeo, cfr. Holvast, *The Power of the Judicial Assistant/Law Clerk: Looking behind the Scenes at Courts in the United States*,

In particolare, mi sembra che si possano distinguere due modalità (o, se si preferisce due «gradi») di un simile condizionamento.

Ed invero, da un lato, mediante la redazione di schede riassuntive (delle domande e allegazioni delle parti, delle richieste istruttorie, dei risultati dell'assunzione probatoria, ecc.), l'assistente opera inevitabilmente una selezione del materiale, in base al quale il giudice forma le sue valutazioni. Dall'altro lato, ove sia chiamato ad occuparsi anche dello studio del fascicolo e della predisposizione di bozze di provvedimenti (da quelli meramente interlocutori fino alla decisione finale), l'assistente finisce per compiere egli stesso le valutazioni che spetterebbero al giudice, al quale resta riservato un ruolo di mero «controllore».

In entrambi i casi il pericolo è che il giudice tenda a confidare eccessivamente nell'operato dell'assistente – secondo quello che è stato efficacemente definito come «*anchoring effect*» –, lasciando di fatto a quest'ultimo il ruolo di *dominus* della causa.

Un simile scenario potrà apparire eccessivamente pessimistico a chi osservi che nella maggior parte dei casi il giudice utilizzerà correttamente il nuovo strumento che il legislatore gli consegna, esercitando un costante controllo sull'operato dell'assistente; che d'altra parte il rischio di imbattersi in un giudice superficiale o neghittoso sussisteva anche prima dell'avvento dell'UPP; che, infine, la possibilità di delegare un certo numero di attività è connaturata al modello di lavoro in *team*, sicché in definitiva si tratta soltanto di una questione di misura (e di serietà).

Mi sembra, tuttavia, innegabile che, a fronte dell'affidamento all'UPP di compiti in grado di influenzare così pesantemente l'esercizio della funzione giurisdizionale, si ponga quantomeno l'esigenza di garantire nel massimo grado, con strumenti normativi adeguati, la professionalità e l'imparzialità dei suoi componenti.

A) Dal primo punto di vista, non può che lasciare insoddisfatti la scelta operata in sede di reclutamento dei nuovi funzionari addetti all'UPP: a) di prevedere (oltretutto senza alcuna differenziazione in ragione dell'ufficio di destinazione) quale requisito per la partecipazione alle selezioni il possesso della sola laurea triennale<sup>(66)</sup>; b) di far accedere alla prova scritta un nu-

---

*England and Wales, and the Netherlands*, in *International Journal for Court Administration* 2016; Holvast, Mascini, *Is the Judge or the Clerk Making the Decision? Measuring the Influence of Judicial Assistants via an Experimental Survey among Dutch District Court Judges*, *ivi* 2020.

<sup>(66)</sup> Per effetto di tale previsione, i nuovi funzionari addetti all'UPP si trovano ad essere paradossalmente meno qualificati dei tirocinanti *ex art.* 73 d.l. n. 69/2013, per i quali è richiesto il conseguimento della laurea «all'esito di un corso di durata almeno quadrien-

mero di candidati venti volte superiore a quello dei posti a concorso; c) di prevedere, infine, per la prova scritta lo svolgimento di quiz a risposta multipla di diritto pubblico, inglese e ordinamento giudiziario.

Il problema, peraltro, non sono soltanto le modalità di selezione. Per garantire un adeguato livello di professionalità, è indispensabile che l'UPP riesca ad attrarre presso di sé le energie migliori. Non è un caso, del resto, che una delle principali criticità riscontrate nella fase di avvio delle nuove strutture sia rappresentato dalle continue scoperture di organico determinate dalla migrazione dei funzionari verso posizioni professionali più gradite (per lo più a tempo indeterminato).

Non potendosi, per comprensibili ragioni di bilancio, ridiscutere la scelta di fondo di concepire il funzionario addetto all'UPP come una figura a tempo determinato<sup>(67)</sup>, occorrerebbe quantomeno far sì che l'esperienza presso l'UPP possa essere vissuta dal giovane laureato come un investimento (di non troppo remota spendibilità) nel proprio futuro, favorendo ad es., sulla falsariga di quanto si prevede in Francia per i *juristes assistants*, l'ingresso dei funzionari nei ruoli della magistratura ordinaria<sup>(68)</sup>.

B) Quanto alla terzietà e imparzialità dei componenti dell'UPP, viene in considerazione l'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 151/2022, a norma del quale «i tirocinanti e i magistrati onorari componenti dell'ufficio per il processo non possono accedere ai fascicoli, alle udienze e alle camere di consiglio relative ai procedimenti rispetto ai quali sussistano le ipotesi previste dall'articolo 51, primo comma, n. 1, 2, 3, 4 in quanto applicabile, 5 del codice

nale», nonché, in alternativa, il superamento con una media di almeno 27/30 degli esami delle materie «professionalizzanti» (diritto privato, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto penale, diritto del lavoro, diritto amministrativo) o il conseguimento di un punteggio di laurea non inferiore a 105/110.

Ad analoghe perplessità dà luogo la circostanza che, a seguito dell'unificazione disposta dal d.lgs. n. 116/2017 delle due figure del giudice di pace e del GOT, l'individuazione dei requisiti di professionalità per l'accesso al ruolo di giudice onorario di pace sia avvenuto operando un livellamento verso il basso di detti requisiti, ossia «accontentandosi» del mero possesso della laurea in giurisprudenza (come già previsto per il GOT) ed eliminando invece il requisito del previo superamento dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato, previsto per il giudice di pace; il tutto a fronte di un notevole ampliamento delle competenze dei nuovi giudici onorari di pace rispetto a quelle di quest'ultimo.

<sup>(67)</sup> Una parziale inversione di tendenza si è peraltro realizzata con la l. n. 206/2021 (e con la parallela l. n. 134/2021 per il settore penale), che ha previsto l'assunzione di 500 unità di personale a tempo indeterminato da destinare agli UPP.

<sup>(68)</sup> Ciò consentirebbe, oltretutto, di non disperdere l'ingente costo formativo sostenuto dall'amministrazione per la qualificazione degli addetti. Da tale punto di vista, appare eccessivamente timida la previsione dell'art 11, comma 4, d.l. n. 80/2021, che si limita a stabilire che il servizio prestato presso l'UPP costituisce titolo per l'accesso al concorso in magistratura.

di procedura civile o dagli articoli 35 e 36, comma 1, lett. a), b), d), e), f) del codice di procedura penale».

A parte l'inspiegabile pretermissione<sup>(69)</sup> dei funzionari addetti all'UPP, che appare peraltro agevolmente colmabile in via interpretativa, il meccanismo delineato dalla norma risulta largamente insufficiente. Ed invero, non essendo previsto in capo ai componenti dell'UPP alcun obbligo di segnalare la ricorrenza delle situazioni richiamate dalla norma, c'è il rischio che tali situazioni finiscano per non emergere e la previsione rimanga lettera morta<sup>(70)</sup>.

Di più. Ove si consideri che l'imparzialità dell'assistente giudiziario costituisce anche, e direi soprattutto, una garanzia per le parti, appare indispensabile prevedere un meccanismo che consenta a queste ultime di conoscere l'identità dell'assistente assegnato al proprio caso ed eventualmente proporre nei suoi confronti istanza di ricusazione<sup>(71)</sup>.

13. – È giunto il momento di svolgere qualche considerazione finale, tesa a valutare se la «nuova organizzazione del processo», quale abbiamo cercato di tratteggiare, risponda agli obiettivi di efficienza perseguiti dal legislatore, evitando al contempo di sacrificare eccessivamente l'effettività.

Il quadro appare caratterizzato da luci e ombre.

<sup>(69)</sup> Rilevata anche dal CSM nel parere rilasciato il 22 settembre 2022 sullo schema di decreto legislativo.

<sup>(70)</sup> V. ancora il parere del CSM citato alla nota prec.

<sup>(71)</sup> In senso conforme, v. *l'opinion* 22 del 7 novembre 2019 del *CCJE* sul ruolo degli assistenti giudiziari, ove si legge che «gli stati membri dovrebbero prevedere l'introduzione di regole che impongano agli assistenti giudiziari la ricusazione secondo gli stessi criteri che si applicano alla ricusazione di un giudice. Il *CCJE* raccomanda agli stati membri di prevedere l'introduzione di una regolamentazione che autorizzi le parti a contestare la partecipazione di un assistente giudiziario». Come esempi di ordinamenti che si sono già mossi in questa direzione vengono citati Croazia, Slovenia e Svizzera.

Un tale risultato potrebbe forse essere raggiunto, già *de iure condito*, anche da noi, applicando analogicamente la disciplina in tema di ricusazione del c.t.u. L'analogia potrebbe ritenersi giustificata dalla circostanza che in entrambi i casi si tratta di soggetti che con il loro operato provvedono, per dirla con Calamandrei, alla «preparazione del materiale logico della sentenza». Resta il fatto però che, in assenza di un meccanismo che imponga al giudice di rendere pubblica l'identità degli assistenti di cui si avvale in relazione ad un determinato caso, l'istanza di ricusazione potrebbe essere proposta solo qualora le parti siano venute a conoscenza di tale identità in modo casuale (con conseguenti difficoltà probatorie, facilmente immaginabili: per un esempio, v. Corte EDU 28 novembre 2011, Bellizzi c. Malta, che ha rigettato il ricorso proposto per violazione dell'art. 6 della Convenzione, non essendo stata fornita dal ricorrente la prova che davanti al tribunale costituzionale maltese il caso fosse stato assegnato a un determinato assistente giudiziario, che aveva agito come difensore della controparte in precedenti fasi del procedimento).

Queste ultime riguardano soprattutto gli interventi sul rito. Da un lato, infatti, la previsione di riti differenziati per le cause più semplici e per quelle più complesse non sembra aumentare in misura significativa (anche a causa dell'inadeguatezza della disciplina del passaggio dal procedimento ordinario a quello semplificato, a sua volta frutto di un approccio riduttivo al tema della *procedural complexity*) il tasso di adattabilità del procedimento alle caratteristiche della singola controversia. Dall'altro lato, gli interventi sul rito ordinario, con l'abbandono del modello di trattazione incentrato sulla prima udienza, rischiano di impoverire il dialogo tra le parti e il giudice, allontanando quest'ultimo dalla controversia, a fronte di vantaggi modestissimi sul piano della concentrazione (per non dire dei molteplici inconvenienti «tecnic» cui la scelta di anticipare le memorie di trattazione scritta dà luogo, per es. in caso di interventi).

Con riguardo alle misure di carattere *stricto sensu* organizzativo, il discorso deve essere più sfumato. L'avvio, dopo una lunga fase di «sperimentazione», dell'UPP è stato accompagnato da grandi aspettative, non disgiunte da un certo trionfalismo: si è parlato di sfida, di occasione storica, addirittura di sogno che si realizza. Non sono peraltro mancate reazioni ispirate a maggiore cautela, se non a malcelata diffidenza.

È finanche banale, al riguardo, osservare che l'UPP è uno strumento, che in quanto tale non è né buono né cattivo, e che tutto dipende dall'uso che se ne fa. In tale prospettiva, bisogna essere consapevoli delle sue potenzialità, in termini di miglioramento delle condizioni di lavoro dei magistrati e di aumento della capacità del sistema di fornire una risposta adeguata (non solo in termini quantitativi) alla domanda di giustizia; ma anche dei rischi che si corrono.

Il principale tra questi rischi mi sembra quello che l'UPP venga visto esclusivamente come una misura congiunturale finalizzata allo smaltimento dell'arretrato. Se dovesse prevalere questa logica (che sembra, per la verità, avere a tratti ispirato lo stesso legislatore, almeno quello «emergenziale» del d.l. n. 80/2021), risulterebbe giustificato il timore che il raggiungimento degli obiettivi del PNRR possa avvenire a scapito della qualità della risposta giurisdizionale.

Un altro rischio è che, in un processo di tipo scritto quale quello introdotto dalla riforma, l'UPP possa divenire un fattore di ulteriore allontanamento del giudice dalla causa, assecondando una visione burocratica della giurisdizione (il processo come «pratica» da sbrigare), ancora una volta a scapito della qualità.

Sotto altro profilo, l'esigenza di assicurare un adeguato livello di professionalità ai componenti dell'UPP pone in primo piano il tema della

formazione: di quella universitaria, chiamata a fornire ai giovani laureati gli strumenti per inserirsi efficacemente nelle nuove strutture e offrire al loro interno un contributo qualitativamente adeguato<sup>(72)</sup>; ma anche, direi, di quella da realizzare all'interno degli UPP, che devono diventare essi stessi luogo di formazione «sul campo».

A tal fine, è indispensabile peraltro una visione di ampio respiro, che riesca a fare dell'UPP, come ha scritto Remo Caponi, «una nuova forma di vita giudiziaria», in grado di «dar corpo a un intreccio di relazioni tra il conoscere, il saper fare e il saper essere; (di) scavare un letto per la maturazione di nuove identità e per la creazione di un pluralismo ordinato di culture della giurisdizione»<sup>(73)</sup>.

Occorre, in una parola, (provare a) volare alto. Ché se invece tutto dovesse risolversi nel reclutamento di un esercito di precari da impiegare nella redazione di (bozze di) sentenze-fotocopia, ebbene allora non soltanto avremmo sprecato un'importante occasione di modernizzazione del sistema giustizia, ma avremmo anche compiuto un gigantesco passo indietro nel modo di concepire la giurisdizione nel nostro paese.

---

(72) Il che, noto incidentalmente, non si ottiene certo – per parafrasare Giorgio Gaber – costringendoli a... brucare un po' di organizzazione aziendale, fettine di inglese, pezzetti di informatica con inserti di economia, bensì adottando un metodo di insegnamento del diritto che, senza rinunciare a quanto (non poco) di buono vi è nella tradizionale lezione di stampo accademico, abitui gli studenti sin dai primi anni all'uso della scrittura e al confronto con i casi giurisprudenziali.

(73) Cfr. Caponi, *Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo*, in *Quest. giust.* 2021, 3, 172.

SILVIA SIGNORATO

Professore associato nell'Università di Padova

## GESTIONE DELL'ATTO PROCESSUALE NEL DEDALO DEL PROCESSO PENALE TELEMATICO

SOMMARIO: 1. Premessa: dagli albori di un processo penale telematico acefalo alla ricerca di un giusto processo penale telematico. – 2. Atto nativo digitale e questioni problematiche in tema di firma. – 3. Notificazioni. – 4. Sicurezza tecnica per diritti in sicurezza. – 5. Conclusioni.

1. – Ormai da tempo nella giustizia italiana si registra l'avvento del processo civile telematico (PCT), del processo amministrativo telematico (PAT) e del processo tributario telematico (PTT) <sup>(1)</sup>. Di primo acchito, si potrebbe forse pensare che essi declinino mere modalità telematiche di deposito e gestione degli atti. Invece, essi segnano una linea sottile, ma al tempo stesso profonda, che implica metamorfosi sistematiche e significative rimodulazioni dei diritti fondamentali.

Proprio per la delicatezza degli interessi in gioco, nel settore della giustizia penale si sono registrate le più forti resistenze all'introduzione del processo penale telematico (PPT). Ancor prima, per la possibile incidenza sul piano dei diritti fondamentali, si è guardato con sospetto all'impiego dell'informatica e della telematica sia in ambito procedimentale <sup>(2)</sup> sia processuale. Basti pensare al dibattito in tema di captatore informatico o circa la possibilità del videocollegamento ad atti e a udienze (c.d. partecipazione a distanza) in luogo della presenza fisica agli stessi.

Da un punto di vista storico, il primo innesto della telematica nel processo penale sembra essere un portato della strage di Capaci, a seguito della quale fu avvertita l'urgente necessità di garantire la sicurezza di

---

<sup>(1)</sup> In tema, cfr. A. Ciriello (a cura di), *Il processo telematico: civile, penale, amministrativo, tributario, contabile*, Milano 2019.

<sup>(2)</sup> L'impiego delle tecnologie a fini investigativi è ormai ineludibile. Tuttavia, da esso deriva anche un impatto sul piano della sistematica del processo penale. Al riguardo, volendo, cfr. S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018.

coloro che erano stati ammessi a programmi o misure di protezione. In quest'ottica, l'art. 7, d.l. 8.6.1992, n. 306 introdusse la possibilità del loro esame a distanza<sup>(3)</sup>, dettando il primo abbozzo di un istituto, il cui perimetro applicativo è stato via via dilatato nel tempo<sup>(4)</sup>.

Al di là della partecipazione a distanza, la spinta verso la digitalizzazione e verso il processo penale telematico è derivata da un ampio reticolato normativo, regolamentare e di protocolli<sup>(5)</sup>, che, direttamente o indirettamente, hanno impattato sul versante della giustizia penale.

Si era creato, però, un quadro disarmonico, oltretutto caratterizzato da asimmetrie.

Si consideri solo che, da un lato, in presenza dei presupposti, si riconosceva alla cancelleria la possibilità di effettuare notifiche mediante posta elettronica certificata<sup>(6)</sup>; dall'altro lato, non era però prevista la possibilità di deposito telematico degli atti da parte del difensore. Ciò sembrava confliggere con il principio della parità delle armi previsto dall'art. 6.1 Cedu, oltre che con l'art. 111, comma 2°, Cost., tanto da auspicare una

<sup>(3)</sup> La strage di Capaci risale al 23 maggio 1992. Dopo soli 17 giorni (precisamente, il 9 giugno 1992) entrava in vigore l'art. 7, d.l. 8.6.1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa, poi convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 7.8.1992, n. 356.

<sup>(4)</sup> Per un approfondimento sul tema, *ex multis*, cfr. M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino 2012; D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castro-nuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, pp. 449-508, nonché, volendo, S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in *LP* 20.11.2017, pp. 1-14.

<sup>(5)</sup> Tra i molti si possono richiamare il d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68 (regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata); il protocollo d'intesa del 26.11.2008 tra Ministero della Giustizia e il Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione; l'art. 4, d.l. 29 dicembre 2009, n. 193 (articolo in tema di misure urgenti per la digitalizzazione della giustizia); il d.m. 21 febbraio 2011, n. 44 concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (denominato Regolamento) – adozione del fascicolo informatico anche nel processo penale – Specifiche tecniche: decreto responsabile S.I.A. 9 gennaio 2016. Di particolare importanza, poi, l'art. 16, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, secondo il quale «le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale» sono effettuate a cura della cancelleria per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata. Inoltre, l'art. 2, comma 1, lett. c), d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179 estende le disposizioni del Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) al processo penale, «salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico». Per una ricostruzione, anche in chiave sistematica, della «millefeuille juridique», si rinvia a B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano 2022, p. 118 ss.

<sup>(6)</sup> Peraltro, solo a persone diverse dall'imputato e dall'indagato.

disciplina *de iure condendo* atta a garantire la bidirezionalità del processo penale telematico. Inoltre, l'assetto sollevava dubbi di compatibilità pure con l'art. 6.3, lett. b), Cedu in ordine al diritto per l'accusato di disporre delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa, senza contare il contrasto con l'art. 3 Cost.

Ancora, in quel contesto caratterizzato da una fase embrionale del processo penale telematico, quest'ultimo nasceva acefalo, perché l'atto da notificare in via telematica restava un atto cartaceo, da sottoscrivere manualmente e scansionare; dunque, non si trattava di un atto nativo digitale, vale a dire di un atto che è formato, sottoscritto, trasmesso e conservato digitalmente.

A ciò si aggiungeva, *ex multis*, che la scarsità delle risorse informatiche in termini di *device* (7), la mancanza di applicativi che tenessero conto delle diverse fasi procedurali in grado di custodire i dati a partire dal momento della notizia di reato e fino al casellario, i problemi organizzativi in rapporto agli orari di apertura e alla strumentazione dei punti di accesso (8) al fascicolo telematico ponevano rilevanti interrogativi circa il rispetto delle garanzie del giusto processo, da declinarsi in chiave di giusto processo penale telematico.

In questo assetto si incunea la pandemia. Improvvisamente, la Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati (DSGIA) si trova dinanzi a esigenze sino ad allora inimmaginabili di digitalizzazione e di utilizzo degli strumenti telematici per consentire lo svolgimento del processo nonostante le previsioni di distanziamento sociale (9). Infatti, la legislazione emergenziale (10) ammette la celebrazione mediante piattaforma telematica anche di convalide di arresti e di giudizi direttissimi. La spinta

---

(7) *Device* è concetto ricomprensivo delle varie tipologie di dispositivi elettronici.

(8) Come indicato all'art. 2, lett. c), decreto del Ministero della Giustizia, 21 febbraio 2011, n. 44 (regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella l. 22 febbraio 2010, n. 24) per punto di accesso si intende la «struttura tecnologica-organizzativa che fornisce ai soggetti abilitati esterni al dominio giustizia i servizi di connessione al portale dei servizi telematici, secondo le regole tecnico-operative riportate nel presente decreto».

(9) In tema, per tutti, cfr. S. Lorusso, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, in *Proc. pen. giust.* 2020, f. 5, 1000 ss. Si può ricordare come l'impiego della telematica nel settore del processo penale ponga anche dei significativi problemi sul piano del trattamento dei dati personali. In tema, cfr. R. Marro, R. Patcot, *I nuovi collegamenti da remoto e le osservazioni del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Il processo penale telematico*, a cura di V. Bove, Milano 2021, p. 41 ss.

(10) Per una analisi della normativa pandemica, si rinvia a V. Bove, *Il processo penale*

propulsiva nella direzione del processo penale telematico è massima: a titolo esemplificativo, si istituisce il Portale Deposito Atti Penali<sup>(11)</sup>; si prevede la possibilità di notifica telematica tramite *pec* anche all'imputato; si introducono novità in tema di Sistema Notificazioni telematiche.

Si tratta di una sorta di "prova generale" per la riforma Cartabia<sup>(12)</sup>, che interviene infatti anche in materia di processo penale telematico.

2. – La riforma incide significativamente sul libro II c.p.p. dedicato agli Atti: abroga tre articoli<sup>(13)</sup>; ne inserisce nove<sup>(14)</sup> *ex abrupto*; ne modifica trentadue<sup>(15)</sup>. Ciò significa che la percentuale complessiva delle

---

*telematico (d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. con modif. l. 18 dicembre 2020, n. 176), in Il processo penale telematico, cit., p. 7 ss.*

<sup>(11)</sup> Al riguardo, si veda R. Patscot, *Il portale del processo penale telematico*, in *Il processo penale telematico*, cit., pp. 51-58.

<sup>(12)</sup> Come noto, il riferimento è alla l. 27 settembre 2021, n. 134 «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», a cui ha fatto seguito il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

<sup>(13)</sup> Si tratta degli artt. 150, 151 e 158 c.p.p., rispettivamente dedicati alle forme particolari di notificazione disposte dal giudice, alle notificazioni richieste dal pubblico ministero ed alla prima notificazione all'imputato in servizio militare.

<sup>(14)</sup> Nello specifico, vengono introdotti nel codice di procedura penale gli artt. 111-*bis* (deposito telematico), 111-*ter* (fascicolo informatico e accesso agli atti); 129-*bis* (accesso ai programmi di giustizia riparativa); 153-*bis* (domicilio del querelante. Notificazioni al querelante); 157-*bis* (notifiche all'imputato non detenuto successive alla prima); 157-*ter* (notifiche degli atti introduttivi del giudizio all'imputato non detenuto); art. 175-*bis* (malfunzionamento dei sistemi informatici; nonché un nuovo titolo II *bis* dedicato alla partecipazione a distanza e composto dagli artt. 133-*bis* (disposizione generale) e 133-*ter* c.p.p. (modalità e garanzie della partecipazione a distanza).

<sup>(15)</sup> Infatti, la riforma Cartabia modifica gli artt. 110 (forma degli atti), 111 (data e sottoscrizione degli atti), 116 (copie, estratti e certificati), 122 (procura speciale per determinati atti); 125 (forme dei provvedimenti del giudice), 127 (procedimento in camera di consiglio), 133 (accompagnamento coattivo di altre persone), 134 (modalità di documentazione), 135 (redazione del verbale), 141-*bis* (modalità di documentazione dell'interrogatorio di persona in stato di detenzione), 148 (organi e forme delle notificazioni), 149 (notificazioni urgenti a mezzo del telefono e del telegrafo), 152 (notificazioni richieste dalle parti private), 153 (notificazioni e comunicazioni al pubblico ministero), 154 (notificazioni alla persona offesa, alla parte civile, al responsabile civile e al civilmente obbligato per la pena pecuniaria), 155 (notificazioni per pubblici annunci alle persone offese), 156 (notificazioni all'imputato detenuto), 157 (prima notificazione all'imputato non detenuto), 159 (notificazioni all'imputato in caso di irreperibilità), 160 (efficacia del decreto di irreperibilità), 161 (domicilio dichiarato, eletto o determinato per le notificazioni), 162 (comunicazione del domicilio dichiarato o del domicilio eletto), 163 (formalità per le notificazioni nel domicilio dichiarato o eletto), 164 (efficacia della dichiarazione o dell'elezione di domicilio), 165 (notificazioni all'imputato latitante o evaso), 167 (notificazioni ad altri soggetti), 168 (rela-

norme abrogate o modificate è pari al 43,75% del *corpus* normativo del libro secondo<sup>(16)</sup>.

Non si tratta, però, di mere modifiche quantitative. Invero, esse riverberano i loro effetti sullo stesso ordito codicistico, mirando a dare piena attuazione al processo penale telematico lungo tre direttrici: anzitutto, quella della formazione, trasmissione, conservazione e accesso digitale agli atti; in secondo luogo, quella della partecipazione a distanza; infine, quella delle notificazioni. Il tutto nella cornice di una costante oscillazione tra regole in tema di digitalizzazione e correttivi pragmatici.

Iniziando dalla genesi del processo penale telematico, la riforma tenta di intonare il *de profundis* alla redazione e alla conservazione cartacea degli atti. In questa prospettiva, il novellato art. 110 c.p.p. stabilisce la redazione degli atti nella forma del documento informatico, di cui non offre però una definizione. Verosimilmente perché (anche sulla scorta della giurisprudenza formatasi in tema di processo civile, amministrativo, tributario telematici) il legislatore ritiene ormai invalsa la definizione dettata dal Codice dell'Amministrazione digitale (CAD)<sup>(17)</sup>, secondo il quale il documento informatico è «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti».

Resta però il problema di capire se tale documento soddisfi il requisito della forma scritta e quale sia l'efficacia ad esso ricollegabile. La risposta a un simile quesito può essere rinvenuta nel CAD<sup>(18)</sup>, il quale, oltre a ritenere che tale documento integri in effetti tale forma, prevede pure che ad esso vada riconosciuta l'efficacia *ex art. 2702 c.c.*, in forza della quale la scrittura privata fa piena prova della provenienza delle dichiarazioni dal firmatario, sino a querela di falso.

Venendo alla modalità di sottoscrizione del documento informatico, essa non può avvenire a penna. Altrimenti, il documento informatico dovrebbe essere stampato per essere poi firmato. Se così fosse, però, esso si trasformerebbe in documento analogico, perdendo la sua natura di atto

---

zione di notificazione), 169 (notificazioni all'imputato all'estero), 170 (notificazioni col mezzo della posta), 171 (nullità delle notificazioni), 172 (regole generali), 175 (restituzione del termine).

<sup>(16)</sup> Su tale percentuale si innestano poi le modifiche apportate dalla riforma Cartabia in seno al d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271. Si pensi solo all'art. 63-*bis* disp. att., che prevede la singolare "Comunicazione di cortesia", ovvero l'invio di un avviso di cortesia al destinatario della notifica o telefonicamente o all'indirizzo di posta elettronica indicato da quest'ultimo. Tale avviso viene inviato nei casi in cui l'atto non sia stato consegnato al difensore o al domiciliatario, ma a persona fisica diversa dal destinatario.

<sup>(17)</sup> Cfr. art. 1, lett. p, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

<sup>(18)</sup> Si veda l'art. 20, comma 1-*bis*, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

nativo digitale, la quale rappresenta invece un perno della riforma Cartabia. Per questo motivo, l'art. 111, comma 2-*bis*, c.p.p. prevede che la sottoscrizione debba essere apposta con firma digitale o altra firma elettronica qualificata<sup>(19)</sup>.

Si può ricordare come la firma digitale e la firma elettronica qualificata<sup>(20)</sup> riflettano in sé talune caratteristiche dell'intero processo di digitalizzazione, che lo fanno assomigliare ad una sorta di Giano bifronte: da un lato, esso dischiude nuove possibilità potendo contribuire alla razionalizzazione e alla maggiore efficienza della giustizia penale; dall'altro, esso svela inedite problematiche, non di rado riflesso di una sorta di ipoacusia della tecnica a fronte delle esigenze giuridiche. Ne è un esempio il fatto che le firme digitali e le firme elettroniche qualificate operano sulla base di un certificato di autenticazione e di sottoscrizione, i quali hanno di regola validità triennale, ma potrebbero anche essere revocati o sospesi prima di tale termine, per furto, smarrimento o malfunzionamento della firma stessa. In ogni caso, se i certificati non vengono rinnovati prima del triennio, essi scadono. Il che significa che le stesse firme scadono.

Si tratta di un aspetto tutt'altro che meramente tecnico, dato che, in questo ambito, la normativa processuale penale si intreccia con quella del Codice dell'Amministrazione digitale<sup>(21)</sup>, il cui art. 24, comma 4-*bis* è *tranchant* e stabilisce che, quando il certificato elettronico è revocato, scaduto o sospeso, la firma digitale eventualmente apposta equivale a mancata sottoscrizione. Né tale aspetto potrebbe ritenersi "sanato" dall'avvenuto deposito telematico, dato che è lo stesso art. 111-*bis* c.p.p., che disciplina tale deposito, a richiamare il rispetto della normativa in tema di sottoscrizione e, quindi, la previsione CAD.

Se, nella c.d. società tecnoliquida, si assiste alla crisi del "per sempre", tale erosione sembra investire persino la sottoscrizione, dato che la firma elettronica non sarebbe più in grado di attestare "*sempiter*" la validità del documento. Infatti, un atto dalla firma valida ed efficace al momento della sottoscrizione potrebbe risultare poi sottoscritto invalidamente poiché, nel frattempo, è intervenuto lo scadere o la revoca o la sospensione dei certi-

---

<sup>(19)</sup> Si può ricordare come il TAR Campania - Napoli, sez. I., 22 marzo 2017, n. 01694 abbia dichiarato la nullità della memoria di costituzione e della procura alle liti non depositate in forma di documento nativo digitale.

<sup>(20)</sup> B. Galgani, ...Along came il processo penale telematico. Le disposizioni generali sugli atti, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, p. 410, nota 47 ricorda come esistano quattro tipi di firma: elettronica semplice, avanzata, qualificata e digitale.

<sup>(21)</sup> Previsto dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

ficati (si pensi al caso in cui l'avvocato defunga o il magistrato sottoscrittore della sentenza vada in quiescenza).

Si tratta di problemi giuridici che forse non sono stati ancora adeguatamente soppesati, ma che infliggono un *vulnus* al regime della validità degli atti, oltretutto senza nemmeno la necessità di una querela di falso, essendo previsto *ex lege* dallo stesso CAD che la revoca, scadenza o sospensione del certificato comporta la mancata sottoscrizione del documento, a prescindere dalla precedente apposizione della firma.

Intrecciando tale previsione con il regime processuale penale delle invalidità codicistiche, che sanziona la mancanza di sottoscrizione con la nullità<sup>(22)</sup>, rischiano di profilarsi anomalie giuridiche sussumibili nella distonica figura di un atto dall'*iter* così scandito.

*In primis*, l'atto si caratterizzerebbe per una sottoscrizione valida, ma *sub condizione* di perduranza dei requisiti di validità della firma.

Poi, esso sarebbe nullo perché la firma è mancante in quanto invalida ai sensi del CAD per scadenza, revoca o sospensione del certificato elettronico. A questo punto, l'atto vedrebbe il suo regime di validità diversamente modulato a seconda che la mancanza di firma venga ricondotta al regime delle nullità relative<sup>(23)</sup>, intermedie o assolute, dato che, come noto, solo queste ultime sono insanabili e rilevabili sia dalle parti che d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento<sup>(24)</sup>.

Ciò chiarito occorre rimarcare quanto segue. Le cause di nullità per mancanza di sottoscrizione a penna sono poste a presidio di ineludibili

---

(22) A titolo esemplificativo, si pensi all'art. 142 c.p.p. il quale prevede la nullità dei verbali in caso di mancanza di sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo ha redatto oppure all'art. 546, comma 3°, c.p.p., la cui disciplina ricollega alla mancata sottoscrizione della sentenza da parte del giudice la sanzione della nullità. Dal canto suo, la giurisprudenza non ha mancato di rimarcare la nullità dell'atto redatto dal difensore ai sensi dell'art. 391-*bis* c.p.p. e 391-*ter* c.p.p., ma privo della sottoscrizione dell'avvocato o del sostituto che lo ha redatto. In questi termini, cfr. Cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2018, n. 2049.

(23) Secondo Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016, n. 22719 ricorre un'ipotesi di nullità relativa nel caso di sentenza emessa dal giudice collegiale, ma sottoscritta dal solo estensore e non anche dal presidente. Di conseguenza, tale nullità deve essere tempestivamente eccepita.

(24) Sulle diverse modulazioni delle sanatorie, si rinvia a G. Di Paolo, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova 2012. Come noto, le nullità non possono però essere fatte valere in sede di incidente di esecuzione. Cfr. Cass. pen., sez. un., 26 novembre 2020, n. 15498 (in tema, si veda anche S. Quattrocolo, *Actio finium regundorum tra incidente di esecuzione e rescissione del giudicato*, in *Sist. pen.* 18 maggio 2021), che ricordano come l'incidente di esecuzione miri alla mera verifica sostanziale e formale del giudicato, risultando perciò preclusa qualsiasi attività emendativa o integrativa dello stesso. In senso conforme, *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 22 giugno 2020, n. 24615, nonché Cass. pen., sez. I, 21 giugno 2022, n. 40538.

diritti fondamentali, la cui violazione viene sanzionata dall'invalidità. Diversamente, ricondurre al regime delle invalidità il documento informatico firmato validamente – ma che vede poi scadere, o revocare o sospendere il certificato di firma – non corrisponde affatto alla tutela di diritti fondamentali, potendo anzi rappresentare una forma di diniego di diritti e di giustizia.

Di certo, va scongiurata la trasformazione delle nullità da invalidità volte alla tutela dei diritti a invalidità che intralciano l'attuazione dei diritti. Ne consegue la necessità di ricondurre ad ortodossia il sistema attraverso una espressa previsione legislativa volta a chiarire che la firma apposta ad un documento informatico è da ritenersi valida in tutti i casi in cui la stessa sia valida al momento della sottoscrizione e del deposito, a prescindere dalla successiva sorte dei suoi certificati.

In mancanza di una siffatta previsione, occorre ricorrere ad un'interpretazione ortopedica. Non si può infatti dimenticare che il sistema non può ammettere un'interpretazione delle norme<sup>(25)</sup> tale da vanificare la stessa validità degli atti procedurali, processuali e delle notifiche<sup>(26)</sup>. In quest'ottica, facendo leva sull'art. 12 delle preleggi, nella parte in cui tale norma prevede il ricorso ai “principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”, si potrebbe argomentare che il principio del giusto

---

<sup>(25)</sup> Per una riflessione, anche in prospettiva storica, sull'importanza dell'interpretazione cfr. R. Orlandi, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di Cassazione*, in *Sist. pen.* 2022, n. 12, pp. 133-147.

<sup>(26)</sup> Per questa impostazione, seppure in riferimento al diverso tema del *ne bis in idem*, si veda Cass. pen., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, che afferma testualmente quanto segue: «Mette conto, però, osservare che, al di fuori dell'area del diritto penale sostanziale per il quale vigono il principio costituzionale di stretta legalità e la riserva assoluta di legge (art. 25, comma 2, Cost.), la mancanza di una esplicita disposizione non può fare considerare esaurito il compito dell'interprete, il quale, prima di optare per una conclusione di “*non liquet*” o di negare l'esistenza di una norma, ha il dovere di sperimentare tutti gli altri strumenti ermeneutici dei quali dispone, verificando, in particolare, la praticabilità della via additata dall'art. 12, comma 2, delle Disposizioni sulla legge in generale, a norma del quale “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”. E sul metodo dell'indagine interpretativa in mancanza di un'esplicita disposizione di legge le Sezioni Unite di questa Corte hanno precisato che il silenzio del legislatore, di per sé solo, non ha valore concludente, nel senso che non equivale a certa regola di esclusione, per la semplice, ma evidente, ragione che nella ricostruzione della reale portata di una legge il fatto pretermesso non è affermato né escluso e che, stante il valore non univoco di quel silenzio, compito indeclinabile dell'interprete è quello di attribuire, caso per caso, alla omessa menzione del fatto il significato più coerente con la *ratio legis*, con il contesto normativo delineato dal sistema e con gli interessi tutelati ed i fini effettivamente perseguiti (Cass., sez. un., 25 febbraio 1998, rv. 210199)».

processo, nella sua nuova declinazione di “giusto processo penale telematico”, impone una lettura della previsione del CAD volta a ritenere che la validità di un atto in rapporto alla sua sottoscrizione deve essere valutata al momento del deposito dell’atto, essendo irrilevante il successivo eventuale venir meno della firma digitale. Alla medesima conclusione si potrebbe, poi, giungere anche argomentando alla luce del c.d. principio della certezza del compimento dell’atto, enunciato all’art. 86, d.lgs. n. 150/2022.

Non sfugge come si tratti di un’interpretazione che finisce, però, per svuotare di contenuto la previsione *ex art. 24, comma 4-bis, CAD*. Per questo motivo, *in parte qua*, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore<sup>(27)</sup>.

3. – Coerentemente all’obiettivo di fondo volto alla digitalizzazione della giustizia, la riforma Cartabia innesta l’impiego della telematica anche in materia di notificazioni e, quindi, in un ambito delicato, dato che la modalità della notifica può anche riverberarsi sull’effettività delle garanzie partecipative<sup>(28)</sup>. Del resto, nel delineare la disciplina delle notificazioni, «un ruolo preponderante svolge la sempre più maturata consapevolezza circa la necessità di adeguare le notificazioni alle esigenze di celerità, garanzia e parità di posizioni tra i soggetti processuali, conseguenti all’adozione del modello accusatorio, tanto più dopo le modifiche apportate all’art. 111 Cost. (...) ed ora dal piano P.N.R.R.<sup>(29)</sup>».

A seguito della riforma Cartabia, la modalità telematica assurge a mezzo ordinario di notificazione<sup>(30)</sup>, sia pur con alcuni pragmatici correttivi. Per raggiungere questo obiettivo, il titolo V in tema di notificazioni subisce una radicale trasformazione: infatti, delle ventiquattro norme preesistenti, sopravvive soltanto l’art. 166 c.p.p. riguardante le notificazioni all’imputato interdetto o infermo di mente. Per il resto, vengono modifi-

---

(27) Non bisogna infatti dimenticare che «le radici di uno Stato si basano sul diritto; quanto più questo è mobile, malfermo, tanto più gli agglomerati umani si lacerano sullo sfondo di rapporti privi di certezza, logorati nell’attesa che le situazioni giuridiche si consumino o ne vengano di nuove a rivoluzionare lo *status quo ante*». Così, A. Scalfati, *Nuove riforme per la giustizia penale: negletto il contributo dell’accademia*, in *DisCrimen* 2023, p. 2.

(28) Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, 8<sup>a</sup> ed., Milano 2006, 358, che definiva le notificazioni un «argomento a due tagli: secca procedura, del genere meno nobile, e aspetti sommersi, teoricamente notevoli».

(29) In questi termini, cfr. G.P. Voena, *Atti*, in *Compendio di Procedura penale*, 11<sup>a</sup> ed. a cura di M. Bargis, Padova 2023, p. 237.

(30) Nel senso che tale previsione avrebbe una «portata rivoluzionaria», cfr. M. Gialuz, *Per un processo più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia. Profili processuali*, in *Sist. pen.* 2 novembre 2022, 9.

cate venti norme, abrogate tre ed inserite *ex novo* tre in seno al codice di procedura penale, mentre altre inedite norme in tema di notificazione vengono collocate tra le disposizioni di attuazione.

Nel complesso, la disciplina delineata appare un vero labirinto di Cnosso, nelle sue plurime articolazioni che originano aspetti problematici, a partire dall'ambivalente regime temporale di entrata in vigore: per un verso, infatti, la disciplina delle notificazioni è entrata in vigore il 30 dicembre 2022<sup>(31)</sup>; per altro verso, però, il d.lgs. n. 150/2022<sup>(32)</sup> ha previsto che le regole tecniche riguardanti le notificazioni telematiche siano definite con decreto del Ministro della giustizia<sup>(33)</sup>, da adottarsi entro il 31 dicembre 2023.

Ne deriva l'entrata in vigore delle norme in materia di notificazione in assenza delle regole tecniche che le riguardano<sup>(34)</sup>.

Venendo alla disciplina novellata, essa incide anzitutto sugli organi notificatori, attribuendo un ruolo centrale alle segreterie ed alle cancellerie giudiziarie<sup>(35)</sup>. Dal canto loro, gli ufficiali giudiziari vengono invece relegati in una posizione sussidiaria, provvedendo alla notificazione degli atti nei soli casi in cui non sia possibile procedere con modalità tecniche<sup>(36)</sup>. Quanto alla polizia giudiziaria, il legislatore mira a sgravarla dalle notifiche, sul presupposto che esse rischiano di distoglierla dall'attività investigativa. In questa prospettiva, se ne limita il ricorso alle notifiche degli atti di indagini o di provvedimenti che la stessa è "delegata a compiere" o "tenuta ad eseguire"<sup>(37)</sup>, a cui si aggiunge la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, della citazione a giudizio ai sensi degli artt. 450, comma 2°, 456, 552, 601 c.p.p., peraltro nei soli casi in cui si versi in una situazione di necessità di evitare che scada il termine di prescrizione o che si verifichi l'improcedibilità o, ancora, quando è in corso l'applicazione

<sup>(31)</sup> Occorre precisare come l'art. 86, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 detti delle disposizioni transitorie *ad hoc* in materia di notificazioni al querelante.

<sup>(32)</sup> Cfr. art. 87, Disposizioni transitorie in materia di processo penale telematico.

<sup>(33)</sup> La norma precisa che tali regole tecniche potranno anche modificare quelle vigenti previste dal regolamento di cui al d.m. giustizia 21 febbraio 2011, n. 44. Esprime scetticismo sull'affidamento delle specifiche tecniche ad una fonte di rango secondario F. Nicolichchia, *Domicilio digitale e notificazioni*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, p. 431.

<sup>(34)</sup> Sotto quest'ultimo profilo, occorre rilevare come lo stesso legislatore abbia previsto che tali regole tecniche debbano conformarsi «al principio di idoneità del mezzo e a quello della certezza del compimento dell'atto».

<sup>(35)</sup> Si veda la disciplina prevista dall'art. 148 c.p.p.

<sup>(36)</sup> Al riguardo, cfr. art. 148, comma 5°, c.p.p.

<sup>(37)</sup> In questi termini, art. 148, comma 6°, c.p.p.

di una misura cautelare e in ogni altra ipotesi in cui il ricorso alla polizia giudiziaria venga ritenuto “indispensabile e improcrastinabile sulla base di specifiche esigenze” (38).

Infine, nei casi di urgenza, la riforma individua nella polizia penitenziaria un possibile organo notificatore nei procedimenti con detenuti e in quelli innanzi al tribunale del riesame.

Al di là dei soggetti notificatori, la normativa è assai complessa. In linea generale, l’obiettivo di fondo appare rappresentato dalla valorizzazione del domicilio digitale, la cui centralità porta ad individuare come modalità principe di notifica quella telematica, da effettuarsi o attraverso appositi applicativi (si pensi al c.d. SNT, i.e. Sistema Notifiche Penali Telematiche) o attraverso pec.

Al riguardo, si può ricordare come, nel previgente assetto (39), le notificazioni telematiche effettuate al domicilio digitale del destinatario erano subordinate al fatto che la notifica fosse destinata a persone diverse dall’imputato e dall’indagato e che la pec fosse inserita nei pubblici elenchi previsti dall’ordinamento (40). Invece, la disciplina vigente amplia il catalogo dei soggetti destinatari di notifiche telematiche, al punto che anche l’indagato e l’imputato non detenuto o internato vengono invitati, nel primo atto compiuto con il loro intervento, a dichiarare uno dei luoghi previsti dall’art. 157, comma 1°, c.p.p. o un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato. Analoghi indirizzi possono essere dichiarati o eletti dal querelante, dalla persona offesa, dalla parte civile, dal responsabile civile e dal civilmente obbligato per la pena pecuniaria.

Occorre rilevare come la riforma Cartabia consenta le notifiche tramite pec, a prescindere dal loro inserimento in un pubblico elenco. Tale opzione interpretativa sembra infatti necessitata dal novellato art. 161, comma 1°, c.p.p. laddove prevede che l’indagato o l’imputato non detenuto o internato venga invitato a dichiarare uno dei luoghi previsti dall’art. 157,

---

(38) Così, art. 157-ter, comma 2°, c.p.p.

(39) Cfr. art. 16 ss., d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.

(40) Sono tali l’IPA (Indice dei domicili digitali della Pubblica Amministrazione e dei Gestori di Pubblici Servizi), l’INI-PEC (Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata) istituito dal Ministero dello Sviluppo Economico, l’INAD (Indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche, dei professionisti e degli altri enti di diritto privato non tenuti all’iscrizione in albi, elenchi o registri professionali o nel registro delle imprese, di cui all’art. 6-*quater* del CAD). In tema cfr. M. Toriello, *Domicilio digitale risultante da pubblici elenchi; domicilio dichiarato, eletto e determinato per le notificazioni; recapito telematico*, in *Relazione su novità normativa. La “Riforma Cartabia”*, Rel. n. 2/2023, a cura di Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Servizio penale, 5 gennaio 2023, p. 40.

comma 1°, c.p.p. oppure un indirizzo di posta elettronica certificata, così definita *tout court*, senza ulteriori specificazioni.

Se la modalità telematica è la forma privilegiata, il legislatore non manca comunque di prevedere delle modalità equipollenti di notifica: lettura dei provvedimenti alle persone che siano presenti o rappresentate dal loro difensore; avvisi dati verbalmente sia dal giudice sia dal pubblico ministero direttamente agli interessati che siano presenti; consegna da parte della cancelleria o della segreteria di copia del documento cartaceo (quindi, analogico) all'interessato. Inoltre, viene anche prevista una modalità sussidiaria di notifica che opera in casi di urgenza e che si concretizza nell'avviso o nella convocazione a mezzo telefono o telegrafo, ma solo nei riguardi di persone diverse dall'imputato.

Sul piano astratto, la notifica al domicilio digitale potrebbe apparire il miglior modo possibile per assicurare l'effettiva conoscenza di un atto, sul presupposto che è lo stesso destinatario a fornire il recapito digitale. È però verosimile che la realtà tecnico-operativa palesi varie ipotesi di mancanza di una simile effettiva conoscenza: si pensi a disguidi tecnici, a casella di posta elettronica piena, all'intervenuta senescenza o malattia del titolare della pec che gli faccia dimenticare i codici di accesso alla stessa, e così via.

Il tema dell'effettiva conoscenza del processo – rispetto al quale la Corte europea ha più volte censurato l'Italia, senza contare le indicazioni derivanti dalla direttiva europea 2016/343/UE<sup>(41)</sup> – rischia dunque di riproporsi sul fronte delle aporie connesse all'utilizzo del digitale nel processo penale perché, al fondo, la pec garantisce soltanto la conoscenza legale di un atto<sup>(42)</sup>, ma non assicura in alcun modo che i destinatari ne abbiano una cognizione effettiva. Un conto, poi, è l'invio di una pec ad un soggetto, qual è il difensore, che se ne avvale quotidianamente e professionalmente; altro conto, è l'invio di una pec a soggetti che la utilizzano di rado e ai quali può facilmente sfuggire l'arrivo della stessa.

Inoltre, occorre ricordare come ragioni pragmatiche (l'impossibilità di accedere alla pec) abbiano indotto il legislatore a dettare una previsione *ad hoc* in rapporto alle notificazioni all'imputato detenuto, stabilendo *ex art.* 156 c.p.p. che esse vengano eseguite nel luogo di detenzione mediante consegna di copia alla persona.

---

(41) Come noto, si tratta della direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

(42) Va rilevato come l'art. 168, comma 1°, c.p.p. ricollegghi espressamente alla ricevuta di avvenuta consegna il valore di relazione di notifica.

Se non è questa la sede per approfondire le singole previsioni in tema di notifica, pare comunque opportuno dare conto della molteplicità delle stesse. Esse integrano una sorta di dedalo normativa in cui si incunea la tensione e talora la collisione tra teoria e prassi.

Nel rinnovato assetto *post* riforma Cartabia, il titolo V del libro II viene ridisegnato prevedendo specifiche e distinte modalità di notifica, diversamente graduate non solo in rapporto alla diversità dei destinatari che di volta in volta vengono in rilievo, ma, in riferimento all'imputato, anche a seconda che si tratti di atti introduttivi al giudizio o di altri atti, i quali ultimi, poi, si caratterizzano per una diversa disciplina a seconda che si versi in una ipotesi di prima notifica o di atti successivi alla prima notifica<sup>(43)</sup>. L'interprete si trova così costretto a districarsi tra norme e richiami normativi non sempre agevoli, da cui paiono derivare significativi dubbi applicativi.

Infine, sembra opportuno dedicare un cenno alla previsione in forza della quale se risulta difficile procedere alle notificazioni con le forme ordinarie a causa del numero di destinatari, o dell'impossibilità di identificarne alcuni, l'autorità giudiziaria può disporre che la notifica alle persone offese sia effettuata mediante la pubblicazione nel sito internet del Ministero della Giustizia, per un determinato arco temporale.

È indubbio che la riflessione sul tema della effettiva conoscenza del processo sia stata prevalentemente incentrata in rapporto alle garanzie partecipative dell'imputato. Nondimeno, sembrerebbe opportuno estenderla anche all'ambito della conoscenza effettiva del processo da parte della vittima. Invero, nella norma che prevede la notifica alle persone offese per il tramite della pubblicazione nel sito internet del Ministero della Giustizia sembra annidarsi il rischio di una antitesi tra teoria e prassi. In effetti, il sito internet del Ministero è visibile a tutti e, quindi, astrattamente del tutto idoneo ad assicurare la conoscenza di un atto. In concreto, ci si chiede però quali saranno i soggetti, specie se non avvezzi alle dinamiche della giustizia, che consulteranno il sito del Ministero della Giustizia per verificare l'esistenza di notifiche a loro dirette. Il rischio è quello dell'erosione della effettiva conoscenza del processo da parte di talune persone offese.

---

<sup>(43)</sup> Per una riflessione sul fatto che, in molti casi, si finisce per gravare il difensore di compiti spettanti all'autorità statale, cfr. F.R. Dinacci, *Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo in absentia: inconsapevolezze legislative*, in *Arch. pen.* 2021, n. 1, p. 12 ss.

4. – In rapporto alla formazione, al deposito ed alla conservazione degli atti, nonché in riferimento alla trasmissione delle notifiche riveste un ruolo centrale il profilo della sicurezza dei dati.

Si tratta di un aspetto delicato perché la sicurezza dei dati non è solo protezione tecnica e, quindi, *cybersecurity* volta a prevenire attacchi digitali. Invero, la sicurezza dei dati diviene condizione di attuazione dei principi e dei diritti fondamentali che innervano il processo penale al punto che, nel mutato quadro tecnologico della giustizia penale, la sicurezza dei dati funge da presupposto della messa in sicurezza dei diritti.

Un simile scenario va monitorato con attenzione, dato che il futuro giudiziario vedrà sempre più spesso subordinata la tutela dei diritti a calcoli matematici e ad algoritmi, con tutti i rischi che ne derivano in caso di malfunzionamento o attacco informatico, se non altro sul piano del rispetto del segreto investigativo o del diritto alla protezione dei dati personali.

Per questo motivo, la previsione dell'osservanza di misure tecniche adeguate rappresenta un *fil rouge* della riforma Cartabia. In tale prospettiva, il novellato art. 110 c.p.p., dedicato alla forma degli atti, chiarisce che il documento informatico deve assicurare «l'autenticità, l'integrità, la leggibilità, la reperibilità, l'interoperabilità, e, ove previsto dalla legge, la segretezza». Dal canto loro, gli artt. 111-*bis*, comma 2°, 122, comma 2-*bis*, e 111, comma 2-*bis*, c.p.p. ricordano come il deposito degli atti e della procura speciale, nonché la sottoscrizione debbano avvenire in conformità alla normativa anche regolamentare<sup>(44)</sup>. Ancora, l'art. 148, comma 1°, c.p.p. in tema di forme di notificazioni prevede che la modalità telematica di notificazione deve garantire l'identità di mittente e destinatario, l'integrità del documento trasmesso, nonché la certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione».

A fronte di tali previsioni, occorre però chiedersi quali siano le conseguenze giuridiche nel caso in cui si registrino delle difformità rispetto alle stesse. Al riguardo, si può ricordare come la riforma Cartabia corredi espressamente di nullità speciale la violazione dei menzionati requisiti in

---

(44) Dal canto suo, la Cassazione penale ha già incominciato ad imbattersi in questioni attinenti al processo penale telematico. Si pensi solo al caso dell'atto di appello regolarmente depositato tramite pec, ma privo della firma digitale. Poiché quest'ultima è requisito essenziale dell'atto, l'appello era stato dichiarato inammissibile. Avverso tale decisione veniva però proposto ricorso per Cassazione, sul presupposto che era comunque certa la provenienza dell'atto. Opzione interpretativa non condivisa dalla Cassazione, che ha rimarcato la necessità della sottoscrizione, non ritenendola in alcun modo sostituita dalla trasmissione tramite pec. Cfr. Cass. pen., sez. II, 17 novembre 2021, n. 2874.

tema di notifica telematica<sup>(45)</sup>. Ancora, ai sensi dell'art. 133-ter, comma 3°, c.p.p. la partecipazione a distanza è affetta da nullità qualora il collegamento audiovisivo si svolga secondo modalità inidonee a garantire il contraddittorio e la partecipazione effettiva delle parti all'atto o all'udienza.

Al di là di simili ipotesi, spetterà all'interprete verificare di volta in volta se la violazione delle *best practices* determini una ipotesi riconducibile ad una causa di nullità o di altra forma di invalidità.

Va rilevato che le modalità tecniche di formazione, sottoscrizione e conservazione dell'atto hanno un riverbero anche sul piano probatorio. Si tratta di un tema in parte arato dalla giurisprudenza civilistica<sup>(46)</sup>, che è giunta ad escludere la valenza di prova del documento informatico di cui non si sia in grado di dimostrare l'avvenuto rispetto delle regole tecniche in tema di conservazione del documento. Invero, per la medesima giurisprudenza il «valore di prova legale del supporto informatico è (...) subordinato al rispetto delle relative regole tecniche di produzione e conservazione, ed in difetto, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta ed il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio».

Simili conclusioni sembrano poter essere riferite anche al processo penale, ove esse richiamano la più generale questione di quali siano le conseguenze giuridiche in caso di violazione delle c.d. *best practices* in rapporto all'acquisizione o conservazione degli elementi di prova o delle prove. Al riguardo, si può ritenere che laddove non ricorrano casi di invalidità espressamente previsti, la mancata osservanza delle *best practices* non configuri una ipotesi di inutilizzabilità, ma sia liberamente valutabile dal giudice<sup>(47)</sup>.

5. – La digitalizzazione è un processo inarrestabile. Indubbiamente, essa dischiude nuove e significative opportunità anche per il processo penale, potendo sin anche contribuire all'auspicata attuazione del princi-

---

(45) Cfr. art. 171, comma 1°, lett. b-bis, c.p.p.

(46) Cfr. Cass. civ., sez. lav., 11 febbraio 2019, n. 3912.

(47) Per la diversa impostazione che individua invece nella violazione delle *best practices* un'ipotesi di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p., cfr. E. Lorenzetto, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, in *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime*, a cura di L. Luparia, Milano 2009, p. 163, nonché L. Luparia, *La ratifica della Convenzione CyberCrime del Consiglio d'Europa. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.* 2008, p. 720.

pio della «Massima semplificazione nello svolgimento del processo con eliminazione di ogni atto o attività non essenziale»<sup>(48)</sup>.

Tuttavia, se non sapientemente governata, la digitalizzazione rischia di essere tutt'altro che un volano, tanto da poter divenire uno strumento paralizzante dello stesso processo penale.

Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che l'intreccio di aspetti tecnici e giuridici in seno al processo penale telematico impone al giurista di divenire poliedrico, dato che la conoscenza di taluni profili tecnici rappresenta il presupposto per la corretta comprensione ed attuazione del diritto. Al tempo stesso, determinati diritti proclamati in astratto possono non ricevere una piena attuazione in concreto, proprio per ragioni tecniche. Si pensi solo al diritto all'oblio che, in un sistema aperto come la rete, non potrebbe essere tecnicamente esercitato, almeno nella sua pienezza<sup>(49)</sup>.

Invero, pare necessario rifuggire un diritto ignaro della realtà tecnica sottostante e, quindi, incapace di cogliere le problematiche che l'informatica riverbera sul diritto stesso.

Parimenti – ed è aspetto delicatissimo – occorre una digitalizzazione al servizio del giurista e non un giurista al servizio della digitalizzazione. In tema, si può ricordare come, troppo spesso, la complessità dei programmi informatici, la non duttilità degli stessi, la mole di dati che devono essere inseriti, la frammentazione in “maschere” sempre più analitiche che fanno perdere la visione di insieme, rischia di rendere estremamente faticoso ed alienante il lavoro degli operatori del diritto. Inoltre, non sono rari i casi in cui questi ultimi rinunciano ad esercitare taluni diritti o ad effettuare determinate scelte perché il sistema informatico non è calibrato per far fronte a particolari necessità.

Ancora, non di rado il giurista si ritrova ad essere un novello Sisifo, di volta in volta tutto proteso a soddisfare i requisiti richiesti dal sistema, sicché il tempo viene in larga parte assorbito dalle attività relative al rispetto delle forme esteriori dell'atto, alla sua trasmissione e conservazione, spostando così il perno della attenzione dal contenuto dell'atto alle forme dello stesso.

Infine, appare necessario arginare il rischio che dalla c.d. rivoluzione

---

<sup>(48)</sup> Così, l'art. 2, comma 1°, n. 1, l. 16.2.1987, n. 81 (delega legislativa al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale).

<sup>(49)</sup> Cfr. European Network and Information Security Agency, *The right to be forgotten – between expectations and practices*, 2012, 13, in [www.enisa.europa.eu](http://www.enisa.europa.eu).

digitale e, specialmente, dall'impiego dell'intelligenza artificiale<sup>(50)</sup>, derivi un determinismo della giustizia<sup>(51)</sup>, mentre la «giustizia consiste proprio nell'evitarlo, in nome del diritto e dell'aspirazione alla libertà»<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Al riguardo, cfr. S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings: A Framework for a European Legal Discussion*, Cham 2020.

<sup>(51)</sup> In tema, cfr. R.E. Kostoris, *Predizione decisoria, diversione processuale e archiviazione*, in *Sist. pen.* 23 luglio 2021, p. 9 ss., nonché, *ex multis*, Aa.Vv., *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove e giudizio*, a cura di G. Di Paolo, L. Pressacco (a cura di), Trento 2022; P.P. Paulesu, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Studi in onore di R.E. Kostoris*, a cura di P.P. Paulesu, M. Daniele, S. Signorato, M. Bolognari, A. Boldrin, Torino 2023, pp. 23-48; nonché, volendo, S. Signorato, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in questa *Rivista* 2020, pp. 605-616, S. Signorato, *A New Right in Criminal Procedure Implied by Human Dignity: The right to Non-Automated Judicial Decision-Making*, in *Journal of Eastern-European Criminal Law* 2020, 2, pp. 9-16.

<sup>(52)</sup> Così, A. Garapon, J. Lasségue, *La giustizia digitale, Determinismo tecnologico e libertà*, trad. di F. Morini, Bologna 2021, p. 278.

MARCO MOROTTI

Assegnista di ricerca nell'Università di Brescia

## TEMPORANEITÀ DELLE MISURE PROTETTIVE EX ART. 8 C.C.I.I.

SOMMARIO: 1. Premessa: innovazioni legislative nell'epoca della sommarizzazione e dell'efficienza. – 2. Quadro normativo e ricostruzione delle misure protettive in termini di misure cautelari – 3. Conseguenze applicative: la soluzione della sostituzione delle misure protettive con misure cautelari *ad hoc*. – 4. Altre possibili soluzioni percorribili. – 5. Conclusioni.

1. – Le forme di tutela giurisdizionale interinale e cautelare hanno ricevuto grande attenzione da parte del legislatore nell'ambito della nuova disciplina della crisi d'impresa. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)<sup>(1)</sup> in modo innovativo definisce all'art. 2, lett. p) e q), rispettivamente, le misure protettive e cautelari, dedicando poi gli artt. 54 e 55 alla normazione dei relativi presupposti e degli aspetti procedurali concernenti la loro adozione nell'ambito (ma anche in vista) del procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale<sup>(2)</sup>. Ad esito del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, gli artt. 18 e 19 c.c.i.i. disciplinano invece presupposti e procedimento per la concessione delle misure pro-

---

<sup>(1)</sup> Per uno sguardo introduttivo d'insieme su tale *corpus* normativo, nella versione entrata in vigore il 15 luglio 2022, ad esito del correttivo di cui al d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 e delle modifiche apportate dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, di recepimento della Direttiva UE 2019/1023, cfr. M. Fabiani, *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, in *Fall.* 2022, 1173 ss.

<sup>(2)</sup> La dottrina ha già avuto ampiamente modo di esprimersi in argomento, cfr. *ex multis* I. Pagni, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Soc.* 2019, 438 ss.; M. Fabiani, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa*, in questa *Rivista* 2019, 851 ss.; P. Farina, *Tutela esecutiva individuale, misure protettive e procedure negoziali di composizione della crisi: un (complesso) ménage à trois in evoluzione*, in *Riv. esec. forzata* 2019, 290 ss.; F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Fall.* 2021, 1536 ss.; G. Scarselli, *Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi d'impresa*, in *www.judicium.it* 8 aprile 2019; G. Bozza, *La protezione del patrimonio negli accordi e nei concordati*, in *www.ilcaso.it* 18 marzo 2019.

tettive nell'ambito della procedura stragiudiziale di composizione negoziata della crisi<sup>(3)</sup>. Le misure protettive soggiacciono a un regime di rigida provvisorietà, perdendo efficacia *ex art.* 55, commi 2° e 3°, c.c.i.i., al momento della pubblicazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza ed avendo efficacia temporalmente limitata comunque complessivamente non superiore a 12 mesi, come previsto dall'art. 8 c.c.i.i., ovvero 240 giorni nell'ambito del procedimento di composizione negoziata, come previsto dall'art. 19, comma 5°, c.c.i.i. Le misure cautelari hanno invece natura sicuramente strumentale rispetto ai provvedimenti di regolazione della crisi o liquidazione giudiziale emanabili nell'ambito del procedimento unitario e la strumentalità, pur *sui generis*, caratterizza anche le misure cautelari adottabili nell'ambito della procedura di composizione negoziata<sup>(4)</sup>. Nel contesto del diritto della crisi misure cautelari e protettive rimangono naturalmente collocate entro rigidi binari di strumentalità e provvisorietà<sup>(5)</sup>, come già accadeva nel vigore della legge fallimentare<sup>(6)</sup>: ciò è sicuramente coerente con l'obiettivo dell'efficiente definizione delle procedure concorsuali fissato dal legislatore eurounitario e ribadito dalla c.d. Direttiva *Insolvency*<sup>(7)</sup> ma, forse, anche con l'impo-

---

(3) Per analisi ricostruttive degli istituti in commento nella versione finale e vigente del c.c.i.i., cfr. A. Didone, *Le misure protettive/cautelari*, in *Fall.* 2022, 1251 ss.; A. Carratta, *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d.lgs. n. 83/2022*, in *Dir. fall.* 2022, V, 859 ss.; L. Baccaglioni, L. Calcagno, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, in *www.Dirittoellacrisi.it* 11 ottobre 2022; L. Baccaglioni, *Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, nella composizione negoziata della crisi*, in questa *Rivista* 2022, 635 ss.; L. Baccaglioni, F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *www.dirittoellacrisi.it* 12 ottobre 2021; M. Aiello, *La protezione del debitore nel codice della crisi: un approccio sistematico*, in *Dir. fall.* 2023, 311 ss.

(4) Tale espressione è impiegata da A. Carratta, *op. cit.*, 882, ove viene messo in evidenza come le misure cautelari concedibili nell'ambito del procedimento di composizione negoziata paiono avere funzione assimilabile a quella delle misure protettive e siano strumentali a garantire, più che la fruttuosità del successivo provvedimento di merito (nemmeno immaginabile), il risanamento patrimoniale o economico-finanziario in sede stragiudiziale.

(5) Pare qui versarsi in un regime di strumentalità piena caratterizzato da provvisorietà non solo degli effetti ma anche, a monte, dei provvedimenti, secondo la classica sistemazione dei provvedimenti cautelari, per cui cfr. A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.* 1991, XXIV, Roma, 1 ss., spec. 5.

(6) Come nota L. Baccaglioni, *op. cit.*, 640-641, già in relazione alle misure cautelari *ex art.* 15, comma 8°, l. fall., risultava impossibile immaginare un procedimento di merito da instaurare, cosicché esse perdevano i propri effetti con la chiusura del procedimento cui erano prodromiche.

(7) Cfr. Dir. (UE) 2019/1023 del Parlamento e del Consiglio Europeo del 20 giugno 2019, considerando n. (6).

stazione lato senso inquisitoria che viene additata, non a torto e soprattutto nella sua versione originaria, al c.c.i.i. (8).

Tale impostazione appare quasi controcorrente rispetto alle tendenze generali della tutela interinale e cautelare nel nostro ordinamento, anche alla luce della recente riforma del codice di procedura civile, con l'introduzione *inter alia* della generalizzata possibilità di definizione delle liti vertenti su diritti disponibili con ordinanze provvisorie, emesse ad esito di cognizione sommaria, reclamabili ma non suscettibili di passare in giudicato (9). In effetti, l'introduzione di nuovi strumenti di tutela interinale (10) coglie un aspetto significativo della direzione del processo civile italiano, del quale ormai da anni sono ritenuti tratti caratterizzanti la crisi del giudicato e la correlata ascesa, oltre agli ADR, degli strumenti di tutela giurisdizionale alternativi alla tutela dichiarativa ordinaria, capaci di garantire alle parti un risultato utile sul piano degli effetti (tipicamente la possibilità di procedere in via esecutiva) nel tempo più breve possibile, seppur in assenza dell'incontrovertibilità di cui all'art. 324 c.p.c. (11).

---

(8) Per una sintetica ed efficace ricostruzione della genesi e delle critiche mosse al nuovo corpus normativo a livello generale della sua impostazione, cfr. A. Didone, *Breve storia del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. esec. forzata* 2019, 497 ss., spec. 501-503. In particolare, sull'influenza esercitata dalla magistratura in sede riformistica, tradottasi in un approccio di eccessivo controllo giudiziale sulle scelte imprenditoriali, cfr. L. Stanghellini, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corriere giur.* 2019, 449 ss.; S. Ambrosini, *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "pre-supposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in *www.ilcaso.it* 25 febbraio 2019, spec. 18, ove viene sostenuto che la riforma, discostandosi dall'impostazione della Commissione Rordorf, si connota «nel senso dell'eterotutela giudiziale piuttosto che in quello dell'autotutela informata dei creditori e della valorizzazione dell'autonomia del debitore».

(9) Ci si riferisce alle nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda, di cui agli artt. 183-ter e 183-quater c.p.c., su cui ci si limita a richiamare M.F. Ghirga, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in questa *Rivista* 2023, 390 ss.; S. Menchini, E. Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al Tribunale*, *ivi*, 578 ss., spec. 613 ss.

(10) Sulla classificazione dei provvedimenti sommari entro le categorie dei provvedimenti sommari decisori, sommari cautelari e sommari interinali, si richiama A. Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997, 125.

(11) Si veda in argomento R. Tiscini, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino 2009, 1 ss.; R. Caponi, *Il giudicato civile dimensionato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 941 ss.; A. Tedoldi, *Processo civile e giudicato alla deriva*, in *Giusto proc. civ.* 2013, 1059 ss., spec. 1070 ss.; I. Andolina, *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del "giusto processo"*, in *Giusto proc. civ.* 2007, 317 ss.; V. Denti, *I procedimenti camerati come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 1097 ss. In termini meno netti, F. Cordopatri, *La "crisi" del giudicato?*, in questa *Rivista* 2015, 894 ss. Sul fenomeno di c.d. "sommarrizzazione" delle forme processuali

La tutela interinale si conferma insomma duttile strumento a servizio degli interessi di politica del diritto di volta in volta perseguiti dal legislatore. Nel c.c.i.i., in particolare, la scelta legislativa (come detto in controtendenza, ma imposta a livello euro-unitario) nel senso della temporaneità delle misure protettive *ex art. 8 c.c.i.i.* pone problemi applicativi meritevoli di approfondimento, siccome potenzialmente forieri di pregiudicare il buon esito degli strumenti di regolazione della crisi, per di più quando essi siano giunti in una fase ormai avanzata.

2. – Il legislatore sembra avere attribuito al giudice poteri se non più intensi nella fase di emissione delle misure cautelari e protettive, senz'altro più stringenti nella fase del controllo<sup>(12)</sup>, con un'operazione di proceduralizzazione meritoria in astratto, ma probabilmente sin troppo complessa alla luce delle concrete sembianze assunte<sup>(13)</sup>.

Come anticipato, le misure cautelari sono definite dall'art. 2, comma 1°, lett. q), c.c.i.i., come strumenti funzionali ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Il nuovo assetto normativo si pone in linea di continuità rispetto alla norma, collocata nell'ambito particolare del procedimento per la dichiarazione di fallimento, di cui all'art. 15, comma 8°, l. fall.<sup>(14)</sup>. Per come sempre concepite, le misure cautelari costituiscono un mezzo di tutela del patrimonio a disposizione principalmente dei creditori rispetto a possibili atti dispositivi del debitore: una significativa innovazione del nuovo assetto risiede nella strumentalità di tali misure non solo rispetto al procedimento di liquidazione giudiziale, ma a tutti gli strumenti di regolazione della crisi, come ricavabile dagli artt. 2, comma 1°, lett. q) e 54, comma 1°, c.c.i.i.<sup>(15)</sup>. La norma di cui all'art. 54, comma 1°, c.c.i.i. è

correlato alla crisi del processo a cognizione piena, cfr. A. Carratta, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 449 ss.; M. De Cristofaro, *Sommarizzazione e celerità tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 481 ss. Sull'impostazione tradizionale a sostegno del giudicato come garanzia processuale essenziale della tutela giurisdizionale, cfr. C. Canova, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Riv. dir. civ.* 1977, 395 ss.

<sup>(12)</sup> In tal senso cfr. F. Platania, *Le misure protettive e cautelari nel Codice della crisi*, in *www.ilfallimentarista.it* 29 febbraio 2019; M. Fabiani, *op. ult. cit.*, 570.

<sup>(13)</sup> Emblematicamente, A. Carratta, *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d.lgs. n. 83/2022*, cit., 875-876, giunge a contare cinque diversi sub-procedimenti con riguardo alla concessione delle misure protettive nel c.c.i.i.

<sup>(14)</sup> Per una ricostruzione del novero delle misure adottabili, cfr. G. Finocchiaro, *I provvedimenti cautelari nel giudizio prefallimentare*, in *Fall.* 2018, 915 ss.

<sup>(15)</sup> Su tali aspetti, cfr. M. Fabiani, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa*, cit., spec. 851, 853.

stata ritenuta eccessivamente severa, financo “aberrante”, laddove prevede che le misure cautelari siano adottate ad istanza di parte<sup>(16)</sup>, circostanza controbilanciata dal fatto che, concretamente, i creditori potranno domandare le misure solo se parti del procedimento, ad esempio per avere proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale<sup>(17)</sup>. La medesima disposizione esclude l’applicabilità degli artt. 669-*octies*, commi 1°, 2° e 3°, e 669-*novies*, comma 1°, c.p.c., a conferma della «funzione temporanea e anticipatoria che non richiede l’instaurazione del successivo giudizio di merito»<sup>(18)</sup>. Le misure sono strumentali rispetto alle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e di apertura delle procedure di insolvenza, con la cui pubblicazione perdono efficacia *ex art.* 55, comma 3°, c.c.i.i.

Le misure protettive sono definite dall’art. 2, comma 1°, lett. p), c.c.i.i. come misure temporanee richieste dal debitore a tutela del patrimonio da azioni dei creditori che possano pregiudicare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi, sin dalla fase delle trattative e ancor prima dell’accesso agli strumenti di regolazione, mediante inibitoria ai creditori a iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari individuali, la sospensione delle prescrizioni e l’impedimento delle decadenze, nonché mediante inibizione della pronuncia della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale<sup>(19)</sup>. Ciò a cui si aggiunge il divieto per i creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare l’adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, ovvero anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell’imprenditore ai sensi dell’art. 64, commi 3° e 4°, c.c.i.i. Come ormai ben noto, il contenuto delle misure protettive coincide sostanzialmente con quello delle misure previste dagli artt. 168 e 182-*bis* l. fall., con la rilevante innovazione procedimentale del superamento del c.d. *automatic stay*, verso un sistema invece “semiauto-

---

<sup>(16)</sup> Cfr. S. Ambrosini, *op. cit.*, 15, il quale evidenzia come il rischio di vedere la propria azienda ed il proprio patrimonio sottoposti a sequestro su domanda dei creditori costituisca verosimilmente un ostacolo per gli imprenditori che intendano avvalersi del concordato preventivo.

<sup>(17)</sup> In tal senso cfr. I. Pagni, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell’insolvenza*, cit., 441; A. Didone, *Le misure protettive/cautelari*, cit., 870.

<sup>(18)</sup> Così A. Didone, *op. loc. ult. cit.* La sottolineatura di come tale inciso, introdotto dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 sia coerente con la natura strettamente strumentale delle misure cautelari, è operata anche da L. Baccaglioni – L. Calcagno, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, cit., 27.

<sup>(19)</sup> Come nota A. Carratta, *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d.lgs. n. 83/2022*, cit., 867, tale ultima misura protettiva tipica, ora prevista dall’art. 54, comma 2°, c.c.i.i. è stata introdotta dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83.

matico” retto dal principio della domanda, nel senso che le misure, per essere concesse, devono essere richieste dal debitore<sup>(20)</sup>. Le misure protettive sono caratterizzate, come si diceva, da uno stretto regime di temporaneità: nel caso di concessione in sede di accesso al procedimento unitario *ex art. 40 c.c.i.i.*, esse devono essere confermate entro 30 giorni dal giudice, per un periodo massimo di quattro mesi, prorogabili *ex art. 55, comma 4°*, c.c.i.i., fermo il limite di 12 mesi di cui all’art. 8 c.c.i.i. e, in ogni caso, la loro subordinazione alla pubblicazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e di apertura delle procedure di insolvenza, come previsto dall’art. 55, comma 3°, c.c.i.i.

Tale regime di temporaneità, in particolare quanto al profilo del limite dei 12 mesi di cui all’art. 8 c.c.i.i., benché derivante da precise e vincolanti indicazioni del legislatore euro-unitario<sup>(21)</sup>, costituisce, come immediatamente notato dalla dottrina, una significativa criticità<sup>(22)</sup>. Di qui la necessità di ricostruire con esattezza la natura giuridica delle misure protettive, anche al fine di elaborare soluzioni applicative utili a prevenire l’eventualità che la regolazione della crisi e dell’insolvenza, teoricamente privilegiata nel nuovo contesto normativo *Debtor-oriented*<sup>(23)</sup>, possa risultare pregiudicata.

Sulla ricostruzione delle misure protettive la dottrina è divisa: la possibilità di qualificarle in termini di misure cautelari è talvolta affermata<sup>(24)</sup>, sulla base di una prospettiva che guarda alla funzione in concreto assoluta,

<sup>(20)</sup> Per tutti in tema cfr. M. Fabiani, *op. ult. cit.*, 859.

<sup>(21)</sup> Cfr. l’art. 6, Dir. (UE) 2019/1023 del Parlamento e del Consiglio Europeo del 20 giugno 2019 (c.d. Direttiva *Insolvency*), nonché la Racc. 2014/135/UE della Commissione. In tema, si richiama L. Baccaglioni, L. Calcagno, *op. cit.*, 4.

<sup>(22)</sup> Per tutti si richiama l’efficace espressione di N. Abriani, *Concordato preventivo e ristrutturazione dell’impresa dopo il D.L. n. 118/2021: Que reste-t-il?*, in *www.dirittodella-crisi.it* 16 febbraio 2022, ove l’aspetto in esame viene definito «il più ingombrante e inquietante tra i ‘convitati di pietra’».

<sup>(23)</sup> In tema cfr. G. Finocchiaro, *I riflessi del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza sull’esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forzata* 2022, 810 ss., spec. 816, ove viene evidenziato come il passaggio da un sistema *Creditor-oriented* ad uno *Debtor-oriented* determina un significativo mutamento di prospettiva del sistema delle misure concorsuali, i cui fini non sono ormai più sovrapponibili, anche per questa ragione, a quelli dell’esecuzione forzata. Sulla tradizionale impostazione del fallimento come esecuzione collettiva, cfr. S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, 3<sup>a</sup> ed., Roma 1949, 21 ss.

<sup>(24)</sup> In tal senso M. Fabiani, *op. ult. cit.*, 861; G. Scarselli, *Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi d’impresa*, cit., spec. al par. 6; G. Finocchiaro, *op. ult. cit.*, 822; Secondo F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d’impresa*, cit., 1542, il legislatore non ha risolto la questione, pur essendo evidente come le misure protettive presentino i tratti, conservativi e inibitori, di alcuni provvedimenti cautelari.

supportata anche dalla giurisprudenza<sup>(25)</sup>, talaltra negata, per il fatto di essere esse strumentali al buon esito delle trattative per la regolazione della crisi e dell'insolvenza, più che all'oggetto del procedimento unitario<sup>(26)</sup>. Il tema è problematico<sup>(27)</sup>, ma, anche pragmaticamente, pare calzante a chi scrive l'osservazione secondo cui la c.d. inibizione esecutiva di cui all'art. 168-*bis* l. fall. è riconducibile al paradigma di cui all'art. 623 c.p.c., configurando quindi un'ipotesi di sospensione *ex lege* incidente sulla procedibilità dell'azione esecutiva e non sul titolo, di cui il giudice dell'esecuzione è meramente tenuto a prendere atto<sup>(28)</sup>. Siffatte considerazioni sono estensibili, oggi, alle misure protettive del nuovo codice, che quindi pare possano essere qualificate in termini di misure cautelari aventi natura conservativa<sup>(29)</sup>. Tale impostazione, come detto, supportata dalla giurisprudenza di legittimità nel vigore della legge fallimentare, rinviene probabilmente un argomento anche dal raffronto comparatistico<sup>(30)</sup> e sembra

---

<sup>(25)</sup> Cfr. Cass. 19 giugno 2018, n. 16161, in relazione alle misure di cui all'art. 182-*bis*, comma 6°, l. fall.

<sup>(26)</sup> Tesi sostenuta da A. Carratta, *op. ult. cit.*, 867; con auspicio di interventi legislativi *de iure condendo*, cfr. P. Farina, *Tutela esecutiva individuale, misure protettive e procedure negoziali di composizione della crisi: un (complesso) ménage à trois in evoluzione*, cit., 294; G. Bozza, *La protezione del patrimonio negli accordi e nei concordati*, cit., *passim*, 14 ss.

<sup>(27)</sup> Quello della corretta ricostruzione delle inibitorie è un tema classico, capace di coinvolgere a suo tempo, con contrapposte opinioni, giuristi del calibro di Giuseppe Chiovenda e Ludovico Mortara, come messo in evidenza da S. Costa, *Sulle inibitorie nel giudizio di appello*, in questa *Rivista* 1939, 47 ss.

<sup>(28)</sup> Si veda in proposito P. Farina, *op. cit.*, 275-276, la quale peraltro, come anticipato alla nota 26, giunge a conseguenze opposte in ordine al problema in esame. Sulla ascrivibilità della inibitoria delle azioni esecutive e cautelari *ex art.* 168 l. fall. tra le sospensioni esterne che trovano il proprio fondamento in una previsione di legge, si richiama altresì A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 7<sup>a</sup> ed., Padova 2018, 1452.

<sup>(29)</sup> Come messo in evidenza da B. Capponi, *Misure interinali contro l'esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 611 ss., spec. 622, sulla natura giuridica dei provvedimenti inibitori e sospensivi, occorre distinguere i provvedimenti inibitori, che anticipano gli effetti della decisione di merito e privano il titolo esecutivo della sua efficacia, dai provvedimenti sospensivi, sempre conservativi, poiché non incidono sul titolo e sugli atti anteriori ma impediscono soltanto all'esecuzione di procedere oltre. Come ivi ricordato, una diffusa opinione riconosce ai provvedimenti sospensivi e inibitori natura cautelare: cfr. in tema R. Oriani, *La sospensione dell'esecuzione (sul combinato disposto degli art. 615 e 624 c.p.c.)*, in *Riv. esec. forzata* 2006, 209 ss.; A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1352 ss., ivi in particolare alla nota 41 per ampi riferimenti bibliografici.

<sup>(30)</sup> Si richiama in tema la puntuale ricostruzione di V. Baroncini, *Inibitorie delle azioni dei creditori e automatic stay: studio su un sistema uniforme degli effetti protettivi vigenti nell'ordinamento concorsuale italiano*, Torino 2017, 115 ss., 150 ss., ove viene dimostrato come nel sistema statunitense l'inibitoria delle iniziative esecutive e cautelari dei creditori oggi codificata nell'istituto dell'*automatic stay* di cui alla Sez. 362 del *Bankruptcy Code* in origine venisse concessa per il tramite delle misure cautelari atipiche (*preliminary injunctions*) con conseguente ricostruzione del medesimo istituto in termini di misura cautelare.

ora fatta propria dalla giurisprudenza di merito nel nuovo contesto normativo, con il riconoscimento del fatto che le misure protettive sono misure di «tipo cautelare», strumentali, nel caso di specie, al buon esito del concordato in continuità<sup>(31)</sup>.

Pare altresì significativo il fatto che nelle prime applicazioni giurisprudenziali la concessione delle misure protettive risulti subordinata, accanto al pericolo tipizzato del rischio di pregiudizio del buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza (art. 2, comma 1°, lett. q, c.c.i.i.)<sup>(32)</sup>, ad una valutazione prospettica dell'idoneità delle trattative intraprese ad addivenire a un accordo che consenta la regolazione della crisi, quindi, in definitiva, ad una cognizione molto simile a quella tipica del *fumus boni iuris*<sup>(33)</sup>. Del resto, è la legge stessa a subordinare alla dimostrazione di requisiti attinenti alla serietà del percorso di gestione della crisi intrapreso tanto l'emanazione delle misure protettive concedibili nell'ambito delle trattative strumentali al deposito di una domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione *ex art. 54*, comma 3°, c.c.i.i., quanto la proroga delle misure protettive *ex art. 55*, comma 4°, c.c.i.i., quanto la proroga delle misure protettive concesse nell'ambito della procedura di composizione negoziata della crisi *ex art. 19*, comma 2°, c.c.i.i. Il riconoscimento alle misure protettive della natura cautelare o lato senso cautelare avrebbe anche il pregio di rendere applicabile ad esse, in virtù di quanto previsto dall'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., la disciplina dettata per l'attuazione cautelare dall'art. 669-*duodecies* c.p.c., ciò che potrebbe rivelarsi particolarmente prezioso soprattutto in caso di inosservan-

---

<sup>(31)</sup> Cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 16 dicembre 2022, in *DeJure*, il quale in occasione del deposito della domanda «piena» di concordato alla scadenza del termine *ex art. 44*, comma, 1°, lett. a), c.c.i.i., proroga l'efficacia delle misure protettive *ex art. 55*, comma 4°, c.c.i.i. ad esito di una valutazione dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, tipizzati dalla norma.

<sup>(32)</sup> È pacifica l'esistenza di misure cautelari tipiche in cui si prescinde in concreto dall'accertamento del *periculum in mora*, come ben evidenziato da A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, cit., spec. par. 3.5.

<sup>(33)</sup> In tal senso cfr. Trib. Bologna 5 ottobre 2022, in *www.ilcaso.it*. La giurisprudenza si è sviluppata in prevalenza in relazione alle misure protettive nell'ambito della composizione negoziata: Trib. Mantova 20 dicembre 2022, in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma 10 ottobre 2022 in *DeJure*; Trib. Treviso 4 ottobre 2022, in *DeJure*; Trib. Trento 23 settembre 2022, in *DeJure*, pur con precisazione di come i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* poco si attagliano alla materia, dovendo quindi essere riadattati in vista di una strumentalità delle misure provvisorie non ad un'azione bensì al buon esito delle trattative; Trib. Brescia 17 dicembre 2021, in *www.dirittodellacrisi.it*, con nota di F. De Santis, *Istanza di conferma delle misure protettive e coeva pendenza delle procedure giudiziali pattizie: primi rompicapi interpretativi*. In senso conforme, cfr. S. Bruno, *Composizione negoziata e misure protettive: appunti sulla giurisprudenza bresciana*, in *www.ilcaso.it*, 28 ottobre 2022.

za dei divieti di cui all'art. 64, commi 3° e 4°, c.c.i.i., in tema di rifiuto dell'adempimento e scioglimento dei contratti in corso da parte dei creditori. Milita inoltre nella medesima direzione la sottoponibilità a reclamo *ex art. 669-terdecies* c.p.c. delle misure in esame, prevista dall'art. 55, comma 2°, c.c.i.i., circostanza di certo di per sé non decisiva<sup>(34)</sup>, eppur significativa nel contesto dei plurimi indici segnalati.

Il sistema delle misure interinali di protezione del patrimonio del debitore che acceda al procedimento unitario risulta così costituito dal complesso delle misure protettive, a contenuto conservativo, inizialmente tipiche nella fase di concessione semi-automatica con efficacia *erga omnes* e successivamente, eccezionalmente, atipiche nella loro dimensione selettiva di cui all'art. 54, comma 2°, terzo periodo, c.c.i.i.<sup>(35)</sup>, cui si affiancano, anche in posizione sussidiaria<sup>(36)</sup>, le misure cautelari in senso stretto, atipiche, a contenuto conservativo o anticipatorio<sup>(37)</sup>.

3. – La ricostruzione operata può fornire argomenti per la soluzione del problema del limitato termine di durata delle misure protettive di cui all'art. 8 c.c.i.i., la cui scadenza, in pendenza del procedimento di concordato, pur in assenza di patologie, potrebbe avere conseguenze dirimenti, come notato dalla dottrina, importando potenzialmente la sostanziale eliminazione dell'istituto concordatario in continuità<sup>(38)</sup>. In effetti, anche a

<sup>(34)</sup> Si richiama l'impostazione di metodo di B. Capponi, *Misure interinali contro l'esecuzione forzata*, cit., 623.

<sup>(35)</sup> Rispetto all'impianto originario del c.c.i.i., la tipicità delle misure protettive era sostenuta da G. Scarselli, *op. cit.*, par. 7.1 e negata da M. Fabiani, *op. ult. cit.*, 861. La discussione sembra ora superata ad opera dell'art. 54, comma 2°, terzo periodo, c.c.i.i., introdotto dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, secondo cui il debitore, anche in seguito alla domanda di accesso al procedimento unitario *ex art. 40* c.c.i.i., può chiedere ulteriori misure temporanee per evitare che le azioni di determinati creditori possano pregiudicare il buon esito della regolazione della crisi o dell'insolvenza, con ciò aprendo definitivamente all'atipicità delle misure protettive, come messo in evidenza da L. Baccaglioni, L. Calcagno, *op. cit.*, 9 ss. L'espressione "misure selettive" è impiegata da A. Didone, *op. cit.*, 1258.

<sup>(36)</sup> Come evidenziato da L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, cit., 253-256, l'elemento temporale ed il tipo di pregiudizio sono criteri di ammissibilità del provvedimento d'urgenza, a prescindere dal diritto oggetto di tutela.

<sup>(37)</sup> Su tali caratteri delle misure cautelari nel c.c.i.i., cfr. A. Carratta, *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d.lgs. n. 83/2022*, cit., 863-864.

<sup>(38)</sup> Molto chiaramente, in tal senso, cfr., G. Bozza, *La protezione del patrimonio negli accordi e nei concordati*, cit., 10 ss., spec. 17; *ivi* alla p. 11 viene peraltro sottolineato come il problema in esame si ponga in modo molto attenuato negli accordi di ristrutturazione, posto che il termine posto dall'art. 57, comma 3°, c.c.i.i. per il pagamento dei creditori estranei decorre dall'omologazione. In senso conforme, sulla problematicità del termine di durata

procedura inoltrata, ma in pendenza della decisione sull'omologazione, la ripresa delle azioni esecutive, con conseguente blocco, ad esempio, dell'operatività dei conti correnti, potrebbe risultare esiziale per l'impresa in un brevissimo lasso di tempo.

Anzitutto, occorre rilevare che l'intervento riformatore di cui al d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, ha in parte stemperato la gravità della questione, modificando l'art. 8 c.c.i.i. nel senso che il termine ivi previsto vale fino all'omologazione dello strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza: oltre quel momento, vien meno l'esigenza del debitore di protezione del patrimonio, assicurata dall'art. 150 c.c.i.i. in caso di apertura della liquidazione giudiziale o, in alternativa, in caso di omologazione del concordato, dell'accordo o di un piano di ristrutturazione, dalla vincolatività di tali strumenti rispetto ai creditori<sup>(39)</sup>. La questione resta irrisolta, tuttavia, in caso di scadenza del termine *ex art. 8 c.c.i.i.* prima dell'omologazione dello strumento di regolazione della crisi. In tal caso, ferma l'auspicabilità *de iure condendo* di un nuovo intervento del legislatore<sup>(40)</sup>, la ricostruzione sopra operata delle misure protettive in termini di misure cautelari conservative pare ben conciliarsi con la soluzione, già proposta in dottrina sulla scorta della comune finalità di protezione del patrimonio, di sostituire le misure protettive in scadenza con nuove, selettive, misure cautelari *ad hoc* di analogo tenore<sup>(41)</sup>. La natura atipica delle misure cautelari, infatti, ben si presta a neutralizzare, anche in posizione di sussidiarietà, *pericula* non presidiati dalle misure protettive. La possibilità che, sussistendo i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, talune misure cautelari *ad hoc* possano sostituirsi alla protezione generalizzata semi-automatica ottenibile con il deposito del ricorso *ex art. 40 c.c.i.i.* pare rinvenire un addentellato normativo o comunque presentare

---

delle misure protettive rispetto al concordato preventivo: M. Fabiani, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa*, cit., 864 ss.; P. Farina, *op. ult. cit.*, 293-294.

<sup>(39)</sup> A riguardo cfr. L. Baccaglioni, L. Calcagno, *op. cit.*, 6-7; G. Finocchiaro, *I riflessi del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sull'esecuzione forzata*, cit., 830. In senso conforme, ancor prima del citato intervento normativo, cfr. I. Pagni, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 444. In senso contrario G. Bozza, *op. cit.*, 13.

<sup>(40)</sup> Si vedano in tema i contributi di cui alla superiore nota 26.

<sup>(41)</sup> La soluzione è sostenuta da M. Fabiani, *op. ult. cit.*, 865; L. Baccaglioni, L. Calcagno, *op. cit.*, nota 4. In senso contrario, A. Carratta, *op. ult. cit.*, 872, argomentando a partire dalla diversa natura delle misure cautelari e protettive, nonché dall'inclusione nel termine di dodici mesi *ex art. 8 c.c.i.i.* della durata delle misure concesse in sede di composizione negoziata, ad esito del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, nonché gli autori richiamati alla nota 26, i quali ritengono ineludibile per il superamento del problema un nuovo intervento del legislatore.

elementi di consonanza rispetto al disposto dell'art. 54, comma 2°, terzo periodo, c.c.i.i., che, come detto, consente l'adozione di misure protettive selettive nel corso del procedimento unitario.

L'impostazione sembra in qualche modo cogliere anche lo spirito della Direttiva *Insolvency*, la quale pare riconoscere (pur lasciando la scelta ai singoli legislatori nazionali) la possibilità di non computare nel limite di durata dei 12 mesi eventuali ulteriori periodi di tempo, non dipendenti dal debitore, necessari al Tribunale ed agli organi di procedura per addivenire all'omologazione degli strumenti di regolazione della crisi<sup>(42)</sup>. La soluzione sembra altresì in linea con l'impianto della Direttiva nella misura in cui cerca di contemperare i contrapposti interessi del debitore e dei creditori, laddove sostituisce alla generalizzata inibizione delle azioni esecutive il congelamento di singole iniziative specificamente valutate dal Tribunale in grado di pregiudicare il buon esito della regolazione della crisi per cui le trattative, dopo dodici mesi, dovrebbero essere in stato avanzato. È evidente che l'esistenza di una vasta pluralità di misure esecutive e cautelari minacciate o intraprese dai creditori provverebbe che le trattative non sono in stato avanzato e pregiudicherebbe in radice la concedibilità delle misure cautelari "sostitutive" delle misure protettive, per difetto del *fumus boni iuris*. Proprio gli argomenti da ultimo richiamati, del resto, sono stati invocati da una parte della giurisprudenza di merito nel contesto del problema interpretativo concernente la concedibilità delle misure protettive nell'ambito della procedura di concordato semplificato<sup>(43)</sup>, ove si è ritenuto che in presenza di un dato positivo forse invalicabile nel precludere la concessione di tali misure, la cristallizzazione del patrimonio del debitore potesse essere garantita tramite concessione di misure cautelari, necessariamente selettive e da assumersi ad esito della piena attuazione del contraddittorio (salva la possibilità di concessione *inaudita altera parte* ai

---

(42) Il Considerando (35) della Direttiva UE 2019/1023, a proposito del termine di durata della sospensione delle azioni esecutive individuali, si chiude stabilendo che «Gli Stati membri dovrebbero poter decidere se una breve sospensione temporanea in attesa di una decisione dell'autorità giudiziaria o amministrativa sull'accesso al quadro di ristrutturazione preventiva sia soggetta ai termini temporali previsti dalla presente direttiva».

(43) La questione interpretativa deriva dalla mancata menzione della procedura di concordato semplificato ad opera della norma di cui all'art. 54, comma 1°, c.c.i.i., e correlativamente dall'assenza di qualsivoglia rinvio ad opera dell'art. 25-*sexies* c.c.i.i., alle norme disciplinanti il regime delle misure protettive. Per una ricostruzione del dibattito insorto nella dottrina e nella giurisprudenza, cfr. M. Spadaro, *Orientamenti giurisprudenziali di merito – misure protettive e sospensione dell'esecuzione pendente sui beni del debitore*, in *Fall.* 2023, 565 ss.; cfr. altresì L. Baccaglioni, L. Calcagno, *op. cit.*, par. 12; G. D'Attorre, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fall.* 2021, 1603 ss., spec. 1612.

sensi dell'art. 55, comma 2, c.c.i.i.)<sup>(44)</sup>: la soluzione elaborata per quel caso sembra confermare la praticabilità *mutatis mutandis* di quella sostenuta per la questione qui in esame. Da ultimo, merita segnalare come la giurisprudenza di merito abbia infine recentemente mostrato aperture rispetto alla possibilità di risolvere il problema in analisi consentendo il conseguimento dell'effetto pratico garantito da talune misure protettive in scadenza tramite la concessione di misure cautelari, pur sottolineando in linea di principio la diversità dei due strumenti e l'impossibilità che la misura cautelare possa «veicolare una replica di misure protettive già in precedenza disposte al mero fine di aggirare il termine di durata massima delle misure protettive stabilito dall'art. 8 c.c.i.i.»<sup>(45)</sup>.

4. – Accanto o in subordine a quella prospettata, altre vie potrebbero immaginarsi al fine di cercare di estendere oltre i 12 mesi di cui all'art. 8 c.c.i.i. il blocco delle iniziative esecutive e cautelari nei confronti del debitore.

Una prima ipotesi, di difficile attuazione, ma forse almeno in astratto predicabile, potrebbe passare per una declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 8 c.c.i.i., per violazione degli artt. 24 e 3 Cost., quest'ultimo anche per irragionevole disparità di trattamento tra l'art. 8 c.c.i.i. e la norma di cui all'art. 669-*novies*, comma 3°, c.p.c., la quale con riguardo alla provvisorietà degli effetti dei provvedimenti cautelari sancisce la regola secondo cui gli effetti di questi ultimi, in caso di proposizione del giudizio di merito, sempre necessario a pena di perdita inefficacia per le misure conservative, sono destinati a rimanere riassorbiti o superati dalla successiva sentenza, senza tuttavia alcun vincolo predeterminato di durata massima. Se è vero che il legislatore gode di ampia discrezionalità in materia processuale<sup>(46)</sup>, è pur vero altresì che tale discrezionalità deve essere

---

<sup>(44)</sup> Cfr. Trib. Terni 4 luglio 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Avellino 23 marzo 2023, *ivi*.

<sup>(45)</sup> Ci si riferisce a Trib. Trento 10 ottobre 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*, 6 novembre 2023, ove gli effetti delle misure protettive in scadenza *ex art. 94-bis*, comma 2, c.c.i.i. sono stati garantiti mediante concessione di una misura cautelare atipica con cui si è inibito al creditore di far valere nella procedura gli effetti della risoluzione di un contratto di *leasing* immobiliare in ragione del mancato pagamento di canoni maturati in epoca antecedente alla domanda *ex art. 44* c.c.i.i.

<sup>(46)</sup> Si veda Corte cost. 20 novembre 2017, n. 241, con nota di A. Carratta, *La Corte costituzionale e l'«abuso» della sanzione processuale*, in *Giur. it.* 2018, 83 ss., la quale ha statuito che «Il controllo di costituzionalità, vertendosi in materia di istituti processuali, per la cui conformazione il legislatore gode di ampia discrezionalità, deve limitarsi a riscontrare se sia stato o meno superato il limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle

esercitata con proporzionalità rispetto ai fini perseguiti e, nel caso di specie, il bilanciamento dei beni in conflitto vede coinvolto il potenziale risanamento dell'impresa in crisi, con ogni correlata ricaduta anche in termini occupazionali. L'obiettivo potrebbe consistere in una pronuncia della Corte costituzionale additiva di una clausola di salvezza rispetto alla regola di cui all'art. 8 c.c.i.i. in ipotesi eccezionali in cui il protrarsi della procedura concorsuale oltre i 12 mesi non dipenda dalla volontà del debitore, ma sia unicamente dovuta ai tempi necessari per il Tribunale e gli organi della procedura per giungere all'omologazione, nel solco dell'ultima parte del Considerando (35) della Direttiva *Insolvency*, già ricordato, con possibile concessione della sospensione delle iniziative esecutive individuali ad opera del giudice *a quo* nel tempo necessario per l'intervento della Consulta<sup>(47)</sup>.

In alternativa, più realisticamente, non resterà al debitore che tentare di percorrere la non facile via della promozione del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. al fine di impedire il progredire delle azioni esecutive contro di lui preannunciate o avviate, con onere di fornire al giudice adito prova della verosimiglianza della bontà del percorso intrapreso per la regolazione della crisi o dell'insolvenza. Una soluzione, questa, non priva di significativi inconvenienti. Infatti, anzitutto, in via pregiudiziale di rito, l'ammissibilità della tutela cautelare atipica in casi del genere è controversa<sup>(48)</sup>. Quan-

---

scelte compiute [...]. Tale riscontro va operato attraverso la verifica "che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi 'attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti' (sentenza n. 1130 del 1988)" (sentenza n. 71 del 2015)».

<sup>(47)</sup> Il problema della richiesta di disapplicazione in sede cautelare urgente della norma sospetta di incostituzionalità è risolto dalla dottrina ormai prevalente e dalla giurisprudenza pressoché consolidata nel senso di riconoscere al giudice *a quo* la possibilità di concedere il provvedimento d'urgenza con contestuale rimessione degli atti alla Corte costituzionale, purché il provvedimento d'urgenza non esaurisca la *potestas iudicandi* del giudice *a quo*, così da assicurare la perdurante rilevanza della questione di costituzionalità. In tema, tra le molte pronunce nella giurisprudenza della Corte costituzionale, cfr. Corte cost. 30 gennaio 2018, n. 10; Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84. Per una ricostruzione e riferimenti bibliografici, ci si permette di richiamare M. Morotti, *Sui poteri cautelari della Corte costituzionale*, in questa *Rivista* 2021, 1462 ss.

<sup>(48)</sup> Come evidenziato da L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Trattato di diritto processuale civile*, a cura di Id., Milano 2019, IV, 4602, l'ammissibilità del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. al fine di sospendere o modificare l'esecutività di altri provvedimenti giurisdizionali deve essere esclusa, stante l'esistenza di un sistema di misure tipiche di sospensione dell'esecutorietà dei provvedimenti giurisdizionali, la tassatività delle ipotesi di

danche poi si ritenesse superabile l'ostacolo dell'ammissibilità del rimedio, ulteriori profili problematici sarebbero costituiti dall'aggravio delle spese (preveducibili) di assistenza professionale e dalla possibile mancanza di uniformità di decisioni fornite dai giudici dell'urgenza, rischi entrambi destinati ad aumentare proporzionalmente con il numero delle azioni esecutive avviate contro il debitore. Su un altro piano si colloca invece l'ipotesi, evocata anche dalla dottrina, del ritiro e successiva riproposizione della domanda concordataria con conseguente possibilità di concessione *ex novo* delle misure protettive in assenza di abuso del diritto, astrattamente prospettabile in mancanza di una pronuncia di inammissibilità della

---

sospensione di cui all'art. 623 c.p.c. e l'inattualità dell'orientamento giurisprudenziale in passato sviluppatosi a sostegno della possibilità di ottenere *ex art.* 700 c.p.c. la sospensione dell'efficacia del precetto, superato dalla vigente formulazione dell'art. 624, comma 1°, c.p.c. che consente in caso di opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c., concorrendo gravi motivi, la sospensione del processo esecutivo. In senso conforme, cfr. Trib. Piacenza 18 gennaio 2011, in *DeJure*. Deve però sottolinearsi che di recente la Corte di Cassazione, nell'ambito della ben nota pronuncia Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, volta a dare attuazione ai principi sanciti dalla Corte di Giustizia UE nelle sentenze del 17 maggio 2022, in particolare nella pronuncia nelle cause riunite C-693/19, *SPV Project 1503* e C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza*, in tema di protezione del consumatore, nel vagliare ed accantonare il rimedio della c.d. *actio nullitatis* ha espressamente riconosciuto che tale azione «impone, per ottenere il necessario risultato della sospensione dell'esecutorietà del titolo giudiziale, di attivare il percorso, non così agevole e diretto (soprattutto ad esecuzione non iniziata), dello strumento cautelare disciplinato dall'art. 700 c.p.c.». La Corte di Cassazione ha quindi riconosciuto almeno in *obiter dictum* la possibilità di impiegare il provvedimento d'urgenza al fine di ottenere la sospensione dell'esecutorietà del titolo esecutivo. Sulla pronuncia (ma non sullo specifico profilo appena menzionato), cfr. C. Consolo, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, in *Giur. it.* 2023, 1504 ss.; E. D'Alessandro, *Dir.* 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c., ivi, 1060 ss.; B. Capponi, *Prmissime considerazioni su SS. UU 6 aprile 2023 n. 9479*, in *www.giustiziainsieme.it*, 19 aprile 2023; G. Scarselli, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le Sezioni Unite*, in *www.judicium.it*, 12 aprile 2023; A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Riv. esec. forzata* 2023, 357; L. Baccaglioni, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2023, 946. Un'impostazione in parte consonante con quella qui sostenuta sembra potersi rinvenire in F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, cit., 1540, il quale con riguardo alla procedura di composizione negoziata di cui al d.l. 24 agosto 2021, n. 118 (conv. in l. 21 ottobre 2021, n. 147), escludeva l'ammissibilità del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. al fine di inibire le iniziative cautelari dei creditori solo sotto il profilo dell'assenza di sussidiarietà, posto che quel risultato era esattamente presidiato dalle misure protettive, ferma restando l'esperibilità del rimedio cautelare innominato al fine di contrastare iniziative stragiudiziali del creditore per la soddisfazione del proprio diritto, come nel caso dell'inibitoria all'escussione di una garanzia.

domanda, siccome non espressamente vietata dal sistema positivo, seppur foriera di un aggravio notevole della posizione dei creditori<sup>(49)</sup>.

5. – In conclusione, le misure cautelari e protettive previste dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sono funzionali all'obiettivo di incoraggiare la tempestiva emersione della crisi e, conseguentemente, contenere entro termini certi e ristretti lo svolgimento delle procedure concorsuali nel bilanciamento degli interessi di tutte le parti coinvolte, pur tradendo probabilmente, a dispetto dei principi ispiratori del nuovo codice, una certa diffidenza rispetto all'imprenditore in crisi, a dire il vero per molti aspetti (come quello qui in analisi) figlia di precisi vincoli imposti dal legislatore euro-unitario: anche per tale motivo, quasi in controtendenza rispetto alle prospettive della tutela interinale e della tutela cautelare (attenuata) nel processo civile, nel contesto del codice della crisi, le misure cautelari e protettive sono invece collocate entro i classici binari della strumentalità e provvisorietà. Come nel Codice di procedura civile, anche nel c.c.i.i., le norme di nuovo conio sollevano questioni probabilmente necessitanti nuovi affinamenti *de iure condendo* ma anche il fondamentale aggancio ai principi generali ed alle regole costituzionali al fine della risoluzione dei problemi insorti e insorgenti nella prassi applicativa ed in particolare della riaffermazione, accanto a quello della ragionevole durata, degli altri, irrinunciabili, valori fondanti il principio del giusto processo.

Il caso del limite di durata massima delle misure protettive di cui all'art. 8 c.c.i.i., in particolare, obbliga l'interprete a ricercare soluzioni ricostruttive al fine di non pregiudicare la regolazione della crisi ed il risanamento dell'impresa in assenza di patologie, pur al cospetto di un dato normativo inequivocabile e apparentemente invalicabile: operazione tanto più necessaria se si pensa che il superamento del limite dei 12 mesi tenderà a porsi per le procedure più complesse, ossia riguardanti le aziende più grandi e che impiegano un numero più elevato di dipendenti. Sforzo interpretativo che quindi costituisce, a parere di chi scrive, un male necessario, nell'auspicabile attesa di un intervento legislativo, anche alla luce delle sembianze e delle proporzioni che il problema concretamente verrà ad assumere nella prassi applicativa.

---

(49) Cfr. P. Farina, *op. cit.*, 295.

## STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

---

BRUNO CAVALLONE (\*)

### SEDIE VOLANTI. IDENTITÀ DI UN MISTERIOSO «RIMASTICATORE»

Un filone dei nostri studi sul processo (ancora marginale ma non irrilevante), nel quale chi scrive può vantare una posizione pionieristica (del resto sempre riconosciutagli dal compianto Franco Cipriani, maestro ineguagliabile di questa specifica materia) grazie ad un saggio sui rapporti tra Lodovico Mortara e Giuseppe Chiovenda apparso nel 1988 in questa *Rivista*, mette in luce l'utilità delle indagini sulla biografia non solo accademica dei nostri *Patres*, tanto proceduristi quanto processualisti (assumendo come nota e ormai di uso corrente una distinzione *olim* familiare solo agli "addetti ai lavori"), oltre che la loro vivacità e freschezza di fronte al grigiore dell'esegesi delle quasi quotidiane "novellazioni" del nostro sedicente legislatore.

In questo contesto, può accadere che si incontri qualche nodo misterioso, meritevole di costituire l'oggetto quanto meno di una *Christmas Card* colorate di giallo (nel senso della letteratura poliziesca classica).

I dati fattuali e documentali della questione della quale vorrei occuparmi sono forniti, tra gli altri, da tre scrittori: Franco Cipriani (da ultimo nella seconda edizione di *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, ESI, 2009, capitoli I e II); Enzo Vullo, "Essere giusti" con *Piero Calamandrei: noterelle a margine di un libro di Franco Cipriani*, in *Judicium* 2019, p. 203 ss.; Paolo Spaziani, in particolare nel suo recente *I processualisti dell'«età aurea»*, Bari, Cacucci 2022, cap. II: che ne traggono però conclusioni diverse dalle mie.

Carlo Lessona, morendo molto prematuramente (all'età di 56 anni, nel 1919), lasciò incompiuta la terza edizione del terzo e del quinto volume del suo trattato delle prove in materia civile, il cui completamento fu allora affidato dagli editori (Fratelli Cammelli di Firenze) al figlio dell'estinto, Silvio

---

(\*) È la mia *Christmas card* per il 2023.

Lessona, in allora libero docente di diritto amministrativo a Pisa, con la probabile collaborazione o supervisione di Piero Calamandrei, allievo di Carlo Lessona salito in cattedra dopo essersi laureato con lui a Pisa nel 1912.

L'uno e/o l'altro, o gli editori, dovettero tuttavia pensare che affidare alla penna autorevolissima di Giuseppe Chiovenda la prefazione del quinto e conclusivo volume del suddetto *Trattato* potesse valere, oltre che a mantenere intatto il prestigio e dunque la commerciabilità di un'opera divenuta uno *standard work* per avvocati e magistrati, anche a sancire la rappacificazione fra due "scuole" rivali, ostacolata nel tempo non tanto e non solo da divergenze ideologiche e metodologiche (*Zivilprozessrecht* vs. *Procédure Civile*), quanto da una serie di ragioni eterogenee: dall'esito dei concorsi per le cattedre di Napoli e Roma (1905), "soffiate" a Lessona dal più giovane e meno titolato Chiovenda, grazie agli interventi del suo maestro, l'onnipotente Vittorio Scialoja; alla lettera di tono (diciamo così) eccessivamente goliardico e trasparentemente offensivo, inviata da Lessona a Chiovenda nel 1912 per "celebrare" a suo modo il premio conferitogli dall'Accademia dei Lincei (la lettera è stata pubblicata da Cipriani, che la rinvenne tra le carte di Chiovenda a Premosello); alla ricorrente autoironica vanteria di Lessona, nelle sue lezioni (ne riferiva per scienza diretta Calamandrei) di non sapere il tedesco, tanto da non avere neppure capito la famosa *Prolusione* bolognese di Chiovenda del 1903, scritta in un italiano troppo "germanizzante".

Di fatto, comunque, Chiovenda raccolse l'invito, ma vi diede seguito in termini alquanto singolari: in primo luogo perché la sua *Prefazione* (complessivamente di due sole pagine), che parlava dichiaratamente e logicamente soltanto del quinto volume del *Trattato*, risultò già disponibile allorché, nel luglio 1922, fu ultimato il terzo, e quindi, per un disguido editoriale o tipografico che non è stato mai chiarito, si trovò a fruire di una collocazione anticipata, della quale non si tenne però conto nel 1924, allorché lo stesso testo (col solo cambiamento della data: non più 1922, ma 1923), recuperò la posizione di esordio del quinto volume, che avrebbe dovuto essere la sua collocazione originaria.

Qualche complicazione poteva peraltro nascere, come vedremo, dal fatto che alla *prefazione* di Chiovenda fu aggiunto, solo nel terzo volume, uno scritto di Calamandrei, che è formalmente una seconda prefazione al *Trattato* di Lessona, ma nella sostanza è una *recensione* della prefazione chiovendiana.

Fin qui, tuttavia, niente di male. Anzi, si sarebbe potuto dire che quella *gaffe* editoriale offriva a Chiovenda, per così dire "al prezzo di una", *due* occasioni per una *avance* pacificatrice verso la memoria di Carlo

Lessona, la sua scuola “di procedura” e la sua famiglia, e di ciò tutti gli interessati avrebbero potuto rallegrarsi. Senonché il *contenuto* della prefazione di Chiovenda non corrispondeva affatto a quello che sarebbe stato lecito attendersi. Vi si parla bensì, infatti, della «*ricchezza dei materiali storici, dottrinali e giurisprudenziali che [nel Trattato] sono con somma diligenza raccolti*»; del «*tesoro di sagaci affermazioni che sono sparse a piene mani nell'opera*»; della «*probità scientifica dell'autore*»; della sua «*visione nitida ed immediata dei rapporti*»; della «*forma tersa e piana dell'esposizione*»; dell'«*agilità nelle discussioni teoriche, sempre dominate dal senso comune e vigilate dal buon senso*».

Ma si aggiunge poi – ed è verosimilmente questo che poteva contrariare il professor Silvio Lessona, e soprattutto Piero Calamandrei (impegnato nel non facile compito di difendere contemporaneamente la memoria del maestro storico, estinto, e la suscettibilità del maestro nuovo, vivente) – che «*Carlo Lessona si trovò ad occupare una posizione intermedia tra due indirizzi e due scuole. Discepolo di Luigi Mattiolo, verso la memoria del quale nutrì una devozione costante e quasi gelosa, proseguì il metodo del giurista torinese, ... guardò senza preconcetti e senza dispetto, anzi con interesse e con benevolenza, agli sforzi degli studiosi che battevano altre vie. L'equanimità naturale lo dispose ad apprezzare ed accettare i risultati conseguiti dagli altri, a tornare sopra le proprie opinioni e quando occorreva a ricredersi. Quante discussioni fra noi, intorno a mille argomenti sui quali eravamo profondamente divisi, ma dei quali era sempre fecondo discutere con Lui! Egli non ammetteva (ricordo un esempio) l'azione d'accertamento come figura generale del nostro diritto, e più specialmente l'azione di accertamento negativo contro il vanto altrui ... Qualche anno dopo Egli mi confessava candidamente che si era convertito all'azione di accertamento e l'aveva guidato alla conversione l'esperienza quotidiana della vita giuridica ...*».

Secondo Cipriani, «*di fronte a questa prefazione vi è assai poco da dire*». Ma a me sembra vero il contrario. In disparte il tono paternalistico del discorso, che assomiglia più alla *laudatio* di un bravo candidato da parte di un commissario di concorso, che alla rievocazione di un avversario di pari fama e dignità scientifica; ma qui abbiamo un grande processualista, ritenuto anzi dalla *communis opinio* il più grande di tutti, che divulga, *pro domo sua*, e in palese conflitto di interessi, al riparo da ogni possibilità di contraddittorio, il (presunto) contenuto di alcune comunicazioni private intercorse con il collega e avversario accademico. E questa, prima che uno *scoop*, è una clamorosa violazione di elementari regole dialettiche e deontologiche, oltre che della *rule against hearsay*: tanto più se accompagnata dalla constatazione che della inusitata conversione di Lessona al verbo

chiovendiano non vi è traccia in alcuno dei suoi scritti antecedenti o successivi; e che attribuire a Lessona «*una posizione intermedia tra due indirizzi e due scuole*» non era un grande complimento: se è vero che proprio secondo Chiovenda (nel necrologio di Lodovico Mortara apparso sulla *Rivista di diritto processuale civile* del 1937) la dottrina italiana del processo, all'inizio del Ventesimo secolo, versava ancora nella “*misera condizione*” in cui la aveva ridotta «*l'ampia coltrice che aveva predisposto ai suoi sonni il Trattato di Luigi Mattiolo*», non si vede che cosa potesse esserci di intermedio, se non un patetico dormiveglia, tra quell'insegnamento (gelosamente custodito da Lessona), e il nuovo verbo “germanizzante” di Chiovenda, né come tale gelosa custodia potesse «*collocare definitivamente il Trattato di Lessona nella storia degli studi processuali*»: collocazione che sarebbe allora spettata, se mai, proprio a Luigi Mattiolo.

Ma evidentemente non era questo che interessava Piero Calamandrei (come “recensore di una recensione”), né Franco Cipriani (come ulteriore “recensore di secondo grado”), bensì aggredire un altro misterioso personaggio della storia, che vi ricompare in vari momenti e con ruoli diversi.

La sua prima apparizione è, nello scritto “integrativo” di Piero Calamandrei, quella di un «*inacidito rimasticatore di rimasugli tedeschi*» (una metafora non solo pesante ma anche un po' ripugnante), che aveva ostentato verso l'opera di Lessona una “*balorda indifferenza*”, e però aveva anche «*creduto di potersi erigere, solo perché in gioventù tradusse a forza di molto vocabolario qualche monografia tedesca, a severo giudice dell'opera Sua*» (contestazioni per la verità contraddittorie, dato che altro è ostentare indifferenza per un'opera, altro è giudicarla severamente). La seconda apparizione, nello stesso scritto di Calamandrei, è quella di un appartenente al novero «*dei gretti eruditi*», degli «*sterili traduttori e classificatori delle idee altrui*» (altra connotazione non del tutto coerente con le precedenti). Mentre un riferimento indiretto allo stesso personaggio si ritrova in un altro scritto di Calamandrei, a sua volta databile nel 1923 (se ne legge un estratto nel vol. X delle sue *Opere Giuridiche*), dove, parlando della Terza edizione dei *Principii* di Chiovenda, si ricorda che «*ci fu da noi 25 o 30 anni fa, un periodo in cui bastava essere stati sei mesi in Germania e aver tradotto alla meglio – magari senza citare la fonte – dieci pagine di un autore tedesco, per ottenere una cattedra*» ... e «*qualche esempio di questo fenomeno si potrebbe citare anche nel campo della procedura civile*».

Sull'identità di questo deplorable personaggio, peraltro, Calamandrei non diceva di più, né offriva indicazioni utili per scoprirla, al di là dell'età non più giovanile («*in gioventù tradusse ...*») e del fatto che, all'esito delle

successive indagini di Franco Cipriani, non risulta che qualcuno si sia fatto vivo per difenderlo, cioè difendersi.

Il contributo più saliente alla singolare «battuta di caccia» che si è così aperta (e si è protratta fino ai nostri giorni) rimane comunque proprio quello di Franco Cipriani, impegnatosi per lungo tempo in una fragilissima costruzione fatta di indizi e di *praesumptiones de praesumpto*, ma soprattutto di riserve mentali, di complicatissime dissimulazioni, di elogi travestiti da censure e viceversa, di “canzonature” e provocazioni, alla quale avrebbero dato sostegno, ad avviso del compianto collega barese, per motivi contrastanti, tanto Calamandrei (recensore di una prefazione) quanto lo stesso Chiovenda (autore virtuale di un possibile seguito a quella prefazione): con il risultato di nascondere a tutti – tranne forse che a se stessi – l’identità dell’“inacidito rimasticatore”. Secondo le (forse troppo) fini elucubrazioni di Cipriani, la conclusione dovrebbe essere comunque l’identificazione del misterioso personaggio proprio (e niente di meno che) *con lo stesso Chiovenda*, riuscito così nell’intento di ridurre a mediocrità, e/o a sudditanza verso le *proprie* ideologie, la figura di un avversario del quale solo apparentemente riaffermava il prestigio scientifico. Mentre Calamandrei, per sventare questo disinvolto tentativo, avrebbe in sostanza costretto il suo nuovo maestro (Chiovenda, tale divenuto soprattutto dopo la morte di Lessona) a schernire ed offendere ... sé medesimo (!).

Ora, chi scrive non riesce – a differenza di Paolo Spaziani, che vi riconosce da parte di Calamandrei la “quadratura del cerchio” – a vedere in questa complicata operazione psicologica e retorica nulla di diverso da ciò che Enzo Vullo definisce «*un pasticcio argomentativo inimmaginabile per una penna raffinata e acuta come quella di Calamandrei*», oltre che poco compatibile con le manifestazioni di ammirazione e di lealtà esibite dallo stesso Calamandrei – sia pure al prezzo di qualche forzatura dialettica – per tutto l’arco della vita, verso *entrambi* i suoi maestri. Osservazioni certamente condivisibili, queste, così come le considerazioni metodologiche che le accompagnano, circa la prudenza che dovrebbe sempre essere raccomandata a chi istintivamente (ed è forse questo il caso di Franco Cipriani) è incline a preferire il percorso anomalo ma intellettualmente più suggestivo alla banalità della strada maestra abituale.

Ciò che rimane assente dal discorso di Vullo, peraltro, è proprio una conclusione circa l’identità del nostro “*inacidito* (e taciturno) *rimasticatore*”.

Del quale, infatti, ci si potrebbe chiedere prima di tutto se sia mai davvero esistito, o si tratti piuttosto di un personaggio *fictional*, inventato da Piero Calamandrei per costruire (a rovescio) quella «*generosa e nobile rivendicazione del valore di Carlo Lessona come scienziato*», cioè in sostanza

per dare corpo e forma a quella rappacificazione tra le scuole dei suoi maestri che non si sarebbe potuto certamente desumere dalle fuorvianti (oltre che inverosimili) considerazioni di Chioventa sulla “conversione” di Lessona.

Ora, l'ipotesi sarebbe certamente coerente con la mancata menzione nominativa del “colpevole”, e dei riferimenti bibliografici alla “balorda indifferenza” e/o ai severi giudizi da lui manifestati per l'opera di Lessona. Non spiegherebbe, però, il riferimento assai più specifico alla traduzione “*in gioventù*” di “*qualche monografia tedesca*”, e alla conseguente attribuzione di *una cattedra*.

Qui sarebbe allora opportuno un chiarimento circa la conoscenza del tedesco giuridico, imposta agli studiosi del processo, fino alla metà del XX secolo, dalla consuetudine o dalle pressioni più o meno energiche dei maestri, come indispensabile bagaglio terminologico e concettuale idoneo ad orientare le ricerche nella “scienza” del diritto processuale secondo gli schemi, le classificazioni e i dogmi elaborati dalla dottrina dei Paesi germanici nella lunga e felice stagione della c.d. *konstruktive Prozesswissenschaft*. Si trattava, come altrove ho avuto occasione di scrivere, di *una conoscenza soprattutto metaforica*, il che consentiva, a seconda dei contesti, di vantarne il possesso o (polemicamente e autoironicamente) il non possesso (come nel caso di Mortara e Lessona, e forse di Andrioli). Non si comprende però perché su queste premesse si fosse formata la convinzione, nei primi anni del '900, che l'unico studioso italiano del processo compiutamente cognito della lingua tedesca fosse (Calamandrei e forse Carnelutti a parte) proprio Giuseppe Chioventa (secondo Cipriani, il “tedesco” richiamava già allora alla mente di tutti una sola persona e non vi è dubbio che fosse Giuseppe Chioventa; secondo Spaziani, il riferimento al “tedesco” è soggettivamente *univoco*).

Se è vero che – come si è già ricordato – il tedesco giuridico faceva parte della “cassetta degli attrezzi” di tutti gli studiosi italiani, “scienziati” del processo, la conoscenza della lingua, almeno nella misura strettamente necessaria, avrebbe dovuto presumersi anche – per fare qualche esempio – presso studiosi come Francesco Menestrina (addirittura bilingue, professore a Innsbruck), Antonio Castellari (autore di note fondamentali alle *Pandette* di Glück), Giovanni Cesareo Consolo, Vincenzo Simoncelli, stando alle loro relazioni concorsuali di cui oltre.

Ma il fatto è, poi, che nel periodo che qui interessa si aggirava tra diverse facoltà giuridiche italiane uno studioso del processo di famiglia calabrese, ma di adozione pisana, Agostino Diana, verosimilmente allievo di Lodovico Mortara, che, probabilmente per esigenze concorsuali, gli

consentì di occupare un fascicolo del suo amatissimo “giornale” (la *Giurisprudenza italiana*, nel 1901), in contrasto con la propria notoria freddezza nei confronti della “scienza” tedesca, con una vera e propria monografia (almeno 200 pagine in formato-libro) su *La confessione giudiziale nel processo civile*, che gli procurò – sembra di capire dalla documentazione riprodotta da Cipriani – la chiamata come professore straordinario all’Università di Urbino.

Diana infatti era, e voleva apparire, “il più tedesco” tra gli studiosi italiani del processo, tanto che ciò gli venne contestato come un limite culturale, ad esempio negli atti della commissione per il concorso a professore straordinario presso l’Università di Parma, nel 1901 (parzialmente pubblicati da Cipriani), dove si parlava anche di suoi fraintendimenti di certi testi stranieri (entrando dunque nel *merito* dei suoi riferimenti bibliografici).

Non sarà questo, forse, l’indizio decisivo (“la pistola fumante”) per identificare con Agostino Diana il nostro “rimasticatore”, ma si tratta indubitabilmente di un indizio che i dottori medioevali avrebbero definito “veemente”: tanto più se pensiamo che Lessona – rimanendo a Pisa dopo l’infelice tentativo di spostarsi a Napoli e poi a Roma, e rifiutando nel frattempo anche la prestigiosa cattedra di Torino, che a lui sarebbe spettata *ratione loci* dopo il decesso del suo aristocratico maestro “putativo”, Mattiolo, che l’aveva occupata per decenni – aveva impedito a Diana di accedervi (appunto alla cattedra di Pisa) per una quindicina di anni, costringendolo a contentarsi della più modesta cattedra senese, fino, appunto, alla prematura scomparsa dello stesso Lessona nel 1919. E a rendere questo ingombro ancora più sgradevole potevano contribuire, da un lato, il fatto che a Pisa Lessona non volesse neppure risiedere, e avesse chiesto ed ottenuto di poter risiedere a Firenze, ancora priva di una sua Università ma sede di una Corte di Cassazione nonché del suo avviatissimo studio professionale; dall’altro, la già ricordata scarsa simpatia di Lessona per la dottrina tedesca e la dottrina italiana “germanizzante”; senza dire della sua (superflua) traduzione del trattato di Garçonnet, intesa all’impossibile dimostrazione della perdurante superiorità della dottrina francese.

Infine, l’assoluta disistima di Piero Calamandrei nei confronti del Diana risulta in termini espliciti da alcune lettere del 1923, solo parzialmente pubblicate nella prima parte della trilogia dedicata da chi scrive alla storia remota della nostra *Rivista* (*Una fondazione asimmetrica*, nel fascicolo n. 3 del 2018).

Infatti, nel carteggio scambiato tra Carnelutti e Calamandrei negli ultimi mesi del 1923 in relazione alla nascita *Rivista di diritto processuale civile* si trova una lettera di Carnelutti del 10 dicembre, dove si parla di un magistrato, il giudice Romano Castellana residente a Palermo, che vorreb-

be a sua volta fondare una Rivista «*tipo Zeitschrift*» ... «*con note tipo Fadda e Bensa ... ma più concentrate e più dense ... e che finisce per abitare in via Sedie Volanti (non posso trattenermi dall'immaginare che nella sua strada le sedie ballino per l'entusiasmo di ospitare un tanto scienziato ...)*» [ndr: la strada esiste davvero, e si chiama così perché un tempo vi operavano i fabbricanti di *portantine*]. Bisognerebbe far desistere “*questa macchietta*”, “*questo mentecatto*”, dai suoi propositi invasivi.

Il 19 dicembre Calamandrei conferma di avere scritto al Castellana una lettera dissuasiva, ma aggiunge di avere «*saputo ieri a Siena che egli tra i vari meriti palesi enumerati nella sua lettera ha altresì quello occulto di essere ammiratore e seguace dell'insigne procedurista Diana ...*»; e che «*quell'affare delle Sedie volanti mi sembra meno comico di quanto paia a te: io ci vedo invece qualcosa di medianico e di cabalistico, che mi fa pensare la figura del giudice procedurista come un mago misterioso, padrone delle cose inanimate che si librano intorno a lui nell'aria*».

Sul punto Carnelutti ritorna in una lettera del 20 dicembre, rilevando che «*la ammirazione di Romano Castellana per Diana risponde a quella suprema armonia degli uomini e delle cose, che mi fa credere in Dio*».

Per Calamandrei e per Carnelutti, insomma, Agostino Diana era “il peggio del peggio”, oltre che un personaggio ridicolo, e questo potrebbe essere sufficiente, insieme agli indizi già reperiti, in particolare la “germanofilia” del Diana, per identificarlo con il nostro “inacidito rimasticatore”, al di là di ogni ragionevole dubbio.

Ai fini che qui interessano, rimarrebbe solo da rintracciare un nesso plausibile tra questi gravi (e buffi) suoi demeriti e il suo “maltrattamento” di Carlo Lessona a breve distanza (forse pochi giorni) dalla morte: atteso che, come si è detto, nessuno si fece avanti, in sede e forma dottrinale, per giustificare l'eventuale fondamento. Ma a questo riguardo chi scrive non può che formulare un'ipotesi: può darsi che Diana, iniziando il suo corso pisano di procedura civile per l'anno accademico 1919/1920 si fosse lasciato andare con gli studenti a qualche giudizio irriverente ed inopportuno nei confronti di chi aveva per molti anni occupato la stessa cattedra, pur proclamandosi ignorante della lingua e della letteratura dei Paesi germanici. L'episodio avrebbe potuto così essere ritenuto da Calamandrei pubblicamente noto, pur in difetto di precisi riferimenti documentali. Si tratta naturalmente di una congettura, tuttavia meno implausibile di quelle formulate da Franco Cipriani per attribuire a Giuseppe Chiovenda la paternità occulta di giudizi auto-distruttivi.

GIOVANNI TURELLI

Professore ordinario nell'Università degli Studi di Brescia

## IL PERENNE «FLUIRE» DEL COLLEGIO GIUDICANTE. NOTE SU CARNELUTTI «ROMANISTA»

SOMMARIO: 1. Il principio di fungibilità del collegio giudicante. – 2. Il 'modello alfeniano'. – 3. La costruzione dell'*universitas* nel pensiero giuridico romano. – 4. L'impiego della nozione di *universitas* in Carnelutti. – 5. L'immagine del fiume che scorre: ipotesi sulla genealogia di un paragone. – 6. Conclusioni.

1. – Il presente lavoro nasce come gemmazione di una ricerca sul *transfere iudicium* nel diritto romano. La lettura della dottrina, anche non romanistica, sul fenomeno del mutamento del giudice mi condusse ad alcuni classici del diritto processuale civile moderno. Tuttavia, nulla di quelle letture è stato utilizzato negli esiti della ricerca, che si mantenne alfine saldamente nel perimetro del diritto romano<sup>(1)</sup>. Tra gli appunti che giacevano inutilizzati, uno riguardava un passaggio del *Sistema di diritto processuale civile* di Francesco Carnelutti, pubblicato nel 1936, sul quale ora vorrei tornare. Il tema è, appunto, quello del mutamento del giudice.

Trattando della natura dell'ufficio giudiziario collegiale, a conclusione di pagine dense nelle quali si intrecciavano aspetti teorico-sistematici e normativi, Carnelutti scrive:

«Come ho già accennato, la fungibilità degli ufficiali nel seno dell'ufficio è il carattere, per cui nell'ufficio si deve riconoscere una vera *universitas personarum*, a comporre la quale entrano non solo gli ufficiali, che vi appartengono in un dato momento, ma anche quelli che vi hanno appartenuto prima e che vi apparterranno dopo; sotto questo profilo si intende

---

<sup>(1)</sup> Gli esiti della ricerca hanno visto la luce nella monografia G. Turelli, *Transfere iudicium*, Torino 2020. Ma in questa sede, più in particolare, si farà riferimento al celebre passo di Alfeno, 6 dig., D.5.1.76, che fu oggetto di due lavori preparatori: *La nozione di populus in Alfeno*, in *RIDA* 2018, 211 ss., e *Alfenus 6 Dig. D. 5.1.76, L23. Per una lettura che ricomponga diritto e retorica*, in *SDHI* 2018, 61 ss. Ad essi mi limiterò a rinviare, salvo diversa necessità.

come possa aver natura di *universitas* l'ufficio quando pure, in un certo momento, consti di una persona sola. La *universitas personarum*, anzi la *universitas* nella sua più ampia nozione, può essere paragonata al fiume, il quale è sempre quello, malgrado il continuo mutare delle particelle d'acqua che lo compongono; in verità il fiume non è tanto la somma di quelle particelle, quali esistono in un medesimo istante dalla sorgente alla foce, quanto la espressione del loro continuo fluire e perciò dell'unità dell'acqua di ieri con l'acqua di domani. Gli ufficiali appartenenti alla pretura o al tribunale in un dato giorno ne rappresentano la composizione in quel giorno, ma non sono la pretura o il tribunale proprio come le particelle d'acqua presenti nel fiume non sono il fiume»<sup>(2)</sup>.

Il testo conclude il paragrafo 214, lettera *f*, dedicato alla «fungibilità dei membri dell'ufficio», che a sua volta completa il discorso, intrapreso al paragrafo 213, sul «collegio giudiziario» e, più precisamente, sul «principio collegiale». Il tema è affrontato complessivamente seguendo tre direttrici: il numero dei componenti, la qualità dei medesimi e, infine, la fungibilità. La trattazione, esemplarmente lineare, segue le tracce della normativa di riferimento, enucleando le ragioni sottese alle scelte compiute dal legislatore. Infine, le righe che ho testé trascritto chiudono l'argomento. Ritengo che il passo meriti qualche attenzione.

In primo luogo, e in generale, perché giunge a chiusura di un discorso pienamente tecnico-giuridico, ancorché costruito secondo una modalità didascalica corredata di esempi e riferimenti alla concretezza della realtà e della prassi giudiziaria. Appare pertanto al lettore come un *hors-d'oeuvre*, sia per l'improvviso rimando alla categoria storico-giuridica e sistematica dell'*universitas personarum*, sia, e soprattutto, per l'inserzione della semplicissima – quasi banale – metafora del fiume che scorre.

Va rilevato, in secondo luogo, che le immagini evocate non appaiono perfettamente sovrapponibili a quanto affermato nei paragrafi precedenti del *Sistema*. Carnelutti scrive infatti (paragrafo 214, lett. *a*) che il principio della fungibilità risponde alla necessità di contemperare l'esigenza di non perdere il lavoro svolto – ricominciando il processo al mutare di uno dei giudici – con quella di non tenere troppo a lungo in sospeso il procedimento, attendendo la cessazione o la risoluzione dell'impedimento temporaneo del giudice. Precisa però opportunamente che la sostituzione del giudice è «rimedio pericoloso» – ad esempio perché il sostituto, pur ragguagliato e informato mediante la documentazione, sarà privo della pre-

---

(2) F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 545.

ziosa conoscenza immediata – e per questo non ammesso «senza limiti»<sup>(3)</sup>. Passa quindi in rassegna i suddetti limiti. Il primo concerne la distribuzione delle funzioni, nel senso che «non è ammesso che un cancelliere sostituisca un giudice né un ufficiale giudiziario prenda il posto di un cancelliere»<sup>(4)</sup>. Il secondo attiene alla competenza interna: la sostituzione «opera solo entro ciascuna sezione» (salvo quanto allora previsto dall'art. 37 T.U. n. 2786 del 30 dicembre 1923). Terzo, e più importante, la fungibilità si arresta all'inizio della discussione, nel senso che possono concorrere alla deliberazione soltanto i giudici che abbiano assistito alla discussione della causa; dalla cui regola (fissata nell'art. 357 c.p.c. del 1865) discende la prassi di fare assistere alla discussione un numero di giudici superiore al numero legale, così da poter disporre, nel caso, la sostituzione di uno o più agli impossibilitati. L'ultimo limite, che tralascio perché marginale in questa sede, riguarda l'ambito del processo arbitrale. È evidente, in buona sostanza, l'imperfetta sovrapponibilità tra i limiti di legge e la metafora conclusiva, la cui applicazione non può essere condotta sino in fondo. Non si potrebbe davvero sostenere – alla luce della normativa – che, come il fiume, il collegio giudicante sia *sic et simpliciter* «sempre quello, malgrado il continuo mutare delle particelle d'acqua che lo compongono». Eppure l'immagine appare assolutamente efficace e, posta a conclusione dell'esposizione, riassume e fissa plasticamente il concetto. Il che, lungi dall'indebolire il duplice parallelismo (coll'*universitas* e col fiume), lo carica di un più pregnante valore icastico, didattico e, in definitiva, persuasivo.

E veniamo così a un terzo punto di attenzione. Viene da chiedersi se la ragione di una metafora 'imprecisa' sia solo figlia di un intento retorico prorompente, al punto da prevalere su tutto e mettere in secondo piano la piena congruità del paragone; oppure se l'immagine rimandi a un modello consolidato e per questo sia stata accolta – quasi pregiato pezzo d'anti-quariato – pur a prezzo dell'imperfetta sovrapponibilità: valida, in tal caso, non solo per l'efficacia esemplare e icastica, ma altresì spia di un sostrato culturale più profondo, che caricherebbe la forza intrinseca della metafora con quella dell'argomento d'autorità.

2. – Non è il caso di fare mistero in proposito. Un modello vi è, per giunta abbastanza noto, almeno per chi studi la tematica dell'*universitas*:

---

<sup>(3)</sup> F. Carnelutti, *Sistema*, cit., 543 s.

<sup>(4)</sup> F. Carnelutti, *Sistema*, cit., 544.

«Si proponeva questa ipotesi: alcuni dei giudici, nominati per la stessa ‘cosa’, dopo aver udita la causa erano stati esonerati dall’ufficio, e altri avevano preso il loro posto. Si domandava: il mutamento dei singoli giudici mantiene identica la ‘cosa’ o rende altro il collegio giudicante? Risposi: non solo se l’uno o l’altro dei giudici, ma anche se tutti i giudici fossero cambiati, nondimeno la ‘cosa’ e il collegio giudicante rimarrebbero tali quali erano prima. Né accade solo in questo caso, ma anche in molti altri, che, mutate le parti, si continui a considerare la cosa come la medesima. Così si ha sempre la medesima legione, benché molti soldati di essa siano morti e altri li abbiano sostituiti; così, il popolo di ora è considerato lo stesso di quel che era cento anni fa, benché nessuno di quel tempo ora sia vivo; così una nave, che è stata spesso riparata, al punto che non c’è in essa più nessuna tavola che non sia nuova, continua ad apparire sempre la stessa nave. Che se poi si pensasse che, mutando le parti, anche la cosa diventi un’altra, se ne dovrebbe arguire, seguendo il filo del ragionamento, che anche noi non siamo più gli stessi che eravamo un anno prima, perché, come dicono i filosofi, siamo costituiti di particelle estremamente piccole, e queste, giorno dopo giorno, abbandonano il nostro corpo, mentre altre prendono all’esterno il loro posto. In conclusione, si deve riconoscere che, sino a quando rimane identica la forma di una cosa, anche la cosa continua ad essere la medesima»<sup>(5)</sup>.

Interrogato in merito alla permanenza o meno dell’identità di un ‘collegio giudicante’, anche qualora alcuni giudici che lo compongono siano sostituiti, Alfeno<sup>(6)</sup> – giurista romano del I secolo a.C. – risponde affer-

---

<sup>(5)</sup> Alfeno, 6 *dig.*, D. 5.1.76: *Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quae-rebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. Respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere: neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuissent, cum ex illis nemo nunc viveret: itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nibilo minus eandem navem esse existimari. Quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuisset, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari.* Ho adottato la traduzione di M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 9<sup>a</sup> ed., 2003, 208.

<sup>(6)</sup> Non mi soffermo, in questa sede, sul quesito relativo alla possibilità che il frammento sia in realtà da attribuire a Servio Sulpicio Rufo, maestro di Alfeno e questi lo stia citando: cfr. G. Turelli, *Alfenus*, cit., 66 nt. 23.

mativamente, riconducendo il quesito al piano generale della permanenza dell'identità di una 'cosa' (*res*) a fronte del mutamento delle sue parti. L'argomentazione condotta attraverso alcuni esempi tradizionali – la *legio*, il *populus*, la *navis*, fino al caso, paradossale e assurdo, dell'essere umano (*nos ipsi*), la cui identità non è intaccata dall'incessante e quotidiana sostituzione degli atomi e delle molecole (*particulae minimae*) che lo compongono con altre nuove – lo conduce a una sintesi concettuale: una *res* rimane la stessa quando non muti la sua *species*. Le somiglianze tra il frammento di Alfeno e il passo di Carnelutti sono evidenti.

La simmetria opera, innanzitutto, sul piano sostanziale. Alfeno si sta occupando del collegio giudicante e giustifica la possibilità di sostituire alcuni giudici col ricorso alla nozione di «cosa collettiva», nella quale il mutamento delle parti è irrilevante rispetto al permanere dell'identità complessiva. Carnelutti, nondimeno, persegue l'intendimento di illustrare il concetto di fungibilità del giudice collegiale. Il concetto è illustrato dal primo con alcuni esempi, culminanti in quello dell'essere umano che non perde la propria identità benché nel suo corpo vi sia un costante ricambio di particelle; dal secondo con l'unico esempio del fiume che scorre rimanendo identico, nonostante il continuo ricambio d'acqua. Va scorta anche qui un'analogia, nonostante la diversità degli esempi, che, in effetti, costituiscono declinazioni topiche del cosiddetto «argomento della crescita» – che forse sarebbe più appropriato chiamare «del mutamento»<sup>(7)</sup> –, una delle chiavi di volta del percorso culturale che sto cercando di portare in luce. Si tratta di un argomento retorico, riconducibile a Epicarmo<sup>(8)</sup> – poeta e filosofo siceliota, vissuto tra VI e V secolo a.C. –, ma destinato a grande fortuna e larghissima diffusione<sup>(9)</sup>.

---

(7) Furono i sofisti (come ricorda Plutarco, *de sera numinis vindicta* 15, 559 A, *sub fr.* 23.B.2 D.-K.) a denominarlo argomento della crescita (cfr. *infra* nt. 9), ma nel frammento di Epicarmo si accenna anche al fenomeno opposto e si descrive la dinamica complessiva in termini di mutamento, utilizzando il sostantivo *metallagbé*.

(8) Diogne Larezio 3.10-11 (*fr.* 23.B.2 D.-K.).

(9) Sull'argomento della crescita si veda il classico lavoro di J. Bernays, *Epicarmos und der Auxanómenos Lógos*, in *RbM* 8 (1853), 280 ss. Di particolare interesse l'integrazione (opportunamente segnalata da una parentesi uncinata) inserita in calce al testo nella ristampa in Id., *Gesammelte Abhandlungen*, I, a cura di H. Usener, Berlin 1885, 116 s., nella quale viene instaurata un'esplicita correlazione col passo di Alfeno, frutto di riflessioni maturate dall'a. in occasione dell'edizione e traduzione dell'opera greca *De incorruptione mundi* di Filone d'Alessandria: cfr. J. Bernays, *Die unter Philon's Werken stehende Schrift «Über die Unzerstörbarkeit des Weltfalls» nach ihrer ursprünglichen Anordnung wiederhergestellt und in Deutschen übertragen*, in *Abhandlungen der königlichen Akademie der Wissenschaft zu Berlin, philosophisch-historische Classe* (1876), Berlin 1876, 236. La notazione in cui per la prima volta l'a. fissa una correlazione tra principio della crescita e passo alfeniano si trova

Tra i due testi può ravvisarsi inoltre corrispondenza a livello di struttura. Entrambi seguono la scansione: (a) oggetto (il collegio); (b) riconduzione dell'oggetto a una categoria più ampia (rappresentata casisticamente da Alfeno, per ragioni su cui tornerò, e invece sistematicamente da Carnelutti, col ricorso alla nozione di *universitas*); (c) utilizzo dell'immagine, di stampo epicureo-democriteo, delle particelle in movimento (applicata da Alfeno alla metafora del corpo umano; da Carnelutti al paragone del fiume) quale argomento dimostrativo e conclusivo.

Infine, possono scorgersi echi e affinità nelle stesse forme espressive. La frase: «...a comporre la quale entrano non solo gli ufficiali, che vi appartengono in un dato momento, ma anche quelli che vi hanno appartenuto prima e che vi apparterranno dopo...», echeggia il passaggio alfeniano: «...siamo costituiti di particelle estremamente piccole, e queste, giorno dopo giorno, abbandonano il nostro corpo, mentre altre prendono all'esterno il loro posto», altresì evocato dal riferimento carneluttiano al «...continuo mutare delle particelle d'acqua che lo compongono [*scil.*: il fiume]».

L'enucleazione finale del principio regolativo, pur se non identica, è simmetrica. Alfeno chiosa: «in conclusione, si deve riconoscere che, sino a quando rimane identica la forma (*species*) di una cosa, anche la cosa continua ad essere la medesima», mentre Carnelutti, prima della chiusa dal sapore didascalico, sintetizza: «in verità il fiume non è tanto la somma di quelle particelle, quali esistono in un medesimo istante dalla sorgente alla foce, quanto la espressione del loro continuo fluire e perciò dell'unità dell'acqua di ieri con l'acqua di domani». Insomma, vi sono ottime ragioni per ritenere che il passo di Alfeno fosse stato oggetto di riflessione da parte di Carnelutti. Sgomberiamo allora subito il campo da eventuali dubbi.

Carnelutti conosceva bene la materia delle universalità e delle cose collettive, avendola studiata espressamente, a partire dalla tesi di laurea, discussa il 21 novembre 1900 e dedicata a *Universitates facti et iuris*<sup>(10)</sup>.

---

nelle *Anmerkungen*, pubblicate a parte: Id., *Über die unter Philon's Werken stehende Schrift «Über die Unzerstörbarkeit des Weltfalls»*, in *Abhand. der könig. Akademie der Wissenschaft zu Berlin, phil.-hist. Classe* (1882), Berlin 1883, III, 68 nt. a 236, l. 7 (il rimando è a pagina e linea dell'edizione critica). In tempi recenti, se ne è occupato a fondo D. Mantovani, *Lessico dell'identità*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, A. Corbino, M. Humbert, G. Negri, a cura di, Pavia 2010, 19 ss.

<sup>(10)</sup> Lo ricorda F. Cipriani, *Presentazione: Francesco Carnelutti a quarant'anni dalla scomparsa*, in F. Carnelutti, *Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Milano 2006, XI.

Lo confessa egli stesso nell'autobiografia, *Mio fratello Daniele*, ricordando l'ammonimento del relatore, Vittorio Polacco, che «il tema era stato messo in luce di recente nelle famose note di Fadda e Bensa alla traduzione delle Pandette di Windscheid, che bisognava leggere prima di tutto»<sup>(11)</sup>. Il riferimento è, in particolare, alla lunga e corposa nota *b* al paragrafo 137 del primo volume del *Diritto delle Pandette* di Bernhard Windscheid, in cui Carlo Fadda ed Emilio Bensa si occupano appunto di *universitas*. Ebbene, in questa lunghissima nota il riferimento al passo alfeniano ricorre più volte e, nelle prime pagine, è addirittura riportato il testo, punto di partenza per la riflessione sulla dottrina moderna<sup>(12)</sup>. Carnelutti studiò evidentemente a fondo quelle pagine, se pensiamo che ancora nell'autobiografia ne evoca, pur per sommi capi, la struttura:

«Le argute discussioni sul *dominium* e sull'*usufructus gregis* gli spalancavano davanti la campagna romana popolata di armenti e pastori. Gli *instrumenta fundi* e gli *armamenta navis* gli resuscitavano versi di Tibullo o di Virgilio. Oscuramente, anche, nel gran problema dell'eredità cominciava a intravedere il miracolo per cui il diritto supera i confini della vita<sup>(13)</sup>».

Le figure giuridiche evocate sono tutte discusse nella nota di Fadda e Bensa e ne seguono, persino, l'ordine di trattazione<sup>(14)</sup>.

Tanto più interesse suscita allora il testo di Carnelutti, per la presenza di variazioni non secondarie rispetto al frammento di Alfeno: l'utilizzo della categoria dell'*universitas*, anche nella declinazione dell'*universitas personarum*; il tema della permanenza di una universalità anche quando

<sup>(11)</sup> F. Carnelutti, *Mio fratello Daniele*, Roma-Milano, 2<sup>a</sup> ed., 1943, ora in Id., *Vita*, cit., 91. Il riferimento è alla traduzione della monumentale opera di B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, curata da C. Fadda ed E. Bensa per i tipi della UTET tra il 1887 e il 1901, corredata appunto da «celebri, densissime note», come ricorda E. Stolfi, *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla Prima Guerra mondiale*, in I. Birocchi, M. Brutti, a cura di, *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino 2016, 10 nt. 40.

<sup>(12)</sup> Cfr. C. Fadda, P.E. Bensa, *Note dei traduttori*, in B. Windscheid, *Diritto delle Pandette. Con note e riferimenti al diritto civile italiano iniziate dai professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante coadiuvato dall'avv. Fulvio Maroi*, I.2, Torino 1925, 442 s. Su quest'opera v. ora F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino 2016.

<sup>(13)</sup> F. Carnelutti, *Mio fratello*, cit., 92.

<sup>(14)</sup> Cfr. C. Fadda, P.E. Bensa, *Note*, cit., 449 ss. (*rei vindicatio gregis*), 457 ss. (*instrumenta fundi*), 460 ss. (*armamenta navis*), 471 ss. (*usufructus*), 488 ss. (*hereditas*). Nel passo di Carnelutti, si sarà notato, la menzione dell'usufrutto è anticipata, rispetto all'ordine di trattazione nelle *Note* a Windscheid, e accostata al *dominium*, verosimilmente per attrazione intorno al centro unitario di riferimento, il gregge.

«consti di una persona sola»; la nozione di fungibilità; il paragone del fiume che scorre in luogo di quello del corpo umano. Intorno a tali elementi differenziali tenterò di articolare il discorso che segue, per provare a fare luce – ove possibile – sulle ragioni sottese ai disallineamenti tra l'esempio moderno e quello antico.

3. – Prendiamo le mosse dalla categoria dell'*universitas*. Cernelutti si trova, cronologicamente, nella fase terminale di un percorso culturale i cui inizi risalgono proprio all'epoca di Alfeno, nella quale, tuttavia, la nozione di *universitas* – come schema giuridico assimilabile a quello che oggi conosciamo – non era presente.

La categoria dell'*universitas* emerse a Roma tra I e II secolo d.C. e solo in un secondo tempo prese forma il procedimento astrattivo che condusse alla scissione concettuale tra universalità e componenti di essa<sup>(15)</sup>. All'epoca di Alfeno (I secolo a.C.), il parametro di qualificazione adottato era quello della cosiddetta teoria dei *corpora*, la cui teorizzazione più nitida si ha probabilmente in un celebre, e posteriore, passo del giurista Pomponio (II secolo d.C.):

«Tre sono i generi delle cose corporali: uno consistente di un elemento unitario, che i greci chiamano 'unito', come l'uomo, la trave, la pietra; il secondo, [consistente] di elementi in contatto, cioè risultante da più elementi connessi tra loro, che è detto [in greco] 'congiunto', come l'edificio, la nave, l'armadio; il terzo, che risulta da elementi separati, come più corpi indipendenti, ma raccolti sotto un unico nome, come il popolo, la legione, il gregge»<sup>(16)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Un percorso lungo il quale non può tralasciarsi il richiamo alla nozione di *hereditas*, il cui contributo per la formazione del moderno concetto di persona giuridica è ben evidenziato da R. Orestano, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959, ora in *RDR* 2008, da cui si cita, 74 ss.; per una puntuale ricostruzione storica dell'*hereditas*, anche nei rapporti con le categorie di *res corporales/incorporales* e di *universitas*, cfr. G. Franciosi, *Usucapio pro herede: contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli 1965, spec. 31 ss., 43 ss., 184 ss.

<sup>(16)</sup> Pomponio, *30 ad Sabinum*, D.41.3.30 pr.: (...) *Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et graece enoménon vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod synemnénon vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura [non] soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex*. Ho condotto la traduzione (che recepisce la consueta espunzione del *non* davanti a *soluta*) alla luce delle riflessioni di R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino 1968, 131 ss., spec. nt. 48 per la scelta traslativa dei termini greci. Per la bibliografia principale sul frammento, notissimo, cfr. G. Turelli, *La nozione*, cit., 232 nt. 96, cui *adde*

Alfeno non avrebbe potuto, pertanto, discorrere di *universitas* per designare universalità di cose o persone. Si tratta però di forme del pensiero correlate, che condividono il medesimo percorso lungo la linea della storia e che, dunque, sono collegate diacronicamente. La funzione unificante che Alfeno assegna al termine *res*, nel testo di Pomponio è svolta da *nomen*<sup>(17)</sup>, come in seguito lo sarà da *corpus* e infine da *universitas*. Come dimostrato puntualmente da Riccardo Orestano<sup>(18)</sup>, infatti, la categoria dogmatica dell'*universitas* «implicante la separazione fra la situazione unificata e gli elementi che la compongono» non nacque improvvisamente in età postclassico-giustiniana, ma fu frutto di elaborazione plurisecolare, a partire dall'aggettivo *universus* «attestato per la prima volta in Cicerone»<sup>(19)</sup>. Non sarebbe pertanto possibile affermare che la giurisprudenza del principato o, prima ancora, tardorepubblicana (quella cui Alfeno appartiene, per intenderci) avesse già compiutamente elaborato la categoria. Sempre Orestano ha dimostrato in maniera convincente che il giurista augusteo era ancora lontano dall'utilizzare «sul piano 'corporativo' il principio della identità nel mutare degli elementi»<sup>(20)</sup>. Alfeno si colloca ancora tutto dentro il punto di vista «materiale» – come si desume altresì dall'impiego del termine *res* per indicare l'entità unitariamente intesa: egli concepisce il *populus* e la *legio* come ente unitario, ma sul piano materiale, senza ipotizzare alcuna scissione concettuale tra il complesso e le sue parti<sup>(21)</sup>.

---

l'ampia discussione di R. Siracusa, *La nozione di «universitas» in diritto romano*, Milano 2016, 115 ss.

<sup>(17)</sup> Su *nomen* si leggano le pagine illuminanti di R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., 114 ss., dove si spiegano altresì (115 nt. 30) le ragioni per le quali non si possa impiegare oggi il medesimo termine, di cui è persa la connotazione propria dell'esperienza romana antica.

<sup>(18)</sup> R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., 165.

<sup>(19)</sup> R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., 163. Secondo E. Albertario, *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, in *Studi di diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, Milano 1933, 99 ss., spec. 110 s., la concezione sarebbe da attribuire ai compilatori giustiniane, che avrebbero conseguentemente interpolato i testi dei giuristi precedenti per adeguarli alla nuova concezione.

<sup>(20)</sup> R. Orestano, *Il problema delle fondazioni*, cit., 49.

<sup>(21)</sup> Riprendo la classificazione relativa alle «situazioni unificate» da R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., 178 ss., il quale distingue quattro concezioni: materiale, totalistica, corporalistica, astratta, ove l'ultima qualifica la visione dell'insieme unificato come «un *quid* nuovo e 'aggiunto'; cioè s'introduce una scissione concettuale fra quest'entità, intesa in senso astratto, e gli elementi costitutivi, cui essa appare sovraordinata, sino al punto che l'insieme può ora venire concepito come indipendente da essi ed anzi ad essi contrapposto e contrapponibile» (181).

Non può negarsi, tuttavia, che la fucina della categoria dell'*universitas* fu l'età medievale, a partire dai glossatori<sup>(22)</sup>, col proliferare di sottocategorie tra le quali quelle dell'*universitas personarum* e *rerum*<sup>(23)</sup>. Lo stesso può dirsi per la più esplicita formulazione della nozione di surrogazione: implicita nell'immagine del fiume (così come in quella alfeniana delle cellule corporali), evoca il già ricordato «argomento della crescita» e asurge a principio cardine, sia in alcuni passi della Glossa, sia nei commentatori<sup>(24)</sup>. Definisce, in altre parole, la meccanica che regola l'equilibrio tra permanenza e modificazione.

La tendenza alla crescente astrazione renderà poi più facile separare il tutto unitario dalla molteplicità che ne costituisce il sostrato, fino al punto di sostenere, come fa appunto Carnelutti, che l'ufficio ha natura di *universitas* «quando pure, in un certo momento, consti di una persona sola». Una tesi di lungo corso, che trova i punti di riferimento più risalenti in due frammenti di Pomponio e Ulpiano<sup>(25)</sup>, mentre quello forse più esplicito in un passo delle *Istituzioni* giustiniane<sup>(26)</sup>.

(22) Così A. Lucci, *La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale*, in *Arch. Giur.* 1904, 306. Cfr. altresì S. Pugliatti, *Riflessioni in tema di «universitas»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1955, 955 ss.

(23) Vi accenna, con adeguato ragguaglio bibliografico, R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., 177 e nt. 144. Si veda anche S. Pugliatti, *Riflessioni*, cit., 955 ss.

(24) Mi limito a due esempi in cui esplicitamente si parla di *subrogatio*: Viviani, *casus* ad D.5.1.76; Iasonis Mayni, *In secundam Infortiati partem*, ad D.30.22, ed. Aug. Taurinorum 1573, 44r (cfr. 44v n. 7 per l'impiego della categoria dell'*universitas personarum*). Altri cenni alla dinamica della fungibilità e alla scissione concettuale tra *nomen universitatis* e componenti di essa in Bartoli e Saxoferrato, *In prima Digesti Veteris partem*, ad D.3.4.7.2, ed. Venetiis 1603, 113r.; *In secundam Digesti Veteris partem*, ad D.20.1.34, ed. Venetiis 1602, 133r.; *In secundam Infortiati partem*, ad D.30.22, ed. Lugduni 1547, 9v.

(25) Pomponio, 5 *ad Sabinum*, D.30.1.22: *Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri: et si deminutum ex eo grege pecus esset et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desisset esse: quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari*. Ulpiano, *libro decimo ad edictum*, D.3.4.7.2: *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneant vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis*. Il secondo testo è esplicitamente discusso, insieme a quello giustiniano (nt. seg.) in C. Fadda, P.E. Bensa, *Note*, cit., 456 (ma v. anche 438). I testi dei due giuristi romani, peraltro, venivano altresì evocati nelle riflessioni della giurisprudenza, come nel caso della sentenza Cass. Roma, 24 novembre 1882, in *Foro it.* 1882, I, 1099, sulla quale tornerò *infra*. Sull'impiego del diritto romano nella giurisprudenza della Cassazione dell'epoca, cfr. C. Messina, *Tradizione romanistica e principi generali del diritto*. Vittorio Scialoja e un piccolo 'bluff' di Fadda e Bensa, in *TSDP* 2018, 1 ss. (online).

(26) I.2.20.18: *Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves quae post testamentum factum gregi adiciuntur legato cedere, Iulianus ait: esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus,*

È percorrendo quest'itinerario che Warnkönig approderà a una concettualizzazione ulteriore: gli insiemi di persone, diritti e cose devono essere visti non più come individualità autonome, bensì come totalità dotata di propria identità non interessata dai cambiamenti che toccano i singoli elementi del *corpus* o dell'*universitas* (27). Spingendosi al punto di dire che solo allorquando le componenti siano fungibili («vertretbar») un'*universitas* possa considerarsi tale (28). Una tesi che egli ritiene tanto più valida per l'*universitas personarum*, in particolare la corporazione (29). Ritengo non vi sia punto più alto nel processo di astrazione della nozione di universalità, benché esso non sia stato recepito pedissequamente. L'effettiva validità del principio – e il significato stesso da attribuire alla nozione – di fungibilità furono oggetto di discussione approfondita, della quale sempre la nota di Fadda e Bensa offre un più che ampio ragguaglio (30).

L'analisi condotta sin qui consente di fissare un primo risultato rispetto al quesito posto al termine del paragrafo precedente. L'intento di Carnelutti è senz'altro retorico. Tuttavia, non si tratta di una citazione esornativa: il «modello alfeniano», se possiamo chiamarlo così, viene filtrato – e dunque parzialmente deformato – attraverso la prospettiva della scienza giuridica a lui coeva; quindi aggiornato alla luce della categoria – ormai di lunghissima tradizione e ancora attuale – dell'*universitas*, verosimilmente per corroborare la spiegazione teorica del principio di fungibilità con un *exemplum* adeguato al lessico e alle forme di pensiero del suo tempo. Una scelta forse non filologicamente corretta, ma certo funzionale alla chiarezza e di notevole efficacia didattica: finalità non secondarie quando si consideri la natura dell'opera in cui il paragone è collocato (31).

---

*sicuti aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus: aedibus denique legatis, columnas et marmora quae post testamentum factum adiecta sunt legato cedere.*

(27) L.A. Warnkönig, *Über den Begriff und die juristische Wichtigkeit der sogenannten Universitas rerum*, in *Arch. civ. Praxis* 1828, 180.

(28) L.A. Warnkönig, *Über den Begriff*, cit., 180: «Die das corpus bildenden Personen und Sachen sind also vertretbar, und nur dann, wenn in einer Gesamtheit die einzelnen Gegenstände vertretbar sind, ist eine universitas anzunehmen». Una serrata analisi della tesi di Warnkönig è condotta da D. Barbero, *Le universalità patrimoniali. Universalità di fatto e di diritto*, Milano 1936, rist. Napoli 1980, 165 ss., muovendo da quella, altrettanto critica, della nozione di indipendenza del tutto dalle parti (160 ss.).

(29) L.A. Warnkönig, *Über den Begriff*, cit., 180, che introduce una distinzione rispetto alla società: «Bei der universitas personarum ist dies ausser allem Zweifel, die einzelnen Mitglieder der Corporation wechseln, und diese bleibt, während eben dieser Wechsel die Societät vernichtets».

(30) C. Fadda, P.E. Bensa, *Note*, cit., 443 ss.

(31) È quasi superfluo ricordare che il *Sistema* si colloca in diretta continuità con le

4. – Vale forse la pena, a questo punto, concentrare un poco l'attenzione sulla produzione scientifica di Carnelutti, per comprendere meglio quale interesse e dimestichezza egli ebbe con la nozione di *universitas*.

La riflessione forse più articolata e feconda si trova in un breve contributo del 1924, *Valore giuridico della nozione della azienda commerciale* <sup>(32)</sup>, dedicata alla definizione del concetto di azienda, col fine di vagliare l'esistenza di una nozione 'giuridica' del concetto, del quale si conoscono un significato «comune» e uno «contabile». Carnelutti isola due modi di intenderla: azienda «per significare *il complesso delle cose (strumenti e merci), che servono al commerciante per fare il suo commercio*» <sup>(33)</sup> e azienda nel senso di «aggregazione non di ciò che *serve all'industria o al commercio*, ma di ciò che *a questo si riferisce* anche per un rapporto *diverso dal rapporto strumentale*», ovvero «*il patrimonio industriale o commerciale*» <sup>(34)</sup>.

Con riferimento alla prima delle due definizioni, lo studioso osserva che nulla osta a che tale accezione abbia altresì rilevanza giuridica. A questo punto il discorso assume un tono teoretico e sistematico:

«Non costituisce un ostacolo la separazione fisica dei suoi elementi. La obiezione che in natura esistono soltanto questi elementi come tali e perciò questi soltanto, nella loro singolarità, possono essere presi in considerazione dal diritto, è senza alcun valore. Il diritto regola la situazione degli uomini rispetto ai beni; per esso i beni sono individuati dalla unità del risultato economico, che possono fornire, non dalla loro unità fisica. Questa non è né condizione necessaria, né condizione sufficiente affinché una porzione del mondo esteriore venga considerata come oggetto di un rapporto giuridico. Sono beni individui un campo di terra, un piano di un edificio, l'acqua che scorre in un tratto di fiume, sebbene non siano fisicamente isolati né isolabili dal resto della superficie terrestre, dell'edificio, del volume d'acqua che costituisce tutto il corso del fiume. Per converso possono non essere tali le perle di una collana, i piatti di un servizio da tavola, le pecore di un gregge» <sup>(35)</sup>.

---

*Lezioni di diritto processuale civile* e persegue prioritariamente una finalità didattica e formativa, come chiarisce nella *Prefazione* lo stesso F. Carnelutti, *Sistema*, cit., III.

<sup>(32)</sup> F. Carnelutti, *Valore giuridico della nozione della azienda commerciale*, in *Riv. it. dir. comm.* 1924, 156 ss. L'interesse della dottrina commercialistica per il tema è ricordato peraltro da C. Fadda, P.E. Bensa, *Note*, cit., 491 ss.

<sup>(33)</sup> F. Carnelutti, *Valore*, cit., 156 (corsivo dell'a.).

<sup>(34)</sup> F. Carnelutti, *Valore*, cit., 159 (corsivo dell'a.).

<sup>(35)</sup> F. Carnelutti, *Valore*, cit., 161.

Non mi interessa tanto il riferimento al fiume, che evidentemente viene evocato come entità unificante, ma che qui ha soprattutto risalto come tutto da cui si enuclea una parte («l'acqua che scorre in un tratto di fiume»), salvo registrarne comunque la presenza nell'arsenale argomentativo dell'autore. È invece interessante il passaggio nel suo complesso perché eleva il discorso a un livello generale, ma soprattutto per quanto segue:

«Conviene considerare con pazienza questo ordine di fenomeni, specialmente in tema di cose mobili. Vi sono in natura delle porzioni isolate del mondo esteriore, le quali servono per certi bisogni dell'uomo: per esempio un cavallo, un frutto, una gemma. I giureconsulti romani le chiamavano *res unitae*, spiegando, secondo la filosofia stoica, che queste cose *uno spiritu continentur*. Ma è assai frequente il caso che per soddisfare ai bisogni dell'uomo occorra comporre insieme due o più *res unitae*. Per ripararlo dalle intemperie occorre la combinazione dei varî materiali, che formano la casa. Per ottenere la riproduzione e il maggior sfruttamento degli animali occorre comporli in un gregge. Anche il risultato di questa combinazione i romani hanno chiamato schiettamente *res*, oggetto di diritto, o anche *corpus*, distinguendola dalla *res unita*, a seconda che la combinazione avvenisse o non mediante la coerenza fisica degli elementi, come *res ex cohaerentibus* e *res ex distantibus*. La elaborazione post-romana ha introdotto il nome di *universitas*, che possiamo continuare a usare utilmente, perché mette bene in chiaro come si tratti di diverse porzioni isolate dal mondo esteriore, che un determinato fattore *in unum vertit*»<sup>(36)</sup>.

Siamo all'origine della dottrina dell'*universitas*. Carnelutti – segnalandone la matrice stoica – ne coglie il germe nel celebre frammento di Pomponio citato poc'anzi, la cui eco, in queste righe, è nitidissima<sup>(37)</sup>. Le locuzioni *uno spiritu continentur*, *res ex cohaerentibus* e *res ex distantibus* riprendono alla lettera il frammento pomponiano, e sono le 'etichette' con le quali i romani designavano le odierne categorie delle cose singole, composte e collettive. Al contempo, il cenno alla «elaborazione post-romana» ne lumeggia la successiva fortuna e i futuri sviluppi.

Il punto qui non è però rilevare l'attenzione di Carnelutti al diritto romano (tratto nemmeno troppo insolito nella scienza giuridica dell'epoca), quanto sottolinearne la capacità di rivitalizzare e reimpiegare schemi

---

<sup>(36)</sup> F. Carnelutti, *Valore*, cit., 162.

<sup>(37)</sup> Cfr. *supra*. Pur evocandone nettamente il testo, solo in chiusura del contributo ne nomina l'autore: «... la bontà essenziale della nozione disegnata da Pomponio» (F. Carnelutti, *Valore*, cit., 173).

del passato entro percorsi non sterilmente eruditi o ispirati da finalità attualizzanti, ma proficui per lo sviluppo del pensiero giuridico del proprio tempo. Egli utilizza la nozione di *universitas* per risolvere il concreto quesito di partenza, inserire la nozione commerciale di azienda nella trama del diritto<sup>(38)</sup> e costruire la nozione «giuridicamente rilevante» di azienda, in quanto lo strumento concettuale dell'*universitas* consente di considerare unitariamente tutti gli elementi – personali, materiali, immateriali – che, pur pertinenti, non sono allo stesso modo contemplati nella parallela nozione «contabile» di azienda, né adeguatamente tutelati dalle norme sulla proprietà che pure sarebbero applicabili alle singole componenti materiali della medesima. Il valore dell'operazione è sintetizzato nella conclusione:

«Così, come sempre avviene, lo studio dell'istituto giuridico speciale si fa coi principi della teoria generale del diritto, e la teoria generale del diritto riceve nuovo alimento dalla osservazione dei fenomeni, che il particolare istituto disciplina. La nozione giuridica della *universitas* orienta il giurista per la definizione dei diritti riconosciuti all'autore contro i concorrenti e la considerazione dell'obbietto di questi diritti rinsangua nel diritto moderno la infiacchita figura della *universitas*»<sup>(39)</sup>.

Se quanto detto sin qui mostra conoscenza e padronanza della sottocategoria dell'*universitas rerum*, nondimeno Carnelutti non trascurò nemmeno l'*universitas personarum*. Aveva ben chiaro che non si trattasse altro che di figure sussumibili nella superiore categoria dell'*universitas*. D'altro canto, l'analogia tra le due specie – come spiega Salvatore Pugliatti – era piuttosto comune nella scienza giuridica di inizio secolo e, peraltro, corrispondeva a un'impostazione consolidata<sup>(40)</sup>. L'intento era apertamente sistematizzante e Carnelutti non si scostò dall'impostazione prevalente, come attesta proprio il passo da cui siamo partiti: il collegio giudicante è ricondotto all'universalità di persone e questa alla superiore categoria dell'*universitas*.

<sup>(38)</sup> Altro tema affrontato, nel medesimo lavoro, da C. Fadda, P.E. Bensa, *Note*, cit., 508 ss. Si vedano anche, per rimanere alla dottrina dell'epoca, F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, I.1, Roma 1921, rist. Napoli 1985, 812 ss.; D. Barbero, *Le universalità*, cit., 356 ss.

<sup>(39)</sup> F. Carnelutti, *Valore*, cit., 172 s.

<sup>(40)</sup> S. Pugliatti, *Riflessioni*, cit., 965 s. nt. 29. Lo sforzo per una costruzione categoriale unitaria è proprio della dottrina ottocentesca, entro la quale può segnalarsi il tentativo di L.A. Warnkönig, *Über den Begriff*, cit., 175 ss., di individuare «*etwas Gemeinsames*» (177) tra tipologie eterogenee di *universitates*. Contesta la correttezza dell'accostamento delle due categorie D. Barbero, *Le universalità*, cit., 164 s.

*L'universitas personarum* è presente nella sua riflessione fin dalle *Lezioni di diritto processuale civile*, pubblicate a partire dal primo dopoguerra:

«Avviene così la sostituzione alla persona singola, come soggetto del giudizio, di un gruppo o collegio, concepito non come una semplice somma o collettività di persone, ma come una vera *universitas personarum*»<sup>(41)</sup>.

È il primo abbozzo di quello che diverrà il testo del *Sistema di diritto processuale civile*<sup>(42)</sup>. Lo studioso non accenna ancora al paragone fluviale, benché, ragionando sui vantaggi connessi alla «pratica del giudizio collegiale»<sup>(43)</sup>, evidenzia la possibilità di «allargare, per dir così, il campo visivo del giudice e di evitare la unilateralità del giudizio»: qui, a margine di una riflessione di portata generale sull'importanza sia di moltiplicare i punti di vista, sia di tornare a più riprese sul medesimo tema, perché se ne ricava sempre un arricchimento o comunque «qualche cosa di nuovo», Carnelutti chiosa in una parentetica: «(...) se noi riprendiamo un tema già trattato dopo molto tempo (quando, dunque, siamo almeno un poco mutati, perché vivere è un costante divenire)»<sup>(44)</sup>.

L'annotazione non si riferisce, beninteso, al collegio giudicante come entità, ma la contestualità mi pare suggerisca che l'idea della permanenza e del mutamento si presentavano alla mente dello studioso in correlazione a queste tematiche già in quelle prime trattazioni. Non parla ancora esplicitamente di fungibilità, benché la presupponga, ad esempio, quando, trattando del «mutamento del giudice», spiega – in linea, del resto, con la normativa processuale – che entro l'ufficio un giudice può sostituirsi a un altro<sup>(45)</sup>.

<sup>(41)</sup> F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, III, *La funzione del processo di cognizione. Parte seconda*, 1922-1923, Padova 1923, 40, pubblicate per i tipi de La Litotipo (inalterato nella ristampa presso CEDAM nel 1931). Peraltro, l'attenzione agli schemi del diritto romano non si limita a categorie che hanno assunto carattere atemporale e dogmatico, ma è anche più specifica, come quando, nel paragrafo sul «Concorso di organi giudiziari a funzioni distinte» (37 ss.), Carnelutti muove da un parallelo con l'*ordo iudiciorum privatorum* romano, a proposito della distinzione tra fasi *in iure* e *apud iudicem* e tra pretore e giudice.

<sup>(42)</sup> Sul rapporto tra le *Lezioni* e il *Sistema* cfr. E. Allorio, *Il «Sistema» del Carnelutti*, in *Riv. dir. comm.* 1/1937, 57 ss.; E. Fazzalari, *L'opera scientifica di Francesco Carnelutti*, in questa *Rivista* 1967, 203 ss.

<sup>(43)</sup> F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, III, cit., 41.

<sup>(44)</sup> F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, III, cit., 46.

<sup>(45)</sup> F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, *La funzione del processo di cognizione. Parte terza*, 1923-24, Padova 1925, 127.

Lo schema dell'*universitas* era peraltro apprezzato da Carnelutti, quale strumento speculativo, anche al di fuori del perimetro dello studio degli organi giudiziari<sup>(46)</sup>. Nel volume I delle *Lezioni*, a proposito degli «interessi collettivi mediati e immediati» precisa che interesse e godimento collettivo «si corrispondono: (in tanto vi è interesse collettivo) in quanto il godimento avviene bensì da parte degli uomini, ma considerati *uti universi*, non *uti singuli*»<sup>(47)</sup>. Quindi, introduce la distinzione tra interessi immediati e mediati, per dire che, in alcuni casi, si attribuisce ad alcuni il diritto di godere di cose o energie umane nell'espletamento di funzioni che vanno a vantaggio (mediato) dell'interesse di tutti: costoro, dunque, «fungono come organi del gruppo». Il passo successivo è quello che identifica il «godimento dei singoli come organi» col «godimento della *universitas* o della *civitas*, in contrapposto al godimento *uti universi* o *uti cives*»<sup>(48)</sup>.

La medesima nozione verrà ancora impiegata, nel *Sistema del diritto processuale civile* da cui abbiamo preso le mosse, in tema di soggetto di diritto, a proposito della possibile divergenza fra titolare dell'interesse e titolare della volontà, che si può realizzare nel caso degli interessi collettivi: nel caso del comune, ove la volontà del sindaco è funzionale alla tutela degli interessi della collettività; così come nel caso della società, in cui la volontà degli amministratori persegue gli interessi dei soci<sup>(49)</sup>. Nella visione di Carnelutti gli amministratori non sono rappresentanti, ma un tutt'uno con i soci all'interno della persona giuridica della società:

«la persona giuridica è pertanto la organizzazione, creata dal diritto, dell'amministratore o del gruppo di amministratori con l'amministrato o

<sup>(46)</sup> E forse persino al livello più ampio di categoria gnoseologica, quando si leggano le seguenti righe dell'autobiografia: «Se nel cielo non vi fosse che una stella, potrebbe impazzire; ma è, dice X tra di sé con il suo linguaggio da giurista, l'*universitas* delle stelle che segna l'orbita di ciascuna» (F. Carnelutti, *Mio fratello*, cit., 154). Coglie qualcosa di simile, mi sembra, G. Capograssi, *Leggendo la "metodologia" di Carnelutti*, in *RIFD* 1940, 25, laddove spiega come, nella visione di Carnelutti, il diritto fosse concepito come esperienza coincidente con la vita: «Una esperienza cioè degna di questo nome, la quale sta nel fuoco del concreto e forma parte integrante del concreto, e perciò è collegata con tutto l'universo, con tutte le "leggi", come l'autore dice, dell'universo fisico e morale, soprattutto del morale, soprattutto delle supreme certezze dell'universo morale. E per conoscere la quale, occorre rendersi conto di tutti i nessi che ha nel concreto con la universale vita del concreto». Un aspetto evidenziato altresì da P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, 124 ss., il quale segnala in particolare, quale segno della «consapevolezza della storicità» (126); F. Carnelutti, *Introduzione*, in *Infortuni sul lavoro (studi)*, I, Roma 1913, VII ss.

<sup>(47)</sup> F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, *Introduzione*, Padova 1920, 18.

<sup>(48)</sup> F. Carnelutti, *Lezioni*, I, cit., 18.

<sup>(49)</sup> F. Carnelutti, *Sistema*, cit., 31.

con il gruppo degli amministrati; e, del pari, il soggetto dei rapporti relativi agli incapaci è la organizzazione, creata dal diritto, tra l'incapace e l'amministratore. Tale organizzazione non ha nulla di fittizio; non bisogna confondere la realtà con la semplicità; anche le cose composte sono reali come le cose semplici nel senso che è reale non solo ciascuna parte ma anche la combinazione di ciascuna parte nel tutto; ciò che si chiama la *universitas (corpus universum)* è appunto il risultato della combinazione dei *singula corpora* e la scienza del diritto si è valsa da secoli di questo concetto per significare la esistenza, accanto agli uomini e alle cose singole, dei complessi di uomini o di cose (*universitates personarum vel rerum*) unificati dallo scopo; appunto la organizzazione degli amministratori e degli amministrati è una vera *universitas personarum*»<sup>(50)</sup>.

Infine, la ritroviamo, ulteriormente sistematizzata ed elevata al rango di categoria generale ordinante, nella *Teoria generale del diritto*, pubblicata nel 1940, alcuni anni dopo il nostro testo di partenza. Qui, mentre ragiona della distinzione tra «persona composta» e «persona collettiva», quali specie del genere «persona complessa» (che Carnelutti propone come parafrasi di «persona giuridica» per ragioni essenzialmente sistematiche, sulle quali non serve soffermarsi in questa sede)<sup>(51)</sup>, ritorna la figura della società, ma solo come esempio per illustrare la categoria della «persona collettiva», da intendere come:

«combinazione di più persone singole in un solo soggetto del rapporto concernente interessi comuni fra tutte e fra alcune delle persone medesime. Qui il linguaggio romano, a questo riguardo senza confronto più felice del linguaggio moderno, parlava d'*universitas personarum*, dove la parola mette bene in luce il processo d'unificazione, in cui la combinazione consiste; e basta usare questa eccellente formula antica affinché il lettore afferri l'analogia, anche da questo lato, tra le persone e le cose, pensando al tema dell'*universitas rerum*»<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> F. Carnelutti, *Sistema*, cit., 32.

<sup>(51)</sup> Il ragionamento di Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1940, 181 ss. punta a risolvere nella «fisicità» anche le persone giuridiche, giacché «non essendo (...) d'altro composte che di uomini, anch'esse sono persone fisiche». In anni non lontani H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Torino 1966, rist. 2021, da cui si cita, 232 ss., seguirà un procedimento logico analogo, ma, se non mi inganno, di segno opposto, risolvendo nella 'giuridicità' anche la persona fisica.

<sup>(52)</sup> F. Carnelutti, *Teoria*, cit., 185 (spaziatura dell'a.). La categoria torna nel paragrafo sulle «Cose semplici e complesse», a proposito dell'oggetto giuridico, opportunamente declinata e integrata col riferimento alla categoria delle *res ex distantibus* (191 ss.). Va verosimilmente intesa in senso ampio e non precisamente connotata quale riferimento storico l'espressione «linguaggio romano»: egli aveva ben chiaro – come si evince da Car-

Quindi, nella visione di Carnelutti, l'*universitas* (o, se si preferisce, la persona giuridica) aveva piena autonomia, si astraeva dalla sua «sostanza» e rappresentava qualcosa d'altro rispetto alle componenti. Aveva, in altre parole, una propria esistenza, come egli stesso ricorda, con sfumature romantiche, nell'autobiografia:

«Quando la dimostrazione della realtà dell'*universitas rerum*, che non è poi se non la cosa complessa, lo impegnò in quel problema, ch'egli non ha risolto se non decine d'anni dopo con l'affermazione della realtà dei rapporti; quando, insomma, egli capiva e voleva far capire che non solo i singoli capi, ma anche il gregge oltre di quelli esiste (e fra i negatori c'era nientemeno che Vittorio Scialoja), avendo sul tavolo un ramoscello d'*olea fragrans* (...) quest'era il punto fisso dell'osservazione; e guardandolo si persuadeva ch'esso non era soltanto ciascun minuscolo petalo odoroso, ma il risultato della loro combinazione»<sup>(53)</sup>.

Egli era, in questo, allineato alla prospettiva accolta da Fadda e Bensa e che, ancora alla fine dell'Ottocento, non era del tutto pacifica. Sono proprio i due annotatori di Windscheid a ricordare una sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione di Roma nel 1882, come portatrice di un concetto «prevalentemente opposto» a quello delle decisioni precedenti: ivi si statuiva che:

«Il trovarsi siffatte cose, tuttoché multiple, contrassegnate con un nome solo, e, quel che è più, il non aversi riguardo (mercè la surrogazione, di cui son capaci, sia per natura, sia per destinazione, delle specie nuove alle specie mancanti) il non aversi riguardo, diciamo, alle singole parti, ma solo all'intero, creano, rispetto ad esse, il concetto della *universitas*. Quale fa sì che le medesime, come il fondaco, il gregge, si considerino giuridicamente quali singoli corpi, che, malgrado le mutazioni, rimangono sempre gli stessi, *unum et idem* giusta le parole del testo nelle L. 22 *de legat.* 1 e nelle Istit. §18 *de legat.*»<sup>(54)</sup>.

La decisione era certamente di primaria importanza, quando si consideri che fu oggetto di una nota a sentenza critica di Vittorio Scialoja (cui verosimilmente si riferisce Carnelutti nelle righe sopra riportate): un commento articolato, tutto condotto entro il perimetro dell'esegesi delle fonti

nelutti, *Valore*, cit., 162 riportato *supra* – che la nozione di *universitas* era di «elaborazione post-romana».

<sup>(53)</sup> F. Carnelutti, *Mio fratello*, cit., 92 s. La nozione di «esistenza» era già evocata anche in Id., *Sistema*, cit., 32, citato poc'anzi.

<sup>(54)</sup> Sentenza Cass. Roma, 24 novembre 1882, in *Foro italiano* 1882, parte I, col. 1099 (le fonti richiamate sono quelli riportati *supra*, nt. 25), ripresa in C. Fadda, P.E. Bensa, *Note*, cit., 438.

romane, nel quale il grande giurista riconduce la discussione sul piano pratico e pragmatico, escludendo rilevanza a «filosofiche fantasmagorie»<sup>(55)</sup>. Ad esso, in effetti, si riportano più volte Fadda e Bensa come a uno dei punti di riferimento di una posizione dottrinarina che, pure, essi non condividevano.

Carnelutti, in buona sostanza, si muove con sicurezza nella tematica dell'*universitas* e il riferimento ad essa in un esempio elaborato a partire dal «modello alfeniano» (che invece non la contemplava) non può pertanto leggersi come imprecisa conoscenza della fonte, quanto come segno di autonomo ammodernamento – nel lessico teatrale, e non solo, si direbbe: reinterpretazione –, per allineare l'immagine all'impostazione culturale del suo tempo. Quando scrive: «(...) sotto questo profilo si intende come possa aver natura di *universitas* l'ufficio quando pure, in un certo momento, consti di una persona sola», Carnelutti inserisce nel «modello alfeniano» – che abbiamo definito «materiale» – un chiaro riferimento alla concezione «astratta»<sup>(56)</sup>, che il giurista romano non aveva, ma che invece corrispondeva alla propria impostazione. Entro tale reinterpretazione, egli teneva presente l'intero percorso storico dell'idea e insieme il dibattito dottrinario a lui coevo, collocando la sua opinione nel flusso della tradizione di pensiero.

5. – Delle due componenti dell'esempio scelto da Carnelutti per illustrare il principio di fungibilità del collegio giudicante, quella certo più singolare è l'immagine del fiume che scorre, il secondo profilo sul quale dobbiamo soffermarci. Il tema dell'eterno fluire riporta ovviamente a Eraclito (VI-V secolo a.C.), del quale Diogene Laerzio ricorda, tra le altre, la dottrina secondo cui «tutte le realtà, inoltre, si generano mediante gli opposti e la totalità delle cose fluisce a guisa di un fiume»<sup>(57)</sup>. Una nozione destinata a grande fortuna e che, nella declinazione, forse più nota, «non si può discendere due volte nel medesimo fiume»<sup>(58)</sup> venne ripresa da Platone nel *Cratilo* e da Aristotele nella *Metafisica*<sup>(59)</sup>.

<sup>(55)</sup> V. Scialoja, *Nota a Cass. Roma, 24 novembre 1882*, in *Foro italiano* 1883, parte I, 711.

<sup>(56)</sup> Cfr. *supra* nt. 21.

<sup>(57)</sup> Eraclito, D.-K. 22 A 1.8 [=Diog. 9.8]. Ho adottato la traduzione di G. Reale, *I Presocratici*, Milano-Firenze 2017, rist. 2018, 319 s.

<sup>(58)</sup> Eraclito, D.-K. 22 B 91 [=Plut. *de E* 18, 392b]; trad. it. G. Reale, *I Presocratici*, cit., 363.

<sup>(59)</sup> Platone, *Cratyl.* 402 A; Aristotele, *Metaph.* IV.5, 1010 a [entrambe in D.-K. 22 B 91].

L'eco più interessante, per noi, si ha però nella *Politica* di Aristotele, dove, ragionando sul popolo come pluralità in movimento e mutevole nel tempo, in conseguenza del susseguirsi di nascite e decessi, il filosofo si chiede:

«Ma quando la stessa popolazione abita lo stesso luogo, bisogna ammettere che, fino a quando resta identica la stirpe degli abitanti, la città rimane identica a se stessa, anche se alcuni muoiono e altri nascono, così come siamo soliti dire che i fiumi e le fonti restano gli stessi anche se onda succede a onda, oppure bisogna dire che, proprio per una ragione del genere, gli uomini restano gli stessi, ma la città muta?»<sup>(60)</sup>.

L'interesse di questa applicazione del principio eracliteo risiede nel riferimento a una collettività di persone unitariamente concepita, il popolo, che fissa una prima correlazione tra la metafora del fiume e un esempio di quella che sarà la nozione di *universitas personarum*.

Quanto a Platone, la sua è poco più che una citazione, preziosa però soprattutto per avere fornito un argomento didattico a Seneca, per descrivere la classificazione delle cose che esistono e le nozioni di «modello» e «forma». Le cose che vediamo e tocchiamo non sono annoverate da Platone tra quelle aventi autonoma esistenza, perché, scrive Seneca:

«sono entità fluttuanti, diminuiscono e aumentano senza posa. Nessuno di noi è in vecchiaia quello stesso che era in gioventù; nessuno di noi è al mattino quello stesso che era il giorno prima. I nostri corpi sono trascinati da un movimento simile al corso dei fiumi. (...) Appunto questo vuol dire Eraclito: 'Nel medesimo fiume discendiamo e non discendiamo due volte'. Stabile, infatti, è il nome del fiume, l'acqua, invece, è passata»<sup>(61)</sup>.

Tutto scorre e la sola garanzia di permanenza è data dal «nome», che rimane stabile: nel filosofo del I secolo d.C. troviamo l'impiego con funzione unificante di *nomen* che – come abbiamo visto – sarà poi utilizzato anche dal giurista Pomponio. Nel testo senecano si fa poi più esplicita un'ambivalenza che era già, ma meno pronunciata, in Aristotele: quella tra fiume e corpo umano. Il principio eracliteo dell'impossibilità di immergersi due volte nello stesso fiume, infatti, opera sia sul versante del fiume (non ci si può immergere una seconda volta perché nel frattempo l'acqua, scorrendo, è mutata), sia su quello del corpo umano (il quale non si immerge una seconda volta, perché, nel frattempo, gli atomi corporei sono

<sup>(60)</sup> Aristotele, *Pol.* 3.3 (1276a 34-40).

<sup>(61)</sup> Sen. *epist.* 6.58.22-23; trad. it. F. Solinas, a cura di, *Seneca. Lettere morali a Lucilio*, Milano 2007, 293.

mutati). Tale ultimo concetto, peraltro, è simmetrico a quello aristotelico, del popolo che permane nonostante i decessi e le nascite. A cambiare è solo la scala di riferimento: qui l'insieme di esseri umani, là il singolo corpo umano, considerato come insieme di atomi. La sottesa dinamica della «fluttuazione», nel senso dell'incessante dispersione di componenti sostituite da altre (ora gli uomini nel popolo, ora gli atomi nel corpo, ora l'acqua nel fiume), rimanda – è appena il caso di ricordarlo – al summenzionato «argomento della crescita». Lo spettro concettuale è dunque quello nel quale si collocano tutte le riflessioni svolte sinora. Nella giurisprudenza romana, però, l'immagine non viene impiegata: Alfeno sceglie l'immagine degli atomi del corpo umano e anche nelle riflessioni medievali sulla *subrogatio* non figura. Quali ne fossero le ragioni, ad ogni buon conto, ai nostri fini ciò significa che anche in questo caso Carnelutti ha scelto un'immagine fuori dai punti di riferimento del modello di partenza. È pertanto necessario cercare in un'altra direzione.

Abbiamo messo in evidenza alcune possibili ascendenze culturali senz'altro presenti nell'ambiente intellettuale dell'epoca, ma anche in linea con alcuni specifici interessi di Carnelutti. Tuttavia, possibilità non equivale a probabilità, così che potrebbe semplicemente trattarsi di casualità: da un lato il gusto del grande avvocato e studioso per il paragone<sup>(62)</sup>; dall'altro tematiche talmente fondamentali e note che inevitabilmente appartengono all'arsenale speculativo di qualunque serio giurista. Tantopiù che la singolare scelta di accoppiare le immagini dell'*universitas*, del *populus* e del fiume ha l'apparenza di un *unicum*<sup>(63)</sup>. Servirebbe qualche dato in più per conferire valore significativo agli elementi portati all'attenzione finora. Qualcosa che consenta di elevare a grado di probabilità il tentativo di ricostruire l'*iter* concettuale – un singolo e concreto *iter* concettuale, in realtà – seguito da Carnelutti nel momento in cui ha scelto di chiudere la riflessione sul principio di fungibilità del collegio giudicante con quel

---

<sup>(62)</sup> Esemplare la breve riflessione in F. Carnelutti, *Arte del diritto*, Padova 1949, rist. Torino 2017, 11.

<sup>(63)</sup> A onore del vero, va detto che tutte le fonti appena menzionate, e insieme quella di Alfeno, sono evocate da H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, Paris 1625, 2.9.3, per definire il popolo. Ma, pur tenendo conto del fatto che Carnelutti pubblicò nel 1945 un saggio intitolato *La guerre et la paix* (trad. it. F. Carnelutti, *La guerra e la pace*, a cura di G. Tracuzzi, Torino, 2014), non sembrano esservi elementi per suggerire che, almeno dieci anni prima (il *Sistema* è del 1936), egli avesse letto questo passo di Grozio e ne abbia tratto ispirazione. D'altro canto, il *pamphlet* ora menzionato non presuppone necessariamente la lettura di Grozio, né affronta il tema della definizione del popolo, avendo un taglio eminentemente discorsivo e divulgativo.

particolare paragone dal sapore didattico. Forse il tassello che manca può essere trovato.

Nel novembre 1882 Gustav Rümelin tenne un discorso intorno alla natura del concetto di popolo. Laureato in teologia, Rümelin si occupò di sociologia, statistica e filosofia, ma anche di politica: uomo di peso, valido appoggio per Bismarck, ebbe anche incarichi ministeriali<sup>(64)</sup>. Famoso e apprezzato per gli scritti che spaziavano dalla filosofia alla politica, passando per la sociologia, nel discorso *Über den Begriff des Volkes*<sup>(65)</sup> ricostruisce le tappe della formazione della nozione di popolo, attribuendo un certo rilievo al rapporto tra singolo e collettività – nel solco di quell'intreccio di nazionalismo e *Volksgeist* sul quale non è qui luogo a soffermarsi<sup>(66)</sup>. Volendo definire icasticamente il popolo, Rümelin chiosa che lo si potrebbe descrivere «*mit der Analogie eines Stromes, eines Waldes, eines Gebirgen*», che restituiscono l'immagine di qualcosa che ha proprietà che le singole componenti non hanno; se invece si volesse comunque mantenere viva la percezione delle differenze interne, allora si potrebbe parlare di organismo<sup>(67)</sup>. Un fiume, un bosco, una catena montuosa: ad eccezione della prima, immagini inusuali per raffigurare plasticamente il popolo. Non sono in grado di dire se Carnelutti conoscesse questo testo: la coppia popolo/fiume, cui la marcata ascendenza aristotelica conferisce quasi il carattere di luogo comune, non è indicativa di alcuna connessione, né la riflessione di Rümelin si colloca nella tradizione di pensiero relativa all'*universitas*.

Abbiamo però riscontro certo del fatto che il discorso fosse conosciuto da Francesco Ferrara, che lo richiama espressamente, proprio per l'accennata analogia:

«Il Rümelin ha felicemente paragonato la società ad un fiume, concepita come una massa d'uomini scorrenti, ed il paragone può ripetersi per

<sup>(64)</sup> Cfr. B. Mann, *Rümelin, Gustav von*, in *Neue Deutsche Biographie* 2005, 224.

<sup>(65)</sup> G. Rümelin, *Über den Begriff des Volkes*, in *Reden und Aufsätze*, I, Freiburg 1875, 88 ss. Si tratta di un discorso tenuto il 6 novembre 1872.

<sup>(66)</sup> Sul vastissimo tema del *Volksgeist* la bibliografia è sterminata. Mi limito a rinviare a G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, rist. Roma-Bari 2020, 52 s.; ancora preziosa la ricostruzione dell'itinerario culturale, in Savigny e Puchta, di G. Solari, *Storicismo e diritto privato*, Torino 1940, rist. 1971, 162 ss.; cui *adde* le puntualizzazioni di R. Orestano, *Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny. Tre motivi di riflessione*, in *QF* 1980, 34 ss.; altra bibliografia nel recente lavoro di E. Stolfi, *La legge e i due volti dell'antico*, in G. Luchetti, a cura di, *Legge uguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica. Atti del Convegno (Bologna-Ravenna, 9-11 maggio 2013)*, Roma 2013, 35 nt. 12.

<sup>(67)</sup> G. Rümelin, *Über den Begriff*, cit., 107.

ogni associazione, in cui si riscontrano gli analoghi fenomeni di coesistenza, durata e successione d'individui. Il fiume risulta da milioni di molecole d'acqua insieme ammassate e scorrenti, e pure sembra un tutto unico: ad ogni momento la sua massa d'acqua cambia: l'acqua che oggi bagna il suo letto non è più quella di ieri, eppure il fiume resta il medesimo»<sup>(68)</sup>.

Il paragone dovette apparire particolarmente efficace a Ferrara, perché – come si vede – lo sviluppa autonomamente e vi si sofferma anche oltre il passo riportato. Vi torna inoltre a distanza di alcune pagine, affiancando all'immagine del fiume quella del bosco:

«Esiste il bosco, finché v'è la folla d'alberi. Da ciò risulta che se formalmente l'unità astratta e la pluralità concreta mutevole si contrappongono, però *in ogni momento coincidono*»<sup>(69)</sup>.

La menzione di Rümelin è esplicita. Da qui – ossia: passando attraverso Ferrara –, individuare una connessione con Carnelutti appare meno problematico.

I passi riportati sono tratti dalla *Teoria delle persone giuridiche* di Francesco Ferrara, pubblicata nel 1915, nel quale la problematica della costruzione del concetto di personalità giuridica è indagata a fondo, a partire dai modelli culturali offerti dal diritto romano. Nell'ampio capitolo intitolato «Tentativo di concezione dogmatica delle persone giuridiche», Ferrara, interrogandosi sull'esistenza delle medesime, conclude affermativamente sullo sfondo di una relativizzazione del concetto di realtà, da intendersi quale «realtà ideale giuridica, non realtà corporale sensibile»<sup>(70)</sup>. La sua chiave concettuale è quella della «sintesi» – «un procedimento del nostro intelletto, per cui noi raccogliamo sinteticamente le singole parti in un tutto ideale»<sup>(71)</sup> –, che egli inquadra in termini di strumento utilizzato dal «pensiero pratico»<sup>(72)</sup>. La prospettiva è eminentemente pratica, l'unità della persona giuridica è intellettuale e la realtà di essa è giuridica, non sensibile:

«L'unità sintetica ad ogni istante è identica con la pluralità cangiante della massa, di cui non è che la raffigurazione ideale. Quella è un'espressione collettiva indeterminata, che s'attaglia egualmente a qualunque diversamente composta pluralità. Nello stesso modo che noi concepiamo un fiume come un'unità astratta costante, per quanto risulti da un'immensità

<sup>(68)</sup> F. Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino 1915, 372.

<sup>(69)</sup> F. Ferrara, *Teoria*, cit., 383 (corsivo dell'a.).

<sup>(70)</sup> F. Ferrara, *Teoria*, cit., 390.

<sup>(71)</sup> F. Ferrara, *Teoria*, cit., 371, ma v. anche 372 s., 379, 383 ss.

<sup>(72)</sup> F. Ferrara, *Teoria*, cit., 373.

di particelle d'acqua mutevoli – *ma ad ogni momento il fiume viene a rappresentare quella concreta massa d'acqua che scorre* – così l'unità ideale dell'associazione ad ogni momento viene a coincidere con la massa concreta degli associati»<sup>(73)</sup>.

La somiglianza tra la pagina di Carnelutti e questo passaggio di Ferrara mi pare tale da fugare eventuali dubbi circa la sussistenza di un riferimento implicito del primo al secondo<sup>(74)</sup>. Nell'andamento del ragionamento, innanzitutto. Ma queste righe sollecitano un'ulteriore riflessione. Non so se possa cogliervi l'eco di quelle di Arnaldo Lucci, che, in un articolo del 1904, scrive che «il nome che riunisce i singoli *corpora* può essere un *collectivum* nominale che serve a mo' di espressione»<sup>(75)</sup>. È però di sicuro interesse la scelta del termine «espressione», perché – impiegato da Ferrara – viene poi utilizzato anche da Carnelutti nel testo intorno a cui ruota il presente lavoro:

«in verità il fiume non è tanto la somma di quelle particelle, quali esistono in un medesimo istante dalla sorgente alla foce, quanto la espressione del loro continuo fluire e perciò dell'unità dell'acqua di ieri con l'acqua di domani»<sup>(76)</sup>.

Una scelta singolare, quando si consideri che il modello alfeniano utilizzava quale termine di sintesi la nozione di *species* (*Quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari*), foriero di non poche difficoltà interpretative, potendosi ricondurre alle categorie greco-romane di *éidos*, *morphé*, *forma*<sup>(77)</sup>. Fadda e Bensa, per restare ai punti di riferimento sicuri di Carnelutti, vi si erano soffermati, concludendo nel senso già proposto da Ferrini, «secondo cui *species* significherebbe 'la individualità della cosa'»<sup>(78)</sup>. Colpisce, pertanto, l'utilizzo di un termine come «espressione», così lontano dal ventaglio di possibilità che la

<sup>(73)</sup> F. Ferrara, *Teoria*, cit., 383 (corsivo dell'a.).

<sup>(74)</sup> Senza con ciò voler alludere a prestiti o somiglianze tra i due studiosi, tra i quali anzi vi era una netta diversità di impostazione e metodo, come chiarisce N. Irti, *Problemi di metodo nel pensiero di Francesco Ferrara*, in *QF* 1972, 232 ss.

<sup>(75)</sup> A. Lucci, *La dottrina*, cit., 307, il quale sta sintetizzando il pensiero di P. Barbosa, *De Matrimonio, et pluribus aliis materiebus*, Coloniae Allobrogum 1737, I, 46, §8.

<sup>(76)</sup> F. Carnelutti, *Sistema*, cit., 545.

<sup>(77)</sup> Prevalente sembra l'opinione che riduce la *species* alla *morphé* «aristotelica, la forma correlata alla materia»: M. Talamanca, *Lo schema 'genus-species' nella sistematica dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Atti del Colloquio italo-francese (Roma 14-17 aprile 1973)*, II, Roma 1977, 215 nt. 608. Altre informazioni e ragguaglio bibliografico in G. Turelli, *Alfenus*, cit., 63 nt. 6.

<sup>(78)</sup> C. Fadda, P.E. Bensa, *Note*, cit., 443. Il riferimento è al corposo studio di C. Ferrini, *Appunti sulla dottrina della specificazione*, in *BIDR* 1889, 184.

dottrina aveva elaborato e, per certi versi, forse anche troppo ingenuo rispetto alla problematica sottesa (79).

La scelta terminologica, però, mi pare assuma piena coerenza quando la si legga alla luce del percorso concettuale di Ferrara, che coglie nella persona giuridica l'esito di un procedimento intellettuale sintetizzante: una «espressione di sintesi», appunto. Anche in questo caso, nessun dato stringente e conclusivo. Eppure la singolare scelta del medesimo termine per sciogliere il nodo interpretativo della nozione antica di *species* – quale soluzione lessicale per esprimere l'unità concettuale sopra e oltre le componenti di base – mi pare abbia più che un valore meramente suggestivo.

Se allarghiamo lo sguardo, notiamo che nella stessa direzione muove la sostanziale omogeneità nella concezione dell'*universitas*/persona giuridica. Carnelutti, come abbiamo visto, aveva qualificato l'*universitas* come «concetto per significare la esistenza, accanto agli uomini e alle cose singole, dei complessi di uomini o di cose (*universitates personarum vel rerum*) unificati dallo scopo» (80). E in termini di esistenza e scopo ragiona anche Ferrara (81). Carnelutti ragiona di «esistenza» dell'*universitas* come Ferrara della persona giuridica – e non rileva la differenza del referente, quando si ponga mente al fatto che il secondo, parlando di persona giuridica, tiene sullo sfondo la nozione di *universitas*, così come il primo opera con lo strumento dell'*universitas* anche quando si occupa di persona giuridica. Entrambi, inoltre, hanno una concezione della 'realtà' della persona giuridica lontana dal realismo organico di Gierke (82) e fortemente condizionata dalla pratica: si pensi a quanto scrive Carnelutti nell'articolo sul *Valore giuridico della nozione della azienda commerciale*. Sembra possibile, in altre parole, intravedere una sostanziale concordanza di visioni, entro una logica di utilizzo della categoria «persona giuridica» quale strumento del pensiero giuridico per gestire i rapporti che coinvolgono le collettività.

Lo scopo del presente lavoro, tuttavia, non è individuare un rapporto tra i due studiosi o ricondurre il paragone carneluttiano tra collegio giu-

(79) L'accezione più vicina a quella della *morbé* aristotelica mi pare sia quella segnalata da S. Battaglia, *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, 5, Torino rist. 1995, 399, s.v. *espressione* (n.9): «manifestazione, aspetto, apparenza sensibile, modo di essere (di un oggetto, di una facoltà spirituale, di un fenomeno fisico, spirituale, sociale)».

(80) F. Carnelutti, *Sistema*, cit., 32.

(81) Cfr. F. Ferrara, *Teoria*, cit., 369 ss., ma anche 404 ss.

(82) Cfr. O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht. III. Die Staats und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin 1881. Per un primo inquadramento sulla «teoria della realtà» cfr. F. Ferrara, *Teoria*, cit., 195 ss.; R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., 26 ss.

dicante, *universitas* e fiume alla lettura di Ferrara. Non si tratta, del resto, di un calco: semmai vi si colgono elementi riconducibili alla *Teoria delle persone giuridiche* di Ferrara accanto ad altri che, come ho tentato di evidenziare, hanno altre ascendenze. Piuttosto, Carnelutti – se la presente ricostruzione del suo pensiero fosse corretta o almeno plausibile – avrebbe colto la congenialità della soluzione espressiva di Ferrara rispetto alla propria visione dell'*universitas* e l'avrebbe integrata nel paragone elaborato per rendere chiaro in maniera plastica e definitiva (dopo gli abbozzi nelle prime stesure delle *Lezioni di diritto processuale civile*, come s'è visto) la propria concezione del principio di fungibilità applicato al collegio giudicante. Possiamo ora concludere.

6. – La questione da cui abbiamo preso avvio ruotava intorno ad alcuni disallineamenti, per così dire, tra l'immagine forgiata da Carnelutti e il suo più evidente e immediato modello: il responso del giurista Alfeno circa la permanenza del collegio giudicante. Ritengo che la lettura analitica della pagina del *Sistema di diritto processuale civile* abbia reso conto di quei 'disallineamenti'. Soprattutto del fatto che non sono imputabili a errore, scarsa conoscenza, cattiva memoria o, semplicemente, al caso, quanto invece a vasta erudizione e profonda conoscenza della tematica di fondo. Per ciascuno di essi ci è stato infatti possibile individuare un punto di riferimento, una linea di pensiero, una ragione storica o culturale che li giustificasse. Le deviazioni dal modello non sono errori, ma reinterpretazioni.

Non va dimenticato, peraltro, il quadro d'insieme del *Sistema di diritto processuale civile*, da cui il paragone del fiume è tratto, né, più in generale, la tradizione di pensiero cui appartiene il suo autore. Nel *Sistema* Carnelutti persegue lo scopo di pervenire a una «concezione unitaria» del diritto, quale esito di un percorso che egli stesso avverte come di svolgimento 'storico' <sup>(83)</sup>. Mentre, sul piano più generale, egli contribuì alla nascita della dogmatica del diritto processuale <sup>(84)</sup>. Di tale tensione verso la costruzione di un impianto unitariamente sistematico e lineare si coglie un riverbero, a mio avviso, anche nel nostro passo. L'idea del fiume quale immagine «espressiva» dell'insieme – quasi a recuperare l'accezione eti-

---

<sup>(83)</sup> Cfr. E. Allorio, *Il «Sistema»*, cit., 61 s.

<sup>(84)</sup> Cfr. G. Tarello, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1974, 502. Sul ruolo di Carnelutti nella costruzione della scienza giuridica degli anni Dieci del Novecento, cfr. anche P. Grossi, *Scienza*, cit., 124 ss.

mologica dell'esprimere quale «spremere»<sup>(85)</sup> – mi pare rimandi allo sforzo intellettuale del giurista per la costruzione di concetti strumentali al proprio lavoro. Esattamente come per Seneca e Pomponio l'unità dell'oggetto era data dal «nome» che li designava, così l'*universitas personarum* di cui si serve Carnelutti – esemplificata dal fiume – diventa 'sintesi espressiva' che restituisce il senso dell'unità del collegio giudicante. Carnelutti usa il linguaggio come «strumento 'sociale'»<sup>(86)</sup>, per conferire vivida realtà unitaria a raggruppamenti che, a prima vista, apparivano come molteplicità slegate tra loro. A ben guardare, il paragone del fiume altro non è se non una tappa lungo quel percorso di concettualizzazione che ogni giurista deve compiere per la sistemazione e la conoscenza dei dati storici che formino oggetto del suo studio: la dogmatica, per la costruzione del sistema, necessita infatti di concetti e la costruzione dei concetti passa (anche) attraverso l'utilizzo strumentale del linguaggio, spesso usato metaforicamente<sup>(87)</sup>. Esattamente ciò che Carnelutti intende fare collocando il collegio giudicante entro il perimetro della categoria dell'*universitas*<sup>(88)</sup>, passando per l'anello intermedio del paragone fluviale.

La cultura giuridica del passato viene insomma recuperata e non pedissequamente riproposta, ma riletta – metabolizzata, avrebbe detto Orestano<sup>(89)</sup> –, reimpiegata per soluzioni concettuali figlie del tempo e della cultura giuridica in cui maturano e cui devono in qualche misura conformarsi. Illuminando il percorso culturale e speculativo di Carnelutti ritengo sia stato possibile cogliere un esempio – sarebbe meglio dire: isolare un fotogramma – di quell'inesauribile flusso diacronico determinato dalla stratificazione del pensiero di generazioni di giuristi, cui diamo usualmente il nome di 'tradizione'. Ma, altresì, mostrare – anche qui: sempre da un punto di osservazione storicamente determinato e concreto – come il passato della disciplina giuridica intervenga nel presente non solo come memoria, erudizione, tributo reverenziale, bensì secondo la più complessa

---

<sup>(85)</sup> Cfr. F. Calonghi, *Dizionario latino italiano*, Torino 1987<sup>16</sup>, 1052, s.v. *exprimo*.

<sup>(86)</sup> Mi pare efficace quest'espressione di R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., 119, pur se elaborata nell'ambito di una diversa e più ampia riflessione.

<sup>(87)</sup> Su tutti questi aspetti, cfr. R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 2<sup>a</sup> ed., 1963, rist. 2021, 230 ss.; sull'impiego delle metafore, in specie biologiche, 237 ss.

<sup>(88)</sup> E. Allorio, *Il «Sistema»*, cit., 61, segnala «l'applicazione della figura dogmatica dell'*universitas (personarum)*, per spiegare la natura dell'ufficio e la fungibilità dei componenti di questi».

<sup>(89)</sup> Mi riferisco a R. Orestano, *Il 'metabolismo' dei giuristi*, in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 723 ss., il quale riflette sul fatto che molteplici, varie e non sempre accertabili sono le vie che conducono alla formazione culturale del giurista.

modalità di elemento di riflessione – carico della forza persuasiva propria dell'*exemplum* <sup>(90)</sup> –, utile per l'elaborazione di rinnovate, e talora innovative, forme del pensiero giuridico. E in questa applicazione offra, almeno a mio avviso, i suoi frutti più pregiati.

---

<sup>(90)</sup> L'*exemplum* è, come noto, una delle «prove tecniche» della retorica, di cui la *similitudo* (cui appartiene il caso in discussione) non è che una declinazione (cfr. H. Lausberg, *Handbook of Literary Rhetoric*, Ismaning bei München 1960, trad. ing. Leiden-Boston-Köln 1998, 200 ss.). Entro tale ottica, tornano utili le parole di M. Brutti, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017, XIII: «Gli schemi di ragionamento persuasivi sono più volte rielaborati dalle culture giuridiche che leggono ed attualizzano norme e modelli del diritto romano. (...) Dunque, la tradizione entra nei nostri discorsi, anche quando non ce ne accorgiamo».

LELIO DELLA PIETRA

Avvocato in Napoli

## AVVOCATI ALL'OPERA!

SOMMARIO: 1. Premessa e ambito del lavoro. – 2. Leoš Janàček (1854-1928). «Věc Makropulos» – «L'affare Makropulos». Kolenatý avvocato (Basso) e Vitek commesso dell'avvocato (Tenore). – 3. Johann Strauss figlio (1825-1899). «Die Fledermaus» – «Il Pipistrello». Blind, avvocato (Basso). – 4. Gottfried von Einem (1918-1996). «Der Prozess» – «Il processo». L'Avvocato (Baritono). – 5. Achille Montuoro (1836). «L'avvocato Patelin». Patelin (Baritono brillante). – 6. Errico Petrella (1813-1877). «I promessi sposi». Il dottor Azzecagarbugli (Basso). – 7. Domenico Cimarosa (1749-1801). «Le astuzie femminili». Don Romualdo, avvocato e tutore di Bellina (Basso). – 8. Paolo Fabrizi (1809-1869). «La festa di Carditello». Don Macario, sedicente avvocato, parassita, amico di Don Bernardo. – 9. William Bolcom (1938). «A View from the Bridge» – «Uno sguardo dal ponte». L'avvocato Alfieri (Baritono). – 10. Giuseppe Mosca (1772-1839). «La diligenza a Joigni, o sia il collaterale». Pavaret, avvocato amico di Derville. – 11. Wolfgang Amadeus Mozart (1756-1791). «Le nozze di Figaro». Bartolo, medico e avvocato di Marcellina (Basso comico). – 12. In (momentanea) conclusione.

1. – Esistono moltissimi scritti – ampie pubblicazioni e più limitati articoli rinvenibili anche «in rete» – che analizzano il rapporto tra diritto e musica <sup>(1)</sup>,

---

<sup>(1)</sup> Ne danno la misura i diversi saggi contenuti in G. Resta, *L'armonia del diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, Roma 2020. Sul piano interpretativo, dell'uno e dell'altra, il medesimo a., *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema 'diritto e musica'*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI, n. 2, 2011, 439, sottolinea che «a differenza della letteratura e al pari del diritto, la musica costituisce una disciplina 'performativa'. Anche l'interprete musicale muove generalmente – il discorso va riferito specificamente alla musica classica, come la conosciamo a partire dalla metà del diciottesimo secolo – da un insieme di grafemi, ordinati secondo un programma intelligente da un compositore. Il processo ermeneutico può ridursi alla ricostruzione del significato del testo, eventualmente a fini di critica della composizione, ma generalmente non si esaurisce in questo. La comprensione del testo rappresenta infatti uno stadio preliminare e servente rispetto alla sua 'messa in opera', ossia la traduzione in suoni di fronte ad un pubblico. Come il giurista, anche il musicista (e più in generale l'interprete-esecutore nelle arti 'à deux temps') deve risolvere difficili problemi ermeneutici, i quali reagiscono su un risultato esecutivo, rendendolo più o meno 'coerente', 'originale', 'convincente'; o al contrario 'incoerente', 'banale', 'non persuasivo' o persino 'offensivo'. Secondo N. Garofalo, *Diritto e musica. Paradigmi ermeneutici*, tesi di laurea nell'Università di Bari, in *www.dirittoitaliano.com*, 2, «l'interpretazione, in diritto come in musica, è un'esigenza, una necessità. Non

e tra il diritto e l'opera lirica<sup>(2)</sup>. Alcuni si occupano dei campi del primo che intersecano la seconda, altri approfondiscono il tema della raffigurazione della giustizia nell'opera lirica<sup>(3)</sup>, altri ancora discorrono di «pro-

---

bastano le direttive ermeneutiche dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, approvate preliminarmente al codice civile, non basta il principio della 'tassatività della fattispecie' ex art. 1 c.p., non bastano più le tesi, storicamente superate, del legalismo giuridico, secondo cui la legge è tutto il 'diritto'. Allo stesso modo lo spartito non è tutta la 'musica': evidentemente c'è dell'altro. Se fosse così semplice interpretare il pentagramma, affideremmo l'esecuzione a programmi e sistemi automatizzati, come voleva Stravinskij, ma ciò non sarebbe possibile, in quanto, come si vedrà, l'attività ermeneutica presuppone la conoscenza, la cognizione di una *voluntas*, del legislatore o del compositore, che solamente un atto propriamente 'volitivo' e per certi versi 'creativo', quello dell'interprete, può svelare, rintracciandone la *ratio*, il significato». Per V. Nitrato Izzo, *Diritto e musica. Performance e improvvisazione nell'interpretazione e nel ragionamento giuridico*, in *Diritto e narrazioni. Temi di diritto, letteratura e altre arti*, a cura di M.P. Mittica, Milano 2011, 130, «dobbiamo allora domandarci quale sia il valore di queste regole: cosa significa concretamente un adagio posto all'inizio di un pentagramma? Cosa significano le direttive d'interpretazione, i canoni interpretativi che stabiliscono come dobbiamo interpretare la legge, il contratto, il testamento? Sono domande non completamente prive di risposta, bisogna ammettere. In diritto, esiste una elaborazione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale che ha cercato di attribuire un significato ad espressioni quali 'la comune intenzione delle parti' o 'l'interpretazione secondo buona fede', così come in ambito musicale, un musicista di medio livello è in grado di distinguere facilmente un lento da un andante con brio. Quello che si vuole sottolineare è il comune carattere convenzionale che le direttive d'interpretazione possiedono nel discorso musicale e giuridico ed entrambi non sfuggono al paradosso, solo apparente, che anche le direttive d'interpretazione devono essere a loro volta interpretate. Pur fornendo criteri ed indirizzi utili all'attività dell'interprete, le direttive confermano, in musica come in diritto, il loro carattere intrinsecamente relativo (Ost-van de Kerchove, 1989)». Sul tema dell'interpretazione M. Brunello, G. Zagrebelsky, *Interpretare: dialogo tra un musicista ed un giurista*, Bologna 2016, G. Resta, *Variazioni comparatistiche sul tema: 'diritto e musica'*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), M.P. Mittica, *Ragionevoli dissonanze. Note brevi per un possibile accostamento tra le intelligenze della musica e del diritto*, in *Arte e limite. La misura del diritto. Atti del 3° Convegno nazionale della Società Italiana di diritto e letteratura* a cura di A.C. Amato Mangiameli, C. Faralli e M.P. Mittica, Milano 2012.

(2) A titolo largamente esemplificativo, F. Annunziata, *Prendi, l'anel ti dono... Divagazioni tra opera e diritto privato*, Milano 2016; F. Annunziata, G.F. Colombo (a cura di), *Law and Opera*, s.l. 2018; V. Gigliotti, M. Riberi e M. Traverso (a cura di), *La sentenza è pronunziata. Rappresentazioni della giustizia nell'opera lirica*, Torino 2020.

(3) M. Traverso, *Viaggio tra diritto e opera lirica: per un nuovo umanesimo giuridico*, in <https://massimedalpassato.it/viaggio-tra-diritto-e-opera-lirica-per-un-nuovo-umanesimo-giuridico/>, rinvia alla «critica al sistema di *ius commune* d'*Ancien Régime*» che emerge dalle «Nozze di Figaro», assieme alla polemica antinobiliare e alla «forte critica contro la giustizia feudale» attraverso la quale il Conte di Almaviva deve risolvere la controversia tra Figaro e Marcellina, alle «questioni contemporanee di diritto pubblico, come il turbolento rapporto tra Stato e Chiesa nei primi anni successivi all'Unità d'Italia» che nel Don Carlo di Verdi sono plasticamente scolpite nella frase «dunque il trono piegar dovrà sempre all'altar», e infine al giudizio di Dio che è celebrato nel Lohengrin wagneriano. Su quest'ultimo si legga l'interessante lavoro di A. Tedoldi, *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, Pisa 2017. Per F. Annunziata, *Prendi, l'anel ti dono*, cit., 20, «nelle storie raccontate dai testi del teatro musicale vengono, però, affrontate anche questioni che toccano la sfera del diritto

cessi, contratti, matrimoni e testamenti» che sotto diverse forme si rinven-  
gono in quel genere di rappresentazione<sup>(4)</sup>.

Nulla di ciò si troverà in questo scritto, che vuole essere soltanto il  
«divertimento» di un avvocato «a caccia» di colleghi (e solo di quelli,  
tralasciando notai, giudici, cancellieri) che hanno «esercitato» la profes-  
sione nell'opera lirica<sup>(5)</sup>.

Gli intenti sono unicamente descrittivi, senza alcun proposito di ap-  
profondimento musicale, che si trasformerebbe in presunzione; la narra-  
zione seguirà (solo) il filo di inclinazioni personali.

2. – È nello studio dell'avvocato Kolenatý che ha inizio «L'affare  
Makropulos»<sup>(6)</sup>; una controversia ereditaria vi conduce la cantante d'o-  
pera Emilia Marty. A Praga, nel 1922, il famoso soprano ha avuto notizia  
di una lite in corso da quasi un secolo: con l'opposizione della famiglia  
Prus (in giudizio convenuta), Albert Gregor (attore in giudizio) reclama il

privato: si parla, spesso, di contratti, donazioni, testamenti, promesse di matrimonio, rap-  
porti familiari, titoli di credito, e di altro ancora». Secondo l'a. «il trascorrere della storia  
muta l'attenzione nei confronti delle questioni che interessano il diritto: se, alla fine del  
Settecento, i temi che si riscontrano sono quelli più attinenti ai profili – in genere – del  
diritto di famiglia (matrimoni, fidanzamenti, donazioni matrimoniali ecc.), nell'Ottocento si  
affacciano temi che riflettono il progressivo trasformarsi del tessuto sociale, la secolarizza-  
zione dei rapporti, l'emersione dell'elemento della contrattazione, del denaro».

<sup>(4)</sup> E. Gavetti, M. Traverso, E. Caterina, *Dove pose sentenze a mieter polli: amicizie in  
comune tra lirica e opera*, in <https://massimedalpassato.it/dove-pose-sentenze-a-mieter-polli-amicizie-in-comune-tra-lirica-e-opera/>, i quali ripartiscono l'esame del sodalizio opera-diritto  
in «Veri e finti giuristi all'opera», «Due notai fasulli, un'identica (e grottesca) rappresen-  
tazione», «La rappresentazione del diritto nelle opere», «Anche i giuristi hanno un cuore»,  
occupandosi di improbabili notai (il travestimento di Despina nel «Così fan tutte» mozartiano,  
il fasullo pubblico ufficiale cui Donizetti fa rogare il finto matrimonio tra Don  
Pasquale e Sofronia, *alias* Norina), di quello – non simulato – del «Cavaliere della rosa»  
di Richard Strauss, dell'ispezione ministeriale nel «Fidelio» beethoveniano, dell'incapace  
legale che avrebbe dovuto difendere Gabriel von Eisenstein nel «Pipistrello» di Johann  
Strauss figlio, del notaro del «Barbiere di Siviglia» di Paisiello, che a differenza di quello  
rossiniano si esprime cantando. Si occupa dell'aspetto pubblicistico del diritto nell'opera  
lirica, P. Giani Cei, *Individuo e regole nel melodramma della giustizia*, in V. Gigliotti, M.  
Riberi e M. Traverso (a cura di), *La sentenza è pronunziata*, cit., 31 ss.

<sup>(5)</sup> Sotto un diverso, ma connesso profilo N. Garofalo, *Diritto e musica*, cit., 5, nota che  
«sono disseminati nella storia dell'uomo diversi esempi di musicisti e musicologi laureati in  
materie giuridiche, taluni molto noti, fra i quali Heinrich Schütz, Georg Friedrich Händel,  
Georg Philipp Telemann, Carl Philipp Emanuel Bach, Robert Schumann, Pëtr Il'ič Ėajkov-  
skij, Alexis-Emmanuel Chabrier, Ernest Chausson, Igor Stravinskij, Edward Elgar, Jean  
Sibelius, Luigi Nono, nonché Johann Kuhnau, Ernst Theodor Amadeus Hoffmann, Eduard  
Hanslick ed altri».

<sup>(6)</sup> Opera in tre atti su libretto dello stesso Leoš Janàček, tratto dalla novella omonima  
di Karel Èapek. Prima rappresentazione Brno, Teatro Nazionale, 18 dicembre 1926.

cospicio patrimonio che il suo dante causa Ferdinand Gregor avrebbe ereditato nel 1827 dal barone Joseph Ferdinand Prus.

Emilia è a conoscenza dei fatti di causa in quanto, tra le molte identità ricoperte in oltre 337 anni di vita, era stata Ellian McGregor, madre di Ferdinand, nonché amante del barone Prus. È quindi in grado di fornire all'avvocato il documento decisivo per l'esito vittorioso del giudizio, il testamento conservato nella casa dell'avversario, Jaroslav Prus.

Alla Marty, tuttavia, non interessa l'esito della causa, bensì la formula della pozione, custodita tra gli stessi documenti dei Prus, della quale aveva intenzione di rientrare in possesso per assicurarsi altri trecento anni di vita e giovinezza. Nel terzo atto, infatti, posta dinanzi alle tante contraddizioni del suo racconto, e alla minaccia di denuncia per frode avanzata da Kolenatý, Emilia narra la sua incredibile storia. In realtà si chiama Elina Makropulos ed è nata nel 1575 a Creta: il padre, alchimista, aveva inventato, per poi sperimentarlo sulla figlia, un elisir di lunga vita in forza del quale Elina aveva vissuto sotto diverse identità – Ellian, Elina e altre ancora – conservando la sua bellezza (e acquisendo via via maggiori competenze nel canto lirico).

Viene, però, creduta solo quando la pozione esaurisce gli effetti e i primi segni della fine compaiono sul suo volto; ma Emilia rinuncia a servirsene e si lascia andare nell'improvvisa comprensione che la perpetua giovinezza ha portato nient'altro che dolore e apatia, rivelando nel suo appassionato addio che solo chi vive nell'imminenza del trapasso può provare la felicità: «Marty/Oh, la vita non dovrebbe durare così a lungo! Se solo vi accorgete come è facile per voi la vita! Voi siete vicini a ogni cosa (...) per la banale, fortuita ragione che morirete in così breve tempo». Emilia muore, non prima di aver donato la formula alchemica alla giovane ammiratrice Kristina, per farne una prodigiosa cantante; Kristina, tuttavia, preferisce darla alle fiamme.

La didascalìa che nel libretto dello stesso Janàèek precede l'atto primo ci introduce in uno studio legale dell'epoca: «la stanza del Sollecitatore negli uffici dell'avvocato dottor Kolenatý. La porta in fondo conduce verso la scala, la porta a sinistra nella cancelleria. Lungo la parete di fondo, un altro casellario con numerosi cassetti segnati con le lettere dell'alfabeto. Una scaletta. A sinistra il lavoro del Sollecitatore; al centro una scrivania doppia; a destra alcune poltrone per i clienti. Alle pareti varie tariffe, notifiche, un calendario, il telefono. Dappertutto fogli, libri, fascicoli, atti».

Vítek, il commesso dell'avvocato Kolenatý, sta mettendo ordine nel casellario, sale sulla scala e sfogliando il fascicolo della causa «Vítek/Gregor-Prus. G, GR», ne sottolinea la lunghissima durata: «Vítek/milleotto-

centoventisette, trentadue, quaranta, quarantasette: manca poco per festeggiarne il centenario», e poi lo ripone.

Kolenatý è in Corte, sta discutendo proprio quel processo, mentre al suo Studio il cliente Gregor è a dir poco agitato (e lo manifesta nel dialogo con Vítek): «Gregor/Il dottore non è qui?». «Vítek/Sarà di ritorno». «Gregor/La sentenza? C'è speranza? Ho perso?». «Vítek/Non saprei dirle. Però, il vecchio è là in giudizio». «Gregor/Telefoni, presto, là». «Vítek/Subito (all'apparecchio) Hallò! Il dottor Kolenatý. Già uscito? La ringrazio (riattacca il ricevitore). Già uscito». «Gregor/La sentenza?». «Vítek/Non saprei dirle. Per quel che ricordo, son trent'anni, trent'anni...che dura questa causa. E lei, bum! In corte d'appello! Così muore una grande causa». «Gregor/Non scherzi, Vítek. Voglio vincerla, per sempre!». «Vítek/E se perde?». «Gregor/Se la perdessi, io...». «Vítek/Beh, s'ammazzerà. Proprio così disse suo padre». «Gregor/Ma s'è sparato». «Vítek/Per debiti sull'eredità».

Rientrato in studio, il legale vi trova Emilia: «Kolenatý/Signorina Marty, il signor Gregor, mio cliente». «Marty/Dunque, lei è l'avvocato che difende questo signor Gregor in quella causa contro Pepi Prus?». «Kolenatý/Vuol dire, mi pare, il barone Ferdinand Josef Prus, defunto nel 1827. Beh, sì. Posso forse aiutarla con altro?». «Marty (si siede di nuovo, apre un giornale)/Certo, già: ultimo giorno del processo Gregor contra Prus. Un caso, no?». «Kolenatý/E beh, c'era su tutti i giornali». «Marty/Dunque, può forse dirmi qualcosa di quel processo?». «Kolenatý/Che cosa?». «Marty/Tutto, prego». E Kolenatý con voce annoiata quale di chi legge polverosi documenti, e un distacco non solo professionale, ma anche temporale, riporta<sup>(7)</sup>: «Kolenatý/Verso l'anno 1820 dominava sul feudo dei Prus il demente barone Josef Ferdinand Prus». «Marty/Pepi, dice ch'era demente?». «Kolenatý/Strano per lo meno». «Marty/No, infelice». «Kolenatý/Come fa a saperlo?». «Marty/Meglio di lei!». «Kolenatý/Dio lo sa! Dunque, Josef Ferdinand Prus che morì senza figli e senza testamento nel 1827». «Marty/Di che morì?». «Kolenatý/Di meningite, credo. L'eredità toccò a suo cugino, Emmerich Prus-Zabrzezinski: contro questi mosse causa il barone Szephásy, nipote della madre del defunto, per ogni lascito, e per quanto riguardava il podere di Loukov un certo Ferdinand Karel Gregor. Nell'anno 1827».

---

(7) Kolenatý «in questa scena canta quasi sempre con l'inespressività della carta bollata», F. Pulcini, *Indizi e misteri musicali nell'Affare Makropulos*, in *L'affare Makropulos*, programma di sala del Teatro San Carlo di Napoli, stagione 1999.

Al tedio dell'avvocato fa da contrappunto l'interesse della donna: «Marty/Aspetti. Quindi Ferdi era ancora un ragazzo». «Kolenatý/Per l'appunto, allievo dell'Accademia Teresiana. Le sue pretese su Loukov poggiavano su questi fatti: in primo luogo il defunto si era presentato all'Amministrazione dell'Accademia Teresiana, di persona, dichiarando che i beni suddetti andavano tutti quanti al minorene summenzionato, vale a dire a quel Gregor, il quale, appena maggiorenne, ne era il padrone. *Item pro secundo*: che al detto minorene durante l'esistenza del defunto era concesso l'usufrutto del podere in questione col titolo padrone e proprietario». «Marty/Allora dunque tutto è a posto». «Kolenatý/Pardon, pardon! Contro ciò obiettò il barone Emmerich Prus che di scritto non c'era alcun testamento; al contrario, che poco prima di morire aveva egli disposto a voce diversamente». «Marty/Questo non è vero!». «Kolenatý/Ecco appunto il guaio!». «Marty/È una menzogna!». «Kolenatý/Questo il problema! Ora glielo mostro. 'Il morente... con una febbre alta...dichiarò ripetutamente...il fondo Loukov...Herrn Mach Gregor zukommen soll...'. È chiaro: al signor Mach Gregor!». «Marty/Qui però c'è un errore! Un errore! Pepi alludeva al Gregor, a Ferdi Gregor!»<sup>(8)</sup>. «Kolenatý/*Littera scripta valet*. Quel che è scritto, resta scritto. Intanto quel tal Szephásy ha scovato un certo individuo, che si chiamava Gregor Mach». «Marty/Aspetti! Aspetti! Ma era suo figlio, Ferdi era di lui figlio! Era il figlio di Pepi!». «Kolenatý/Chi? Di chi? Figlio di...?». «Gregor/Figlio suo?». «Kolenatý/E chi era sua madre?». «Marty/Madre? Lei si chiamava Ellian MacGregor, una cantante d'opera». «Gregor/Come si chiamava?». «Marty/Certo, un nome scozzese». «Gregor/Comprende, dottore? MacGregor! E non Mach! Capisce?». «Kolenatý/Ma perché poi suo figlio non si chiamava MacGregor?». «Marty/Per riguardo alla madre. Ferdi non conobbe mai sua madre». «Kolenatý/Ah sì? E chi lo può provare?». «Marty/Non so. Avanti!». «Kolenatý/Ecco qua: da quel dì questa causa passa attraverso generazioni. I Prus, Szephásy e Gregor con l'aiuto del dottor Kolenatý. E grazie a quest'aiuto ha perso quest'ultimo Gregor, per puro caso poco fa! E questo è tutto. Qualche altra domanda?». «Marty/Certo. Cosa le occorre per vincere la causa?». «Kolenatý/Il testamento scritto». «Marty/E non si può trovare?». «Kolenatý/Eh no, purtroppo». «Marty/Che peccato!». «Kolenatý/Sì, davvero. Qualche altra domanda?». «Marty/Di chi è ora la vecchia casa dei Prus?». «Kolenatý/Del mio avversario, barone Jaroslav

---

(8) Si apprenderà dopo che anche di lei si sta parlando, che in una delle vite passate era stata amante dell'anziano barone Prus e madre dell'illegittimo bisnonno di Albert Gregor, escluso dall'eredità con l'inganno.

Prus». «Marty/Mi ascolti. In quella casa c'era un grosso comò. Sui cassetti si trovano segnati gli anni». «Gregor/L'archivio». «Kolenatý/Con schedatura». «Marty/Uno porta su scritto l'anno milleottocentosedici. Ora, fu in quell'anno che Pepi conobbe Ellian MacGregor. In quel cassetto conservava le lettere di Ellian». «Kolenatý/Chi l'ha detto?». «Marty/Lasciate fare a me! Son là lettere d'affari, carte, un mucchio d'altri scritti. Non vuole darci un'occhiata?». «Kolenatý/Certo, sì. Chiaro, sempre che voglia Prus». «Marty/E se lo rifiuta?». «Kolenatý/Pazienza!». «Marty/E se non riesce, si cercano altre strade». «Kolenatý/Certo, di notte, con scale, corde e pinze. Ma le pare! Ma le pare! Cara, bell'opinione ha degli avvocati!». «Marty/Lei comunque deve riuscirci! Ci son le lettere, in mezzo a quelle c'è una busta gialla: essa contiene il testamento autografo di Prus». «Kolenatý/Gesù Santissimo, chi l'ha detto? E sa cosa c'è, com'è?». «Gregor/Ma è sicura?». «Marty/Con ciò Pepi lascia il podere Loukov al suo illegittimo figlio». «Kolenatý/Testualmente?». «Marty/Certo!». «Kolenatý/La busta è sigillata?». «Marty/Certo!». «Kolenatý/Sigillo originale?». «Marty/Certo!». «Kolenatý/La ringrazio. Perché ci prende in giro?». «Marty/Così non mi crede?». «Gregor/Le credo!». «Kolenatý/Niente affatto! Vuoi scherzare?». «Gregor/Impossibile dubitare». «Kolenatý/Gregor, non sragioni! Se quella busta è sigillata, come si può sapere che c'è dentro?». «Gregor/Le credo!». «Kolenatý/Faccia pure! Cara, ha uno strano modo di raccontar storie». «Gregor/Le credo. Glielo ripeto, dottore. Io credo a quel che ha detto. Quindi, si rechi nella casa di Prus». «Kolenatý/Non credo che lo farò». «Gregor/Oppure darò quest'incarico al primo avvocato sull'elenco». «Kolenatý/Per me, faccia!». «Gregor (s'avvicina al telefono e incomincia a sfogliare l'elenco. Kolenatý dietro a lui) (all'apparecchio)/Dottor Abeles? Parla Gregor!». «Kolenatý/Proprio quello no!» (strappandogli il ricevitore di mano) «Aspetti, siamo amici, no? Ci vado». «Gregor/Da Prus?». «Kolenatý/All'inferno!».

E l'olografo si rinvenne, per l'entusiasmo di Kolenatý rientrato in scena con al séguito l'avversario, il barone Prus, il quale offrendo la mano alla controparte esclama: «Prus/Complimenti, or c'è quel testamento» (anche se poi tende a perdere tempo avanzando richiesta di ulteriore documentazione).

Esistono, ci si è interrogati, «casi in cui una partitura possieda un suo stile autonomo, da cui emergono indizi musicali che incuriosiscono l'ascoltatore? Che accrescono il senso di mistero? Proprio quegli indizi che permettono la risoluzione di un caso poliziesco o legale? Direi di no, a parte quello de «L'affare Makropulos», che è una commedia troppo ricca e complessa per essere definita un 'giallo', ma la cui musica funziona a livello

perceptivo proprio con quegli ingredienti tipici del 'giallo': accenni, involontarie allusioni, interrogativi, dubbi, silenzi, perplessità, misteri, dialoghi interrotti, riflessioni, riemersioni e alla fine inquietanti rivelazioni»<sup>(9)</sup>.

Rispetto al «giallo», all'inizio Kolenatý dimostra nei riguardi della (quasi) centenaria causa il distacco indispensabile per qualunque avvocato, vena l'indifferenza di ironia quando replica alla sollecitazione di Emilia a fare di tutto per entrare in possesso del testamento e, dunque, della formula della pozione («certo, di notte, con scale, corde e pinze. Ma le pare! Ma le pare! Cara, bell'opinione ha degli avvocati!»); alla fine, dopo averne subito il fascino, con gli altri assiste allo svelamento del mistero e partecipa della rivelazione della donna riguardo il senso della vita.

3. – Se Kolenatý aveva perduto la causa centenaria, salvo a rinvenire poi la scheda testamentaria (evidentemente producibile nel grado successivo), anche Blind nel «Pipistrello»<sup>(10)</sup> era uscito sconfitto dalle aule, questa volta penali, con esiti comici verso il cliente, il mondano possidente Gabriel von Eisenstein. Per un reato che oggi definiremmo «bagattellare», Eisenstein era stato condannato a cinque giorni di prigione, ma in appello l'opera professionale di Blind aveva fatto sì che la condanna fosse aumentata a giorni otto. «Eisenstein (entra agitato)/Con un simile avvocato sei perduto, sei spacciato! Ti vien meno la pazienza». «Rosalinde/Su, pazienza». «Blind/Su, pazienza». «Eisenstein/Ora, invece che risolto, il problema si è contorto, e la colpa è solo sua!». «Blind/Colpa di chi?». «Rosalinde/Colpa sua? Sarebbe colpa sua?». «Eisenstein/Si, solo e soltanto sua!». «Rosalinde/Del signor avvocato?». «Blind/Non è vero!». «Eisenstein/Ora vedrai!».

E alla richiesta della moglie di spiegazioni: «Eisenstein/Ascoltami». «Blind/No, voglio prima difendermi!». «Eisenstein/Si risparmi la fatica, qui c'è poco da difendersi!». «Blind/A me pare voglia offendermi?». «Rosalinde/Calma e sangue freddo, perché questa collera?». «Eisenstein/Il signor avvocato vaneggia come un folle». «Blind/Ha cominciato il signor Eisenstein a gridare». «Eisenstein/Lei balbetta a ogni parola!». «Blind/E lei insulta con ogni parola!». «Eisenstein/Lei gracchia come una cornacchia». «Blind/Lei è uno zotico!». «Eisenstein/E lei è uno stupido!». «Blind/Lei è spietato! Lei mi sembra un cane rabbioso ed è tronfio come un tacchino!». «Eisenstein/Lei non fa altro che sputare fiele ed è matto

---

<sup>(9)</sup> F. Pulcini, *op. loc. cit.*

<sup>(10)</sup> Operetta in tre atti, libretto di Carl Haffner e Richard Genée da «Le Réveillon» di Henri Meilhac e Ludovic Halévy. Prima rappresentazione Vienna, Theater An der Wien, 5 aprile 1874.

come un cavallo!». «Rosalinde (a Eisenstein)/Non affaticare la voce, calmati, adesso!» (a Blind) «Forse è meglio che lei vada, o succede un putiferio!». «Eisenstein/Sì, ha ragione, su, ci lasci, o succede un putiferio!». «Blind/Questo tono non mi piace, sì, vi lascio! Me ne vado, sì, sì, me ne vado da questa casa!». «Rosalinde/Calma dunque la tua rabbia; condannato? Be' pazienza; rassegnati, e tra cinque giorni tra soli cinque giorni sarà tutto finito!». «Eisenstein/Cinque giorni, dici? Adesso sono otto! Me ne hanno dati tre in aggiunta, vedi cosa è riuscito a combinare quest'uomo; in galera oggi stesso mi devo presentare, altrimenti mi verranno a prelevare». «Rosalinde/Questo è un po' troppo, devo dire!». «Eisenstein/Non è vero?»». «Rosalinde/Ah, mio povero marito, oggi stesso devi andare? Con che parole ti posso consolare? Tutto questo come lo posso sopportare?»».

Al vero, Rosalinde è felicissima di sopportare, poiché prima dell'ingresso del marito e dell'avvocato aveva fatto la sua apparizione in scena Alfred, tenore italiano innamorato della donna e deciso ad approfittare del pur breve periodo di forzata assenza di Eisenstein.

Da qui una serie di equivoci che condurranno Eisenstein a posticipare l'inizio della pena per recarsi con Falke alla festa del principe russo Orlofsky; Alfred a rimanere presso Rosalinde indossando gli abiti di Eisenstein; Frank, il direttore delle carceri, che giunto per tradurre Eisenstein in prigione viene indotto a credere che Alfred sia il padrone di casa e lo conduce con sé; la festa da Orlofsky nel corso della quale Falke trama alle spalle di Eisenstein, presentato come Renard, per vendicarsi di quella volta che durante il carnevale l'amico lo aveva fatto tornare a casa alla luce del giorno vestito da pipistrello; l'arrivo del direttore delle carceri sotto le mentite spoglie del cavaliere Chagrin, e quello di una misteriosa contessa ungherese in maschera, che altra non è che Rosalinde, subito corteggiata dal marito che, non avendola riconosciuta, come era abituato a fare con le altre conquiste femminili le mostra il suo orologio, che lei gli sottrae.

Tra *czarde*, arie dedicate allo champagne e valzer si arriva alle sei del mattino e Chagrin (in realtà Frank) e Renard (Eisenstein) se ne vanno insieme verso la prigione, ignorando che l'uno è il direttore e l'altro il detenuto. Via via tutti si ritrovano nell'ufficio di Frank, ed Eisenstein, giunto per iniziare la pena, resta sorpreso vedendo il cavaliere Chagrin, il quale gli racconta di aver già arrestato lo stesso Eisenstein; ma chi c'era in quella casa la sera precedente, mentre Eisenstein non c'era, e chi è stato imprigionato al suo posto? Eisenstein si svela, e Rosalinde sdegnata gli mostra l'orologio che gli aveva preso alla festa. In conclusione, Falke narra che si è trattato della vendetta del pipistrello, Eisenstein non se ne ha a male, e tutti insieme danno la colpa allo champagne.

Johann Strauss, che di giorno dirigeva la sua orchestra, compose «Die Fledermaus» in quarantadue notti, licenziandola sotto la definizione di operetta comica. «Il Pipistrello», però, è molto di più<sup>(11)</sup>: il suo è un tema d'operetta, ma la qualità della scrittura, la dettagliata raffigurazione dei personaggi, la precisa evidenziazione dei loro caratteri, la raffinata orchestrazione, l'avvicinano all'opera vera e propria più di quanto l'inquadramento nel genere apparentemente minore possa far pensare.

E Blind viene rappresentato quale personaggio da opera buffa, avvocato goffo e incapace, una caricatura della nobile professione che in dialetto napoletano si chiamerebbe dispregiativamente «paglietta»<sup>(12)</sup>; astuto, cavilloso e mediocre allo stesso tempo, ma valido a dare l'avvio al vorticoso gioco degli equivoci: «Blind/Non appena sarà uscito di galera, di gran carriera il processo riapriamo e le mostrerò quello che so fare: far ricorso, far appello, far reclamo, revisionare, recepire, sovvertire, devolvere, involvere, protestare, liquidare, eccepire, estorcere, arbitrare, riassumere, disculpare incolpare, calcolare, concepire...».

4. – «Der Prozess»<sup>(13)</sup> è ispirato al celebre romanzo di Franz Kafka. Ciascun quadro del lavoro di Gottfried Von Einem mette a fuoco un diverso aspetto dell'enigma, facendo risaltare l'irrazionalità della vicenda per il tramite di una vocalità essenziale e poco propensa al lirismo che ne ha ostacolato l'affermazione presso un pubblico non preparato alle asprezze della linea melodica.

La trama, che qui può intendersi anche nel senso di intrigo, di macchinazione, è ai lettori di Kafka sicuramente nota: dopo l'arresto Josef K. cerca angosciosamente di comprendere cosa stia realmente accadendo, e lo fa attraverso la sua vicina di casa, la signorina Bürstner. Di notte e da un passante K. riceve l'invito a comparire in tribunale: la prima parte dell'opera si conclude con l'interrogatorio, di fronte alla cui incomprendibilità l'interrogato mette in campo diversi sotterfugi che finiscono per convincere i giudici della sua colpevolezza.

<sup>(11)</sup> Vi tengono testa probabilmente solo «Die lustige Witwe» – «La vedova allegra», e «Das Land des Lächelns» – «Il Paese del sorriso» di Franz Lehár (1870-1948), autore che appartiene a un'altra epoca, per cui è diverso il suo spirito e l'atteggiamento nei riguardi della vita. «Il Pipistrello», dal suo canto, è l'emblema di un'allegria ancora integra, e contiene musiche tra le più spumeggianti che mai siano state composte.

<sup>(12)</sup> Sull'iconografica figura si veda A. Vitelli, *Il paglietta napoletano. Spigolature e curiosità di Storia napoletana*, Napoli 2012.

<sup>(13)</sup> Opera in due parti e nove quadri su libretto di Boris Blacher e Heinz Tilden von Cramer. Prima rappresentazione Salisburgo, Festspielhaus, 17 agosto 1953.

Nella seconda parte K. assiste alla bastonatura delle due sentinelle che erano andate ad arrestarlo; poi incontra il suo avvocato, che sembra informatissimo su quel processo che, al contrario, per l'imputato continua ad apparire un mistero. Dopo l'intermezzo in banca, in cui tutti parlano del processo in corso, il pittore Titorelli convince K. dell'impossibilità di ottenere l'assoluzione<sup>(14)</sup>. L'ultimo quadro è ambientato nel duomo cittadino, dal quale il protagonista viene prelevato per essere condotto al patibolo, non prima di essersi confidato con un sacerdote.

Nel romanzo di Kafka, e ovviamente in misura diversa nella musica di Von Einem, viene sì «descritta l'irruzione della legge nella vita dell'uomo», ma per così dire *in abstracto*, non inserendo «la cosa concretamente sul sostrato di un reale, singolo destino. Sino alla fine non sappiamo in che cosa consista la colpa di Josef K., non conosciamo la forma di verità cui la sua vita avrebbe dovuto adempiere. Kafka rende solamente l'atmosfera del contatto fra la vita umana e la elevatissima verità extraumana, il suo clima e la sua aura»<sup>(15)</sup>.

E Josef K. nel «Processo» sottopone a dirompente critica «tutto l'ordinamento della 'giustizia', durante la prima udienza giudiziaria. Egli l'attacca appassionatamente, minaccia in apparenza con efficacia, e da accusato trapassa al ruolo di accusatore. L'apparente costernazione del tribunale, il suo ritrarsi e l'irrisolutezza, che caratterizza la sostanziale incommensurabilità di quel sublime con le categorie umane, eccitano la temerarietà e il fuoco riformatore del protagonista»<sup>(16)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> B. Cavallone, *La borsa di Miss Flite, Storie e immagini del processo*, Milano 2016, 195 ss., a proposito del testo in prosa evidenzia come, di là dalle apparenze, «agli occhi di un processualista, le cose stanno diversamente, perché in realtà Titorelli impartisce al visitatore una lezione di alto livello dottrinale intorno ai possibili sviluppi ed esiti del processo che tanto lo preoccupa (...). Innanzitutto, l'ipotesi di una condanna di Josef K. non viene neppure menzionata, e l'omissione è giustificata in quanto la condanna c'è già, e Josef K. se la porta dentro fin dal momento del suo surreale arresto (...). Ora, se mai, cerca di liberarsene. Dunque si parla soltanto di assoluzione (*Freisprechung*), e questa – spiega il pittore – può avere tre forme diverse, alle quali corrispondono tre diversi tipi di effetti giuridici», che l'a. riassume: «L'assoluzione effettiva», «L'assoluzione apparente», «La dottrina della *Verschleppung*», che consiste «nel mantenere indefinitamente il processo nel suo grado più basso (...). A questo fine è necessario che l'imputato e il suo avvocato mantengano i contatti con il giudice, cerchino di farselo amico. Di tanto in tanto bisognerà prendere cautamente qualche iniziativa, concordare i tempi e le modalità di un breve interrogatorio, o di una perquisizione, e così via: dare in generale l'impressione che il processo continui a muoversi, a svilupparsi, sia pure senza concludersi mai».

<sup>(15)</sup> B. Schulz, introduzione a F. Kafka, *Il processo*, Milano 2010, 9-10.

<sup>(16)</sup> B. Schulz, *op. cit.*, 8.

5. – Emilio Praga, eclettico esponente della scapigliatura milanese, scrittore, non solo di libretti d'opera, ma anche poeta e pittore, trasse il testo dell'opera «L'avvocato Patelin»<sup>(17)</sup> da *La Farce de Maître Pathelin*, una *pièce* teatrale probabilmente venuta alla luce negli anni 1456-1460 del Medio Evo. Tra coro (di contadini e contadine) e comparse (guardie campestri e villici), le vicende di Patelin, Lisa sua figliuola, Guglielmo merciajo e possidente, del figlio Valerio, di Agnolo il pastore, hanno luogo nel 1700 in un villaggio della Bassa Normandia.

Il giudice, Bertoldino, annuncia l'arrivo dell'avvocato Patelin esaltandone le doti (benché – recita il libretto – con molta prosopopea): «Bertoldino/Amici, fra brev'ora, in mezzo al gaudio di questa festa, arriverà l'illustre causidico, dottor, giureconsulto e legulejo, avvocato Patelin! Dalla dottrina sua retti e protetti sempre sarete voi».

Il pastore Agnolo si lamenta di essere stato allontanato dal suo gregge: «Agnolo/Dite un po' di che mi accusano? Di sgozzare i miei montoni, e di farne salsiccioni e altre cose da mangiar!».

Egli sta abbozzando una prima rudimentale difesa, «Agnolo/Se li uccido è per difenderli dal flagel dello scorbuto; il mio prossimo lanuto muor così senza penar», quando giunge il famoso avvocato e incontra l'accoglienza che ciascuno vorrebbe avere: «Coro/Largo, largo al gran legale, largo al vostro difensor! Un ingresso trionfale presto fate al gran dottore. Sia l'Avvocato bene arrivato; onore al merito, al genio onor». E «Agnolo/Un avvocato! O me beato! Tosto lo nomino mio difensor. La mia difesa mi par già stesa, mi sembra d'essere già vincitor».

All'entusiasmo elogiativo della piazza e del futuro assistito si contrappone la descrizione che il legale, benché sia entrato drappeggiandosi solennemente nel mantello, dà di se stesso: «Patelin/Dottorato nell'alma Sorbona, cinto il fronte di gloria e d'onor. Qui portai la mia augusta persona, ricoperta di gloria e di allor». Ma subito dopo, sotto voce: «Patelin/Guai se i panni che stanno di sotto si vedessero in piena città; ho un vestito lurido e rotto che a guardarlo farebbe pietà». Indi, rivolgendosi al popolo: «Patelin/Mille cause ho già vinte e protette col mio genio sapiente e sovrano. So a memoria le antiche Pandette il diritto civile e romano!». E di nuovo, rimuginando su di sé: «Patelin/Le mie scarpe non hanno più tacco, ho forate le tasche e il gilè; ho la scatola senza tabacco, nella borsa più un soldo non c'è».

---

<sup>(17)</sup> Commedia lirica in tre atti. Prima rappresentazione Milano, Teatro Re, 29 maggio 1871.

Patelin in realtà non è un onesto avvocato, e per appropriarsi di una preziosa stoffa nel negozio di tessuti di Guglielmo finge che il proprio padre sia debitore del merciaio: «Patelin/Al contrario! È il sotterrato che finor non vi ha saldato; cento scudi d'arretrato per pagarvi io vengo qua».

Nel secondo atto il legale, che avendo dato appuntamento a Guglielmo per l'adempimento del debito non sa come disincagliarsi, riceve in Studio la visita di Agnolo che gli narra il reato del quale è accusato: «Agnolo/Pastore di Guglielmo, l'avarò merciajo, con poco salario non posso campar; e ho fatto un negozio, con un certo beccaio, con cui qualche soldo mi posso buscar. Se veggio che il gregge minaccia scorbuto, lo scanno all'ingrosso, lo scanno al minuto, e poi, se periglio nell'aria non fiuto, lo vendo al beccaio per farmi pagar».

Ma poiché è stato scoperto da Guglielmo, che gli ha spaccata la testa, è dall'evento di danno che Patelin prende le mosse per il piano di difesa: «Patelin/Ringrazia, o baggiano codesta tempesta. Le busse che hai prese son dono del ciel (...) Tu sarai chiamato al tribunale (...) Di ciò ricorda. Farai l'orecchia sorda alle domande che ti saran fatte dal giudice, da me, da questo, o quello; terrai la faccia tosta e per tutta risposta risponderai col verso dell'agnello». «Agnolo/Bè, bè, bè, bè». «Patelin/Va bene così benone, e perderà il processo il tuo padrone».

Il processo è tutto da ridere: chiamata dal Cancelliere la causa dinanzi a Bertoldino, parla per primo l'accusatore: «Guglielmo/Vi dirò di quel briccone». «Bertoldino (interrompendolo)/Non parole a doppio senso!». «Guglielmo/Bene: allora quel mascalzone». «Bertoldino/Nuove ingiurie». «Guglielmo/È ver, ci penso. E sia pur – quel malfattore di pastore – mi ha rubato trentasei de' miei montoni». «Patelin/Queste son supposizioni sol le prove a attendere sto». «Guglielmo/Per lo cielo! Or che ha parlato, dubitare io più non so: è il ladron matricolato che il mio panno mi rubò». «Bertoldino/Ritorniamo a quei montoni». «Guglielmo/Ai montoni? Eccomi qua». «Patelin/Ma ci vogliono ragioni, prove e prove in quantità».

Guglielmo, però, man mano si confonde tra il ladro del panno (Patelin) e il ladro di montoni (Agnolo): «Tutti/Che dice? Farnetica, fa cento versioni; torniamo alle pecore, torniamo ai montoni. Silenzio! Silenzio! La testa ei perdè». «Bertoldino/(a Guglielmo) Vi tolgo la parola» (ad Agnolo) «Sedete al mio cospetto. Appressati, o pastore e levati il berretto, alza la man va bene».

Da questo momento, e come concordato con il legale, alle domande del giudice Agnolo risponde sempre «bè», finché Patelin pronuncia l'arringa: «Patelin (alzandosi maestoso in mezzo allo stupore generale)/Io dirovvi, io dirovvi, o signori, di tal fatto la triste ragione! Di Guglielmo

il feroce bastone, del pastore la testa spezzò. Or chiedete ai più eccelsi dottori, vi diran che da un cranio in sconquasso alla lingua non corre che un passo. Quel baston, questi in muto mutò. Privo ormai di altri mezzi canori, parla al par d'innocente animale. Pure il senno del gran Tribunale, dubbio alcun ch'ei convinca, non ho!». E il merciajo fu condannato alle spese!

Alla fine, però, la furbizia dell'avvocato viene presa a stratagemma da Agnolo per sottrarsi al pagamento del dovuto compenso<sup>(18)</sup>. «Patelin/O cliente fortunato. Dalla forca ti ho salvato grazie al senno, grazie all'arte. Ora, a te, fa la tua parte, qua il denaro, tocca a te». «Agnolo/Bè». «Patelin/Si, comprendo, inver tu agisti come fanno pochi artisti; ma or si tratta d'alto affare, caro mio devi pagare. Qua il denaro, tocca a te». «Agnolo/Bè». «Patelin/Lascia quel bè! Parli con me». «Agnolo/Bè». «Patelin/Grossa quest'è». «Agnolo/Bè! Bé». «Patelin/Tu parla a me!». «Agnolo/Bè! Bè! Bè!». «Patelin/Fidavo in te». «Agnolo/Bè! Bè! Bè! Bè!». «Patelin (tenendolo pel collo, e scuotendolo)/Basta col bè! Qua il morto, a me!». «Agnolo/Ahi! Ahi! Ahi!». «Patelin/O mascalzone, oh furbaccione, rifarti saggio ben io saprò». «Agnolo/O che invenzione fare il montone! Più di linguaggio cambiar non vo!». «Patelin/Montanaro, qua il denaro, o al capestro ti balestro che già stavati a aspettar». «Agnolo/L'avvocato già è sfiatato, presto, presto, lesto, lesto non lasciamoci pigliar». «Patelin (inseguendo Agnolo)/Montanaro, qua il denaro. Brava gente, ajuto, a me». «Agnolo/Bè! Bè! Bè! Bè! Bè!», e spedito fugge via.

6. – Come Praga, anche Antonio Ghislanzoni, autore del libretto dei «Promessi sposi»<sup>(19)</sup>, fu scapigliato milanese<sup>(20)</sup>. Il testo musicato da Errico Petrella fa appello a modelli operistici consueti (Don Abbondio e

(18) Applicando al contrario la massima di H. Heine, *Impressioni di viaggio. Italia, 1826-1831*, per la quale gli avvocati sarebbero come «girarrosti delle leggi che, a forza di girarle e rigirarle, finiscono per cavarne un arrosto per loro».

(19) Melodramma in quattro atti. Prima rappresentazione Lecco, Teatro Sociale, 2 ottobre 1869.

(20) Che la scapigliatura si misurasse anche librettisticamente con Manzoni era naturale e prevedibile, per gli edipici rapporti ombelicali che legano i rivoltosi al rivoltante: F. Portinari, *Pari siamo! Io la lingua, egli ha il pugnale. Storia del melodramma ottocentesco attraverso i suoi libretti*, Torino 1981, 199. Secondo l'a. la riduzione di Ghislanzoni del celebre romanzo «sembra onesta per coerenza ideologico-stilistica nella scelta degli episodi, nella caratterizzazione dei personaggi, nella prosaicità spoglia di enfasi o di auliche sublimazioni linguistiche, trasformando il sacro testo in un racconto scapigliatamente semiserio, campagnolo, senza timori di degradazione linguistica nel quotidiano, anzi esibendo questa realistica qualità».

Perpetua buffi, Renzo e Lucia lirici), e non riesce a trasfondere nei versi quasi nessuna delle profonde meditazioni del capolavoro manzoniano. «Il pubblico (mi son detto) riempirà colle proprie reminiscenze le inevitabili lacune del melodramma, e sulle poche scene, sui pochi quadri che gli andrò esponendo, ricostruirà tutto intero il romanzo. Ho dunque curato, nei tratti che mi fu dato riprodurre, di attenermi fedelmente all'originale»<sup>(21)</sup>.

Qui l'avvocato ha davvero esiguo spazio: nell'atto primo (scena terza, quadro sesto) Azzecagarbugli è a tavola con Don Rodrigo, il conte Attilio e numerosi convitati, ovviamente nel palazzo del primo, e all'avvicinarsi del giorno di San Martino insieme con gli altri intona: «Tutti/Alla vittoria di don Rodrigo! Vuotiamo i calici, viva l'amor!».

Ed è nelle parti corali e nelle arie d'insieme che emerge maggiormente il lavoro musicale di Petrella, il quale per il resto segue il libretto attraverso una dimensione modesta e sentimentale, sostanzialmente intimistica.

7. – Nelle «Astuzie femminili»<sup>(22)</sup> Domenico Cimarosa mette in scena la formula tipica dell'opera buffa: personaggi usuali – il tutore, la pupilla da lui segretamente amata, il giovane innamorato, l'uomo anziano cui è stata invece predestinata – una serie di finzioni, travestimenti, beffe, che alla fine condurranno Bellina in sposa all'adorato Filandro.

Dalla lettura del testamento del padre si apprende che la giovane erediterà solo se acconsentirà alle proprie nozze con un amico di famiglia, Giampaolo Lasagna, vecchio, buffissimo, goffo, che sa esprimersi solo in dialetto napoletano.

Il testamento è interpretato e spiegato negli effetti da Don Romualdo, avvocato e tutore della ragazza: «Romualdo/Ho già letto ed ho riletto: non c'è equivoco, ma è schietto. È del padre tutta vostra la grandiosa eredità. Ad un patto, ch'abbia effetto il contratto nuziale stabilito con quel tale che da Napoli verrà». «Ersilia/Ma se poi non le piacesse?». «Filandro/Ma se alfin non lo volesse?». «Romualdo/In tal caso solamente la legittima le dà». «Ersilia/Io dirò che voi sbagliate». «Filandro/Sì, sbagliate, Dottor caro!». «Romualdo(alzandosi)/ Son Dottore e non somaro! Baldo e Bartolo ho studiato. In *utroque* laureato fo nel mondo autorità! E a un mio pari dir: sbagliate. È una gran temerità!». «Bellina/V'acchetate, mio Dottore!». «Romualdo/Io non sbaglio, no, signore!». «Bellina/Io per me di voi mi

<sup>(21)</sup> Così A. Ghislanzoni, nell'introduzione al libretto dell'opera.

<sup>(22)</sup> Commedia per musica in due atti su libretto di Giuseppe Palomba. Prima rappresentazione Napoli, Teatro dei Fiorentini, 26 agosto 1794.

fido». «Romualdo/Io non sbaglio e me ne rido!». «Bellina, Ersilia e Filandro/Via, non più, non v'accendete, ma pensiamo con quiete a far quel che si potrà». «Romualdo/No, non sbaglio, ve l'ho detto; nelle leggi io son provetto e ogni giudice lo sa! Il codice prendiamo». «Filandro/Basta, basta: sbagliamo noi; perdono!». «Bellina/E intanto in questo caso disperato che deggio far?». «Ersilia/Pregare il ciel pietoso che per viaggio crepar faccia lo sposo». «Bellina/Sprecar sarebbe il fiato: il mio futuro sposo è già arrivato!». «Romualdo/Oh, perbacco!». «Filandro/Che sento!». «Ersilia/All'arte allora soccorso cercherò, farò di tutto perch'egli fugga via!». «Bellina/Io sono pronta a far la parte mia». «Romualdo/Baldo questo non vieta; anch'io vi aiuterò. Io tutte l'arti adopererò del Foro per non perdere in lei bellezza ed oro».

Si sa che il nostro ordinamento reputa illecita, in quanto contraria all'esplicazione della libertà matrimoniale, la condizione apposta dal testatore volta a subordinare l'efficacia delle disposizioni di ultima volontà alla circostanza che l'istituto contragga matrimonio: essa, pertanto, «si considera come non apposta, tranne che abbia rappresentato l'unico motivo ad indurre il testatore a disporre, ipotesi nella quale deve considerarsi nulla la disposizione testamentaria»<sup>(23)</sup>.

È noto, altresì, che il dato positivo sancisce l'illiceità del contrario, cioè della condizione apposta alla scheda testamentaria «che impedisce le prime nozze o le ulteriori» (così l'art. 636 c.c.).

Alla soluzione del problema di Bellina e Filandro, insomma, al giorno d'oggi l'avvocato Romualdo sarebbe potuto pervenire attraverso altri passaggi (elaborati dalla S.C. nella richiamata pronuncia): a) giurisprudenza di legittimità, e parte della dottrina, «nell'intento di salvaguardare nella maggiore misura possibile la volontà del testatore», hanno fornito un'interpretazione restrittiva dell'art. 636, comma 1, c.c., per la quale la condizione che ponga all'istituto un divieto assoluto di nozze sarebbe illecita; b) è stato altresì chiarito che se lo scopo della disposizione codicistica è di tutelare la libertà di contrarre matrimonio, essa non è violata «nei casi in cui la condizione non sia dettata dal fine di impedire le nozze, ma preveda per l'istituto un trattamento più favorevole in caso di mancato matrimonio, e, senza per ciò influire sulle relative decisioni, abbia di mira di provvedere, nel modo più adeguato, alle esigenze dell'istituto, connesse ad una scelta di vita che lo privi degli aiuti materiali e morali di cui avrebbe potuto godere con il matrimonio (Cass., sent. n. 2122 del

---

<sup>(23)</sup> Cass. 15 aprile 2009, n. 8941.

1992)»; c) «nella medesima prospettiva è stata considerata lecita la condizione che lasci un ampio margine di scelta all'istituito, in modo da non porre a suo carico una limitazione psichica intollerabile, e si è esclusa tale intollerabilità nella ipotesi della condizione, apposta dal testatore alle attribuzioni fatte all'erede, di non contrarre matrimonio con persona determinata, o quella di contrarre matrimonio (v. Cass., sent. n. 150 del 1985), ovvero di contrarlo con persona appartenente alla stessa classe sociale dell'istituito (v. Cass., sent. n. 102 del 1986)»; d) sempre a seguire i giudici di legittimità, se il divieto dell'art. 636 c.c. «trova fondamento nel particolare favore del legislatore del 1942 per il matrimonio, la questione della liceità delle clausole limitative delle libertà dell'istituito va rivisitata alla luce del riconoscimento, ad opera delle sopravvenute disposizioni costituzionali, dei fondamentali diritti di libertà»; e) l'illiceità della condizione di contrarre matrimonio, allora, discende non dalla lettura estensiva dell'art. 636 c.c., comma 1, c.c., quanto, piuttosto, dall'art. 634 c.c. (per il quale «nelle disposizioni testamentarie si considerano non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, salvo quanto è stabilito dall'art. 626»), «risultando la condizione di cui si tratta in contrasto con norme imperative e con l'ordine pubblico, in quanto limitativa della libertà dell'individuo in merito alle fondamentali scelte di vita, in cui si esplica la sua personalità ai sensi dell'art. 2 Cost.», considerato «la certa e diretta efficacia delle norme costituzionali concernenti i diritti fondamentali della persona, oltre che nei confronti dei pubblici poteri, anche nei rapporti tra privati, per cui deve escludersi che ad essa possa essere sottratto, in virtù del principio della salvaguardia della libertà testamentaria, il plesso della disciplina codicistica delle successioni *mortis causa*»; f) ciò posto, e spingendo in avanti il ragionamento, per la S.C. «va sottolineato che il diritto di contrarre matrimonio, che discende direttamente, oltre che dal citato art. 2 Cost., anche dall'art. 29 Cost., è espressamente enunciato nell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nell'articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848 (ed, oggi, anche dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000)».

In conclusione – avrebbe detto un Romualdo «contemporaneo» – il vincolo matrimoniale è, e deve rimanere frutto di una libera scelta auto-responsabile, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze, e, pertanto, va sottratto a ogni forma di condizionamento anche indiretto.

8. – «La festa di Carditello»<sup>(24)</sup> si apre nella campagna presso il bosco di Carditello, a lato l'osteria di Simone. Bernardo, seguito da Candida, da Ridolfo, di lei sposo segreto, e da Macario, manifesta a suo modo il progetto di voler passare quel giorno in allegria: «Bernardo/A me venite appriesso, a me lassate fa. Che possa morì ciesso chi non se vò spassà. De sta bella squadriglia songh'io lo caporale, non faccio parapiglia, e saccio che me fa». «Candida/Quel che vi piace fate, a spasso siam venuti. E a quel che comandate ciascuno ubbidirà». Anche gli avvocati, però, hanno il diritto a divertirsi: «Macario/Mestizia vada via, a monte il tribunale. Non fa all'avvocheria macchia l'ilarità».

A Candida e Ridolfo che confidano il proprio segreto, cioè l'impossibilità di portare a conoscenza delle nozze lo zio di lui, Macario dichiara di essere pronto a mettere a disposizione la propria opera professionale: «Macario/Via Signora Candida, fate cuore. Anche che vostro zio, signor Ridolfo scoprisse il vostro secreto matrimonio, lasciate che lo scopra. Sta qui Don Macario per voi». «Bernardo/Se miettete mmano a Don Macario, e non ncepenzà. Tene na lite mia mmano da quatt'anne pe na capitania da 200 docate, e me n'ha portate nfi a mo 195 de spesa». «Macario/Senza i miei onorarj».

All'osteria arriva anche Sofronia, moglie di Bernardo, che è costretto anch'egli a ricorrere ai favori del legale poiché alla consorte aveva falsamente riferito di essere diretto a Salerno per affari: «Macario/È pericolosa. Questa lite voi la perderete in prima istanza, appello, e cassazione». «Bernardo/E che me consiglie?»». «Macario/Dirò. Se restate vi nuoce. Se partire vi nuoce, dunque, il mio consiglio sarebbe». «Bernardo/Qua sarebbe?»». «Macario/Andate, restate, e fate quel che volete». «Bernardo/Io mò si pigliava mezza vicaria<sup>(25)</sup>, e la sbatteva nfaccia a Don Macario, non faceva na cosa bona?».

---

(24) Commedia buffa in due atti su libretto di Andrea Passaro. Prima rappresentazione Napoli, Teatro Nuovo sopra Toledo, inverno 1833.

(25) Quando don Pedro de Toledo fu nominato Viceré di Napoli, Carlo V gli raccomandò la cura della giustizia, per la quale si pose «il problema della sede dei tribunali, che erano sparsi un po' dappertutto per la città. La Sommaria stava in un fabbricato di proprietà del Marchese del Vasto (dove il nobile uomo aveva pure l'abitazione). La Gran Corte della Vicaria e il Sacro Regio Consiglio tenevano udienza nel chiostro di Santa Chiara (da qui, la denominazione del supremo consesso di Sacro Regio Consiglio di Santa Chiara). Il tribunale della Bagliva stava sotto le scale della chiesa di San Paolo e quello della Zecca nel palazzo antistante la chiesa di Sant'Agostino (perciò detto 'alla zecca'), a Forcella», A. Cirillo, *Castelcapuano. I luogbi, le storie, i personaggi di spada e di toga*, Napoli 1994, 70. Vagliate e scartate diverse soluzioni «il 26 ottobre del 1534 il Viceré chiese a Carlo V di dargli il suo beneplacito: si era in trattative per quattro mila ducati. Gregorio Rosso scrive che don Pedro 'fece accomodare lo Castello de Capuana, per trasferire in quello palazzo bellissimo e

Nell'atto secondo si affilano le strategie difensive: «Macario/Lasciate fare a me. Un ricorso fulminante». «Bernardo/Dice buono. Ricorriamo». «Macario/Vi farò vedere come so scrivere. Un Demostene, un Platone, un Orazio, un Cicerone, nello stile osserverete, che stupire ognuno farà». «Bernardo/Ccà è la tavola: l'accosta. Ossia detta, ed io lo scrivo. Ca pe chesto sono apposta vero masto, eccome ccà». «Macario/Scriver voi sapete bene». «Bernardo/Scriv'io comm'ossia voca». «Macario/Bravo dunque».

Segue il memoriale: «Macario/Ah! Facondia tu mi assisti dalla forza o mio pensier; il tuo nobile potere dal cervello fa spiccar»; e fra dettato e scritto viene fuori una pagina che molti anni dopo rivivrà in un famoso film con Totò e Peppino de Filippo <sup>(26)</sup>. «Macario/Che cosa diamine avete scritto?». «Bernardo/Io aggio scritto nzò ch'aje dettato». «Macario/Voi siete un asino, vero calzato». «Bernardo/Tu si no ciuccio non saje dettare». «Macario/A voi di leggere posso insegnare».

9. – In prima esecuzione europea al Teatro dell'Opera di Roma il 18 gennaio 2011, «Uno sguardo dal ponte» <sup>(27)</sup> si presenta come la sostanziale riproduzione del dramma di Arthur Miller, il quale non mancò di offrire il proprio contributo al testo da mettere in musica <sup>(28)</sup>.

---

delizioso le carceri della Vicaria e li reggi tribunali? (...) In quel tempo Castelcapuano apparteneva a Filippo (non Carlo, come erroneamente sostiene il Celano) di Lannoy, principe di Sulmona (...) Il principe di Sulmona aveva ottenuto Castelcapuano in ricompensa dei servizi resi all'imperatore nella guerra contro il principe di Sassonia, che gli avevano fruttato anche la massima onorificenza del tempo: il Toson d'oro. Se l'era abbellito come meglio non poteva, per viverci con la sua sposa, Isabella Colonna, facendovi costruire persino dei giardini pensili. La permuta – con un edificio in via dell'Incoronata – avvenne il 4 maggio 1537. Don Pedro dovette rimaneggiare un po' tutto. Secondo il cronista Castaldi 'sfabricò le belle sale, le ornate camere, le deliziose logge e ridusse quel castello in forma di palazzo», così ancora Cirillo, *op. loc. cit.* E quel palazzo, nel quale operavano la Vicaria civile e criminale, la Regia Camera della Sommaria, il Sacro Regio Consiglio, la Zecca e la Bagliva (e per volere di Carlo di Borbone dal 1740 anche il Supremo Magistrato del Commercio), che dalla prima magistratura prese il nome, è stata la sede degli Uffici Giudiziari napoletani fino ad anni recenti.

<sup>(26)</sup> «Totò, Peppino e la... malafemmina», pellicola del 1956 per la regia di Camillo Mastrocinque.

<sup>(27)</sup> Opera in due atti, libretto di Arnold Weinstein e Arthur Miller. Prima rappresentazione Chicago, Lyric Opera, 9 ottobre 1999. Il giorno 11 marzo 1961 al Teatro Costanzi era andato in scena «Uno sguardo dal ponte», opera in due atti di Renzo Rossellini, su libretto proprio e regia di Roberto Rossellini.

<sup>(28)</sup> «Di tanto in tanto intervenivo su alcuni testi e in una o due occasioni li ho scritti proprio io, ma, in linea di massima, il lavoro duro l'ha fatto lui (Weinstein). Arnold e Bill continuavano a chiamarmi in causa e io dicevo la mia. Sembrava che funzionasse», ebbe a dichiarare Miller, scomparso nel 2005, in un'intervista rilasciata all'epoca della prima rap-

Il ponte è quello di Brooklyn, che spinge gli sguardi di Catherine e Rodolfo verso Broadway, luogo ai due giovani proibito per divieto di Eddie, un immigrato italiano che lavora nel porto e vive con la moglie Beatrice e con Catherine, la nipote di lei che dopo la morte dei genitori era stata loro affidata. All'inizio della storia affiora, con la sua visione patriarcale della famiglia, la necessità di preservare la ragazza dalle difficoltà della città; pian piano viene fuori l'ossessività della tutela verso Catherine; alla fine emerge il vero e proprio attaccamento morboso di Eddie alla nipote acquisita.

La quale, dal suo canto, è profondamente legata agli zii, subisce con difficoltà le ingerenze di Eddie nella propria vita (il vestito corto appena acquistato, le scarpe con il tacco esibite in casa, il lavoro da stenografa che vorrebbe accettare con il consenso dello zio, il fidanzamento, sono sottoposti a critica via via più serrante), non arriva a immaginare che è lei stessa la ragione della crisi della coppia che l'ha tirata su, non potendo, o non volendo accettare quell'amore incestuoso.

Il quadro viene modificato dall'arrivo di Marco e Rodolfo: entrambi in rapporti di parentela con la moglie di Eddie, entrambi accolti nella sua casa, sono fratelli profondamente diversi. Il primo, che ha lasciato in Italia una situazione familiare di estrema miseria, e ha come progetto quello di lavorare, guadagnare e far pervenire i ricavi alla moglie e ai figli, è segnato da un intenso senso dell'onore che lo condurrà al drammatico gesto finale; l'altro, al contrario, dimostra plasticamente la sua gioventù (bello e biondo, ama cantare, ballare, cucinare) e la voglia di inseguire il sogno americano, e per questa ragione genera la diffidenza di Eddie che gli contesta l'intenzione di sposare Catherine non per amore (che illecitamente prova lui stesso), ma per conseguire l'agognata cittadinanza.

---

presentazione dell'opera lirica. D. Villatico, *Le passioni di Miller sono una vera musica*, *La Repubblica*, 22 gennaio 2011, ci fa sapere che «Bolcom comincia come compositore dell'avanguardia estrema, i suoi modelli erano Stockhausen e Boulez, ma soprattutto Berio. Negli anni '60 la svolta. Si avvicina alla *popular* e all'*art music*. Senza tuttavia dimenticare le radici della scrittura seriale. Si autodefinisce 'compositore di canzoni da cabaret, concerti, sonate, opere, sinfonie e quant'altro'. Rientra pertanto in una tradizione tipicamente americana di mescolamento dei generi e degli stili. Ma ciò che in un compositore europeo riuscirebbe banale e incoerente, in lui risulta amalgamato e coerente. Se non si entra in quest'ottica non si capisce né il suo teatro né la sua musica. Non è né un musical né un'opera verista, non è Gershwin né Bernstein, non è Britten né Menotti. Meno che mai Barber o Copland. Tuttavia c'è un po' di tutto questo. Il suo intento principale: fare teatro e scrivere una musica comprensibile non tanto a tutti, quanto al pubblico americano, che vi riconosce il proprio melodizzare, da Porter a Dylan e oltre. E funziona».

Uscito di prigione grazie all'avvocato Alfieri, Marco, che Eddie quale ultimo tentativo di fermare la relazione tra Catherine e Rodolfo aveva segnalato all'immigrazione, e conseguentemente non aveva più potuto spedire il denaro in Italia, si reca dall'uomo che lo aveva denunciato e lo uccide rivoltandogli contro il coltello che lo stesso Eddie aveva sguainato.

In Bolcom, ancor più che nel dramma di Miller, Alfieri<sup>(29)</sup> svolge le mansioni di narratore, il cui racconto insieme al coro, rappresentato dagli abitanti del quartiere, sin dal primo atto fa assumere al lavoro del compositore statunitense la forma della tragedia greca<sup>(30)</sup>: «Alfieri/Oggi siamo Americani; siamo cittadini, siamo molto civili; non tengo più la pistola. Nei cassetti in ufficio. E sono avvocato». «Coro (annuendo, ma con sospetto)/Alfieri! Mala fortuna! Avvocato vuol dire sventura». «Alfieri/Vedete?». «Coro/Muovetevi». «Alfieri/Tremila anni di sfiducia».

Alfieri è intriso della mentalità dell'epoca: «Alfieri/Qui uomini ingiusti sono stati giustamente ammazzati». «Coro/La giustizia funziona dove la legge non c'è». «Alfieri/Eppure ogni tanto mi trovo una causa sulla scrivania e, mentre ascolto le preghiere del cliente, penso a un avvocato romano, tanto tempo fa, che guardava impotente come me, la causa andare avanti per la sua strada insanguinata». «Coro/Mala fortuna! Mala fortuna!».

Egli fronteggia Eddie che non vuole dare in sposa Catherine a Rodolfo: «Alfieri/Non c'è niente di illegale». «Eddie/La vuole per i documenti. Ci ride dietro, non lo vedete, Mr. Alfieri?». «Alfieri/Spendere non è

<sup>(29)</sup> «Si presenta come immigrato dall'Italia e sottolinea lo scarto tra il valore persecutorio della legge in Sicilia e viceversa il peso della legge negli Stati Uniti. Conosce Eddie e la sua famiglia, ne ha un giudizio positivo. Quando l'uomo si rivolge a lui perché preoccupato da Rodolfo, egli si mostra paterno e comprensivo, ma nell'assolo con enfasi chiama 'destino' il sentimento che cresce nel protagonista e che sembra incombere dall'esterno sulla sua vita», R. Auletta, *Scheda didattica – Arthur Miller, Uno sguardo da ponte*, traduzione di M. D'Amico, regia di E.M. Lamanna, nell'edizione del novembre 2015 al Teatro Parioli di Roma.

<sup>(30)</sup> «Era particolarmente importante dare al coro un ruolo di rilievo nell'opera. Nelle recenti produzioni della *pièce* a Broadway c'era quasi sempre un coro fuori scena e gente che si muoveva lungo i corridoi: alcuni poi si ammassavano qua e là. Credo che il regista volesse rappresentare la comunità che converge su Eddie man mano che compie le scelte sbagliate: probabilmente era la *pièce* stessa a richiedere questo tipo di meccanismo. Certo è che in un'opera lirica, il coro è una grande risorsa, difficilmente utilizzabile, però, in una *pièce* di prosa. Il coro introdotto nella versione del '57 ha avvicinato il dramma al modello greco ed è per questo che quando dissi ad Arthur Miller che mi servivano più cori lui ne fu entusiasta», W. Bolcom, *Uno sguardo nel cuore delle passioni*, in *Uno sguardo dal ponte*, programma di sala del Teatro dell'Opera di Roma, stagione 2011.

illegale». «Eddie/Sta a tavola da me, tutto ho faticato per quella bambina e la vuole per un pezzo di carta». «Alfieri/La legge non si interessa a cose del genere».

E dopo che all'esito di lungo monologo Eddie ha concluso che deve proteggere la giovane: «Alfieri/Insomma, Eddie, Catherine si vuole sposare». «Coro/Questo non è illegale». «Eddie/Con quell'imbroglione». «Alfieri/Mica si può sposare con te?». «Coro (con sussulto)/Madonna». «Eddie/Che diavolo dite?». «Alfieri/La legge. Non può far niente». «Eddie/Quello non è giusto! S'infilava nel paese, un clandestino». «Coro/Ah, questo è illegale». «Alfieri/Sì, questo è illegale». «Coro/Sì...Ma...». «Alfieri (temendo il peggio)/Adesso Eddie, ascolta!». «Coro/Adesso ascolta». «Alfieri/Ascolta». «Coro/Ascolta bene». «Alfieri/Tutti dobbiamo amare, questo la sappiamo, Eddie. Ma a volte». «Coro/Certi tipi di amore non devono crescere, Eddie». «Coro e Alfieri/Falle gli auguri, falla andare, Eddie».

Morto Eddie per mano di Marco, è sempre l'avvocato a chiudere l'opera, così come era incominciata unitamente al coro: «Coro/Occhi come tunnel». «Alfieri/Lo so che aveva torto, la sua morte è stata inutile! E sono stato impotente tutto il tempo». «Coro/Però si è fatto vedere, si è fatto conoscere per quello che era». «Alfieri/E per questo gli vorrò sempre bene più che ai miei clienti che sono più saggi, che si accontentano della metà e imparano a riderci sopra». «Coro/Quando la marea è giusta». «Alfieri e Coro/E fluttua la brezza della baia». «Coro/Senti le antiche onde della Sicilia, Siracusa». «Alfieri/Chissà quanto rimane nel nostro sangue, nelle nostre ossa di quel posto cupo e lontano ridotto in polvere e pietra». «Coro/Vediamo un volto, un volto scavato nella sabbia con occhi come tunnel». «Alfieri/E così lo piango». «Coro/Noi lo piangiamo». «Alfieri e Coro/Con una certa inquietudine». «Alfieri/ Questa è la fine della storia». «Alfieri e Coro/Buona notte».

Appare complessa la figura dell'avvocato Alfieri. Drammaturgicamente, come si è visto, è il soggetto narrante la vicenda, colui che diverse volte ne sottolinea i momenti decisivi, e che accompagna il coro degli abitanti del quartiere. Ontologicamente si tratta di un italo americano che per sua ammissione ha vissuto con modi prevaricatori, ed è questa forse la ragione per la quale resta intenzionalmente inerme di fronte alla chiara percezione della vendetta di Eddie e di un omicidio che era certo sarebbe stato consumato nell'incontro con Marco.

Da Eddie, tuttavia, e da quella sua particolare morale Alfieri si sente attratto, tanto da piangerlo per avergli voluto bene, più che a quegli altri più saggi clienti «che si accontentano della metà e imparano a riderci sopra».

10. – «Il prim'onor del Foro» si definisce l'avvocato Pavaret, all'inizio del lavoro di Giuseppe Mosca<sup>(31)</sup> scendendo a Joigni<sup>(32)</sup>. Nella diligenza ha viaggiato con l'amico Derville, innamorato di Costanza, e con Bellomo, «sonnacchioso napoletano» che «ingarbugliava linguazzi che non l'avrebbe capito nemmeno Licurgo», aspirante all'eredità (attraverso la sua mano) della nipote del dottor Montrichard.

Per assicurare l'incontro tra i due giovani spasimanti, Pavaret – che stava andando a Briancon a difendere una causa «da guadagnar diecimila, e più lire» – ingegna di tirare fuori da casa il medico: «Pavaret/Ah dottore rinomatissimo, io non ho altra speranza che voi, abbiate pietà d'un infelice viaggiatore; la mia povera moglie nel scendere dalla vettura l'ha preso un accidente, una verticine, una convulsione, una smania, una colica, un deliquio, una paralisia, un'apoplezia, un'epilessia, una caldiagia». «Montrichard/Oh! E quanti diavoli di mali, nemmeno in trenta spedali, ce ne sono tanti!».

Andato via Montrichard, e dopo che Derville e Costanza si sono dichiarati il loro amore, Pavaret espone all'amico lo stratagemma volto ad allontanare il pretendente Bellomo: «Pavaret/E perciò bisogna far capo dall'epistola d'Orazio ai Pisoni, Hamano Capiti Cervicem, Pretor, Equinam fungere velit<sup>(33)</sup>. Tu questo l'intendi?». «Derville/Ma parla alla scoperta». E «alla scoperta» Pavaret afferma che occorrerebbe fare emergere un nuovo erede, un cugino che vanta diritti sulla successione: «Derville/E chi sarà questo?». «Pavaret/Sarai tu». «Derville/Questo non mi dispiacerebbe». «Pavaret/Ma ci bisognano delle prove, come quelle di conoscere in volto il Napolitano» – avevano viaggiato insieme, ma nella diligenza era buio – «di appurare il nome del zio».

Nonostante i solenni proclami di «Pavaret/Justitia et pax obsculatae sunt. Vengo a dirvi con quello, ch'io sono un avvocato; ma non di quelli, che vanno trovando liti, come i medici, vanno trovando i mali». «Montrichard/I medici non vanno trovando i mali, ma i mali vanno trovando i medici»; «Pavaret/Eccomi a voi. Il più bello ufficio di un uomo di legge, è quello di soffocare le voci delle liti, e di unire, e di conciliare le parti

---

<sup>(31)</sup> «La diligenza a Joigni, o sia il collaterale», dramma giocoso su libretto di Giuseppe Palomba. Prima rappresentazione Napoli, Teatro dei Fiorentini, 1813.

<sup>(32)</sup> Dovrebbe trattarsi di Joigny, cittadina francese nel dipartimento della Yonne, regione Borgogna-Franca Contea.

<sup>(33)</sup> «*Humano capiti cervicem pictor equinam iungere si velit, et varias inducere plumas undique collatis membris, ut turpiter atrum desinat in piscem mulier formosa superne, spectatum admissi, risum teneatis, amici?*», Orazio, *Ars poetica*, 1-5.

avverse; abbracciate» – a Bellomo – «dunque il vostro amabile cugino, e mio amatissimo cliente», la trovata ha esito negativo. Bellomo, infatti, riesce a produrre i documenti che dimostrano la composizione della famiglia (alla quale non si apparteneva il finto cugino).

Nell'atto secondo prende forma un nuovo disegno di Pavaret sempre allo scopo di sottrarre Costanza a Bellomo e mandarla in sposa a Derville. Anticipandone il contenuto con le solite difficili parole, il legale fa al dottore una rivelazione sull'amico: «Pavaret/Aveva una lettera di raccomandazione da darvi, e non ve l'ha data; ha voluto principiar dalla nipote pupilla, e non dal zio tutore, ch'è la persona legittima». Mentre Montrichard legge, l'avvocato gli sussurra all'orecchio: «Pavaret/Egli conta ne' suoi antenati quarantatré marescialli, novanta brigadieri, trecento e sedici colonelli». «Montrichard/E voi, disceso da un illustre famiglia, carico di beni di fortuna, coverto dall'onorata divisa, vi gettate nel disonor d'un inganno?». «Derville/Ah! Non fui io, Signor Dottore, mi sedusse l'ardente amore per la vostra nipote». «Montrichard/Chi qua mi scrive, sarei nell'obbligo di ubbidirlo alla cieca; ma il male è tanto avanzato, che non ci fia più rimedio». «Pavaret/Per voi medici? Ma gli avvocati sanno trovare il rimedio di guarire anche un morto quattriduoano».

A questo punto, e con la complicità di Montrichard, a Bellomo verrà presentata una donna bella e uguale a Costanza, cioè ella stessa vestita all'americana, e in luogo delle ricchezze l'aspirante marito sarà attirato piuttosto da quella che si farà credere cugina di Costanza. Così Derville si legherà all'amata e lascerà al Dottore i trentamila franchi di dote: «Pavaret/Confesso che procedo contro al diritto civile; ma la maggior gloria d'un avvocato è il vincere una causa quando ha torto».

La burla sortisce l'effetto, e Costanza può sposare Derville. Prima, però, l'avvocato snocciola i dettami della sua professione: «Pavaret/Ciascun paventa e trema quando al forense campo la voce mia suprema si accinge ad arringar. Le causeperate io l'ho per coccolate, e tanto dico, e sdico che l'ho da guadagnar. A un uom sessagenario, che non vuol pagar debiti, lo fo con un cavillo già ritrovar pupillo da non poter contrahere nella minore età. A cento spose, e vedove per farle dei vantaggi le metto ai maritaggi ed ecco il mio talento le fa già tutte cento orfane diventar. Succedono rissì e liti? Si trovan dei feriti? Io maschero il delitto, lo svolgo ad un tal sito, che preso va il ferito, ed il feritor sen va. Dei beni altrui disporre, so io quando m'occorre, produco eredi, e aguati, o morti, o non mai mai nati. E in opposizione; e Bartolo, e Giasone e Baldo, e Romualdo, Cujacio, e Farinaccio, gli pongo sul mostaccio, e non gli fò parlar. E diamo ancora il caso». «Bellomo/No cchiù, so persuaso». «Pavaret/E diamo il

caso, che manco in questo, non lascio testo, in Gizzarello, in Tiraquello, ci sta la pratica, ci è la pramatica, ci sono gli appelli, l'eccezioni, ed i rimedi, le discussioni. E istanze, suppliche, e more e termini, invento ad aere. Dottori arabici, dottori bulgari, dottori antipodi. Finché il contrario, già flagellato presto all'accomodo strillar dovrà. E poi». «Bellomo/Ne votto. Chi t'ha figliato! Che mme vuò accidere? Mme vuò atterrà?». «Pavaret/Un più dottissimo bravo avvocato di me più celebre no, non si dà».

A un «orecchiante» di lirica il panegirico di Pavaret richiama alla mente quello di Dulcamara che nell'Elisir donizettiano, diciannove anni dopo<sup>(34)</sup>, declamava gli effetti dell'odontalgico mirabile liquore; all'avvocato non può di certo essere di conforto l'assimilazione di linguaggi tra il ciarlatano e il professionista (nella specie ciarlatano alla pari)!

11. – Solo nelle mozartiane «Nozze di Figaro»<sup>(35)</sup> può accadere che un medico, Bartolo, il tutore di Rosina al quale era stata sottratta dal Conte d'Almaviva, si metta a fare il difensore di Marcellina: «Bartolo/Io da lei scelto avvocato vengo a far le sue difese, le legittime pretese io qui vengo a palesar». In realtà ci sarebbero anche il testimone, «Basilio/Io, com'uom al mondo cognito, vengo qui per testimonio. Del promesso matrimonio con prestanza di danar», e il giudice Don Curzio, tale per diretta investitura del Conte.

La «causa», che è uno soltanto degli accadimenti che nel corso della *folle journée*<sup>(36)</sup> si susseguono, si intrecciano, sembrano sciogliersi, per poi

<sup>(34)</sup> Milano 12 maggio 1932.

<sup>(35)</sup> Commedia per musica in quattro atti su libretto di Lorenzo Da Ponte, da *Le Mariage de Figaro* di Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais. Prima rappresentazione Vienna, Burgtheater, 1° maggio 1786.

<sup>(36)</sup> *La Folle Journée ou le Mariage de Figaro*, seconda commedia dopo *Le barbier de Séville* (1775) e prima de *La mère coupable* (1792), è il titolo esatto del lavoro teatrale con il quale Beaumarchais intendeva opporre lo spirito di iniziativa del terzo stato ai vizi e all'ineadeguatezza di clero e aristocrazia. Rappresentata per la prima volta a Parigi il 27 aprile 1784, cagionò lo sdegno di Luigi XVI. Eppure «il successo che il pubblico aristocratico decretò al *Mariage de Figaro*, fu trionfale. Gli oggetti stessi della satira politica e sociale del Beaumarchais si divertivano un mondo alla denuncia dei loro difetti, e si spellavano le mani ad applaudire, secondo una meccanica del successo che si ripete anche nel nostro tempo con la fortuna del teatro di Brecht presso pubblici di estrazione capitalistica e borghese». La notazione, di M. Mila, *Lettura delle Nozze di Figaro*, Torino 2003, 19, di là dal richiamo un po' datato ad altro teatro (la prima edizione del testo di Mila è del 1979), spiega adeguatamente il travolgente consenso tributato al lavoro di Beaumarchais. E se Mozart non aveva mai avuto particolare sensibilità per le problematiche politiche, Lorenzo Da Ponte dovette avere tutta la prudenza necessaria a superare l'opposizione di Giuseppe II, e sfolire la polemica sociale contenuta nel testo di riferimento. Sottratte a Figaro dal librettista «le insegne di alfiere del terzo stato», per essere «ricacciato nella schiera dei soliti

sfociare nel finale musicalmente colmo di sacrale malinconia<sup>(37)</sup>, è presto detta.

---

servitori di commedia, da cui Beaumarchais l'aveva elevato», è la musica di Mozart a far sì che egli e gli altri personaggi si pongano come «miscugli individuali di vitali forze dell'anima, che si manifestano come qualità o azioni. Di qui la loro ricchezza, la loro originalità e verità vitale: essi non determinano nulla, non dimostrano nulla, operano solo attraverso la pienezza di vita immediata che da loro s'irraggia» (Mila, *op. cit.*, 21, che cita la colossale opera su Mozart del 1955 di H. Abert). Conferma G. Magri, *Tra diritto, giustizia e regole sociali. La trilogia Mozart-Da Ponte*, in *ISLL Papers The online Collection of the Italian Society for Law and Literature*, vol. 8/2015, 8, che «senza un espresso interessamento e consenso del sovrano, un'opera apertamente antiaristocratica come *Le Nozze di Figaro*, non avrebbe potuto vedere la luce negli anni immediatamente precedenti la rivoluzione francese, nel paese governato dal fratello di Maria Antonietta. *Le Nozze*, del resto, erano, per Giuseppe II, il perfetto strumento per far soffiare, anche all'interno dei teatri dell'impero, quel vento di riforme politiche che voleva portare avanti nel paese. L'opera, infatti, prendeva di mira i difetti dell'aristocrazia che il sovrano intendeva riformare e la critica alla nobiltà conservatrice, rappresentata dal Conte, in contrapposizione all'elogio per quella illuminata, rappresentata dalla Contessa, appare con tutta evidenza se ripensiamo alla trama dell'opera». Per W. Hildesheimer, *Mozart*, Milano 1997, 204, «fu Mozart, non Da Ponte a scegliere il soggetto del *Figaro*. Già questo rivela un potenziale spirito di ribellione dato che la commedia di Beaumarchais era proibita a Vienna, e lo fu ancora per molto tempo. Mozart l'avrà presumibilmente letta in traduzione ed era ben consapevole del tema spinoso. Il che non significa fosse sua intenzione scrivere un'opera rivoluzionaria. Nemmeno qui Mozart distribuisce giudizi morali, le tonalità non danno a intendere niente, non tradiscono niente, ed è caratteristico di quest'opera che i paladini di principi opposti, cioè il conte, la contessa e Figaro, si esprimano in do maggiore non appena entri in gioco il loro intimo, la contessa perfino là dove ci saremmo aspettati un do minore o un sol minore: nel suo *Andantino 'Dove sono'* (n. 19) nel quale, in un rievocare nostalgico compiange la sua amara sorte».

<sup>(37)</sup> «In questo elevamento di tono si consegna il messaggio morale dell'arte mozartiana. La musica delle *Nozze di Figaro* corre verso la catarsi di una generale, grandiosa assoluzione. Se l'indulgenza dei personaggi mozartiani comincia da se stessi, non vi si limita con egoistico lassismo, ma si estende invece in un affettuoso abbraccio di solidarietà umana, di reciproca comprensione. Sul perdono invocato dal Conte alla Contessa la vivace ronda in sol minore che gli archi avevano già avviato per il calar del sipario, s'arresta nell'imprevisto raccoglimento dell'*Andante*, tutto intriso di religiosa bontà. L'episodio musicale potrebbe stare, tal quale, in una delle Messe di Mozart, che spesso ne contengono altri ben più mondani e brillanti. E il suo significato è appunto quello di un'assoluzione generale, una specie di gioioso lavacro della macchia del peccato originale, che consenta il recupero dell'età dell'oro. La promozione finale a tutti, a Cherubino e a Susanna, al Conte e alla Contessa, a Figaro e a Barbarina, e anche agli altri, sì, ai 'cattivi', agli antipatici nemici della felicità di Figaro e Susanna, a Bartolo (...), a Marcellina e all'ipocrita Don Basilio, che cattivi sembrano perché questa è la parte loro toccata in sorte nella vita, ma proprio per questo son tanto più da compatire, ché buoni invece son tutti, per il solo fatto d'essere creature umane», M. Mila, *op. cit.*, 178. Nei medesimi sensi, di un perdono della Contessa che «scende da altezze siderali e affratella tutti nel riconoscimento di valori superiori, dimenticati nell'oscuro pulsare della vitalità, dell'egoismo, della sopraffazione, del sospetto, del gusto acre della vendetta, nel ritmo ansimante della *folle journée*, che è diventato il ritmo del quotidiano», F. Degradà, *Le nozze di Figaro: maschera e catarsi*, in *Le nozze di Figaro*, programma di sala per il LXXXII Festival del Maggio Musicale Fiorentino 2019.

Nella scena terza dell'atto primo compaiono Bartolo, che si prepara alla lite, e l'attempata Marcellina<sup>(38)</sup>, la quale intende valersi di una cambiale di matrimonio che si era fatta rilasciare da Figaro una volta che questi aveva avuto necessità di un prestito: «Bartolo/Se tutto il codice dovessi volgere, se tutto l'indice dovessi leggere, con un equivoco, con un sinonimo qualche garbuglio si troverà»<sup>(39)</sup>.

Sul piano giuridico è stato autorevolmente ricordato come il documento, quale mezzo di prova, rivesta un ruolo privilegiato negli ordinamenti «continentali», laddove la testimonianza eccelle tra le prove in quelli di *common law*, e se ne trova riscontro, appunto, «in due testi famosi: la commedia *La Folle Journée ou le Mariage de Figaro* di Beaumarchais, rappresentata per la prima volta a Parigi il 27 aprile 1784, e pubblicata in volume l'anno successivo (fonte dell'ancor più famosa opera di Mozart e Da Ponte, *Le nozze di Figaro*, andata in scena a Vienna il 1° maggio 1786); e *The Picwick Papers* di Dickens, pubblicato in fascicoli mensili tra l'aprile del 1836 e il novembre del 1837, e subito dopo in volume». Quanto alla prima, infatti, «con le imminenti nozze di Figaro e Susanna, come si sa, interferiscono le oblique manovre intraprese dal Conte nei confronti della sposa; e ad esse si aggiungono le pretese di Marcellina, che intende far valere contro lo sposo sia un ingente credito ex mutuo che una esplicita promessa di matrimonio: l'uno e l'altro assistiti da prova scritta»<sup>(40)</sup>.

Inoltre, dopo l'inizio dell'opera in cui Susanna fa comprendere all'incredulo Figaro che, benché nei suoi feudi lo avesse abolito, il Conte intende esercitare su di lei l'*ius primae noctis*, il diritto è nuovamente presentato quale strumento di prevaricazione del padrone sui servi: l'aria di Bartolo invoca la vendetta (non il rispetto della legge), la pronuncia non sarà secondo diritto, ma a piacer del Conte, e spetterà a un giudice, Don

<sup>(38)</sup> Ricorda M. Mila, *op. cit.*, 39, che «sono personaggi del Barbiere di Siviglia, personaggi del piccolo mondo dei nemici di Figaro (ma anche del Conte), volutamente tenuti nel rango di macchiette e nello stile tradizionale, quasi convenzionale, dell'opera buffa. Non veri e propri personaggi di commedia, non caratteri pienamente motivati, ma tipi».

<sup>(39)</sup> G. Zagrebelsky, *Interpretare*, cit., 47, evidenza che in musica «esiste anche un virtuosismo giuridico» ed evoca quella che usualmente viene definita l'aria della vendetta: «così è definita la figura che il Manzoni renderà poi immortale con il personaggio dell'Azzeccagarbugli. Non si tratta solo degli avvocati che parlano difficile (il *latinorum*) per confondere clienti e giudici, o dei giudici che lo fanno per confondere e gli uni e gli altri. Spesso si tratta di legulei, veri e propri, virtuosi delle leggi, il cui virtuosismo è reso tanto più agevole quanto più le leggi, i 'commi', i rinvii sono numerosi, si sovrappongono, si confondono, come le note che fanno neri i pentagrammi delle partiture».

<sup>(40)</sup> B. Cavallone, *La borsa di Miss Flite*, cit., 105-106.

Curzio, balbuziente «quasi a rappresentare il timore, la soggezione, che il giudicante ha di fronte al potere politico (Conte) e all'arroganza piena di prosopopea dell'avvocatura (Bartolo)»<sup>(41)</sup>.

Nel corso del terzo atto, scena quinta, la causa viene definita<sup>(42)</sup>: «Don Curzio/È decisa la lite: 'O pagarla, o sposarla'. Ora ammutite». «Marcellina/Io respiro». «Figaro/Ed io moro». «Marcellina (fra sé)/Alfin sposa sarò d'un uom che adoro». «Figaro (al Conte)/Eccellenza m'appello». «Conte/È giusta la sentenza: 'O pagar, o sposar'. Bravo Don Curzio». «Don Curzio/Bontà di sua Eccellenza». «Bartolo/Che superba sentenza». «Figaro/In che, superba?». «Bartolo/Siamo tutti vendicati». «Figaro/Io non la sposerò». «Bartolo/La sposerai». «Don Curzio/O pagarla o sposarla. Lei t'ha prestato duemila pezzi duri».

In Beaumarchais Figaro è autorizzato a difendersi da solo, sebbene «contro l'uso invalso e la giurisprudenza del tribunale». Per lo scaltro barbiere l'uso molto spesso si trasforma in abuso: infatti, «il cliente un po' istruito conosce la propria causa sempre meglio di certi avvocati che, accalorandosi a freddo, gridando a squarciagola, e conoscendo tutto tranne l'accaduto, si preoccupano tanto poco di rovinare la parte in causa, quanto di annoiare l'uditorio e di far addormentare i giudici; più ampollati che se avessero composto l'*Oratio pro Murena*. Io invece dirò il fatto in poche parole»; e assume che prima di unirsi in matrimonio con Marcellina sarebbe stato necessario l'assenso dei suoi nobili parenti, che, indizio per indizio, si scopre essere gli stessi Marcellina e Bartolo.

Don Curzio, allora, deve correggere la sentenza: «Don Curzio/Ei suo padre, ella sua madre: l'imeneo non può seguir»<sup>(43)</sup>.

<sup>(41)</sup> G. Magri, *Tra diritto, giustizia e regole sociali*, cit., 13, il quale ricorda che secondo J. Kaiser, *Mein Name ist Sarastro. Die Gestalten in Mozarts Meisteroper von Alfonso bis Zerlina*, München 1985, «la balbuzie del giudice non sottolinea semplicemente la sua idiozia o la sua vecchiaia, quanto il fatto che, in conformità a quello che era un *topoi* dell'opera buffa settecentesca, quando ci troviamo di fronte un giurista, non ci troviamo mai davanti a un uomo giovane, vitale e nel pieno delle sue forze, ma sempre al cospetto di una figura incartapecorita, cospiratrice e grottesca, assai lontana da quel '*juge bouche de la loi*' teorizzato da Montesquieu».

<sup>(42)</sup> «In questo recitativo viene compendiata, e a dire il vero, alquanto strozzata, la scena, che in Beaumarchais aveva altra estensione e rilievo satirico, del tendenzioso e parziale processo nel quale Don Curzio, giudice asservito al volere e alle ricchezze del Conte, condanna Figaro a sposare Marcellina oppure a restituirle i denari ch'ella gli aveva prestato. Qui non abbiamo il processo vero e proprio, che aveva prestato il destro a Beaumarchais per una satira della giustizia, ma solo la sua conclusione, la sentenza di Don Curzio», così sempre M. Mila, *op. cit.*, 126.

<sup>(43)</sup> Segnala F. Annunziata, *Prendi l'anel ti dono*, cit., 52, che sotto il diritto francese antecedente alla codificazione napoleonica del 1804, la promessa sarebbe stata affetta da

Causa e sentenza, come si è detto, rappresentano soltanto un'illegitima riduzione del capolavoro assoluto, l'apice del genio mozartiano, la commedia umana direttamente portata in scena: «da un punto di vista testuale i tre personaggi negativi si connotano per una loro specifica funzione. Marcellina è, per così dire, l'attore della causa che espone al Conte il fatto che Figaro, ossia il convenuto, ha stipulato un contratto di prestito di denaro con la medesima che, in caso di mancato saldo, avrebbe dato vita a un improprio contratto nuziale tra i due. Bartolo, così come apparso nel primo atto, riprende la figura di avvocato della commedia dell'arte e viene in scena 'a far le sue [di Marcellina] difese/le legittime pretese'. Basilio è chiamato in causa come persona informata dei fatti 'del promesso matrimonio/con prestanza di danar'. Il Conte chiude questa fase istruttoria con la dichiarazione perentoria che leggerà il contratto affinché 'tutto in ordin deve andare'»<sup>(44)</sup>.

Insomma, «le Nozze di Figaro, oltre a rappresentare bene l'idea che si aveva del giurista e del diritto nell'ancien régime, ossia di un funzionario in tutto e per tutto asservito al potere politico, ci invitano a riflettere sui rischi legati a un sistema di questo tipo e alla funzione del giurista nelle

---

nullità per il fatto che il documento era in possesso di una sola delle parti, mentre l'altra non ne aveva un originale per sé: «pare allora evidente che, sul piano del diritto, la promessa di matrimonio nelle mani di Marcellina sarebbe priva di qualsivoglia valore e che, pertanto, la sentenza pronunciata da don Curzio ('o pagarla o sposarla') non ha alcuna base giuridica, Ancor prima di scoprire l'impossibilità di sposarsi, dovuta al rapporto filiale che lo lega a Marcellina, Figaro non avrebbe potuto adempiere alla promessa di matrimonio per il semplice fatto che quella promessa era nulla. Là dove si fosse ritenuta valida la promessa, si sarebbe trattato di una promessa condizionata al mancato rimborso del debito. Anche in tale ipotesi, tuttavia, Figaro non avrebbe dovuto sposare Marcellina; quest'ultima forse avrebbe potuto reclamare, in base alla promessa di matrimonio non eseguita da Figaro, nonostante l'avveramento della condizione (ossia, il mancato rimborso del debito), il risarcimento del danno. Quanto precede riguarda, infine, la promessa di matrimonio, ma non il contratto di mutuo che, peraltro, sappiamo essere oggetto di un atto distinto dalla prima. Marcellina, dunque, indipendentemente dalla sorte della promessa, può agire in giudizio per reclamare il pagamento del proprio credito. Di questo profilo, tuttavia, si perde traccia, sia nella commedia di Beaumarchais, sia nel libretto di Da Ponte». L'a., peraltro, svolge la stessa disamina anche per il diritto francese *post* napoleonico (secondo il quale a Marcellina sarebbe comunque spettato il risarcimento del danno morale da rottura del fidanzamento), quello austriaco al tempo della prima rappresentazione delle Nozze (in forza del quale «Marcellina non avrebbe avuto alcun diritto non soltanto di sposare Figaro, ma neppure di pretendere da lui la restituzione del prestito, sulla base della promessa di matrimonio rilasciata da quest'ultimo»), e la declina anche con riferimento alla normativa italiana sulla promessa di matrimonio (art. 79-81 c.c.).

<sup>(44)</sup> A. Pennini, *Opera in musica e la società dei Lumi. Suggestioni storico-giuridico-istituzionali ripercorrendo le Nozze di Figaro*, in V. Gigliotti, M. Riberi e M. Traverso (a cura di), *La sentenza è pronunziata*, cit., 78.

moderne democrazie. Laddove il diritto (e il giurista) è asservito, non esiste libertà. I diritti del singolo non sono che una mera declamazione, sprovvista di una reale tutela e sono lasciati all'arbitrio del potere politico»<sup>(45)</sup>.

12. – Due osservazioni conclusive prese a prestito<sup>(46)</sup>: l'affermazione che «notai, avvocati, giudici si arrabattano tra i personaggi talvolta con funzione di pacieri, altre come impostori, altre ancora come buffi e caricaturali garanti di una giustizia che emerge in contrappunto alle trame, nei suoi tratti più paradossali»; il rilievo che «nelle opere serie, poi, gli operatori del diritto sono del tutto banditi. Che tragedia sarebbe quella in cui a un certo punto spuntasse un avvocato? Oddio ...diciamo però che il tono aulico ne risentirebbe».

Di là dalla scarsa considerazione per la nobilissima professione, tra avvocati universalmente noti tanto da rappresentarne un «tipo» (*Azzeccagarbugli*), avvocati-tutori di giovani ragazze di cui sono invaghiti (*Don Romualdo*), sedicenti avvocati (*Macario*), furbi avvocati (*Pavaret*), medici-avvocati (*Don Bartolo*), avvocati buffi e incapaci (*Blind*), avvocati vittime alla fine dei propri raggiri (*Patelin*), si distinguono figure di avvocati non comicamente caratterizzati (*Kolenatý* e *Alfieri*) che impediscono di aderire integralmente all'associazione per cui nell'opera lirica quel professionista deve essere scaltro, avido, e alla fine anche scarso.

Ciò che, invece, si trae dalla breve rassegna che precede è che l'avvocato non si esibisce mai con voce tenorile, ma la notazione richiederebbe un'ulteriore conferma.

Mancano, infatti, altri avvocati, dei quali al momento non sono riuscito a rinvenire notizie<sup>(47)</sup>, se non che sono personaggi de «L'avvocato Cicalone», dramma giocoso su libretto di Antonio Palomba, musica di Giovanni Paisiello (1740-1816), prima rappresentazione a Braunschweig nel 1766, «L'avvocato in angustie», di Nicola Fornasini (1803-1861), rappresentato per la prima volta a Napoli presso il Teatro Nuovo nel 1831, «Il caro Agostino» – «Der liebe Augustin», operetta in tre atti su libretto di Rudolf Bernauer, Ernst Friedrich Wilhelm Welisch ed Eugen Spero, composizione di Leo Fall (1873-1925) e prima rappresentazione a Berlino,

<sup>(45)</sup> G. Magri, *Tra diritto, giustizia e regole sociali*, cit., 27.

<sup>(46)</sup> Da E. Gavetti, M. Traverso, E. Caterina, *Dove pose sentenze a mieter polli*, cit.

<sup>(47)</sup> Per molti di quelli descritti nel presente lavoro sono debitore con animo grato al Prof. Sergio Ragni, che per intermediazione dell'Amico Massimo Lo Iacono ha messo a mia disposizione le Sue infinite conoscenze.

Neuen Theater am Zoo, il 3 febbraio 1912, «Sangue d'artista» – «Künstlerblut» di Edmund Eysler (1874-1949), operetta in un prologo e due atti su libretto di Leo Stein e Karl Lindau, rappresentata il 20 ottobre 1906 a Vienna, Carltheater, «L'avvocato Trafichetti», musica di Vincenzo Valente (1855-1921), prima rappresentazione il 24 maggio 1919 presso il Teatro Trianon di Napoli, «Il conte di Castel Vajour», operetta in tre atti su libretto di Georg Okonkowski, di Jean Gilbert (1879-1942), pseudonimo di Max Winterfeld, prima rappresentazione il 3 febbraio 1922 al Teatro alla Fenice di Venezia.

## DIBATTITI

---

SIMONETTA VINCRE

Professore ordinario nell'Università di Milano

### LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE SULLE NULLITÀ CONSUMERISTICHE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le sentenze della Corte di giustizia del maggio 2022 e il rinvio del giudice italiano. – 3. Le difficoltà degli interpreti nazionali e delle Sezioni unite di fronte alla sentenza *Banco Desio*. – 4. Gli effetti del decreto ingiuntivo non opposto. – 5. Dal giudicato implicito al giudicato in motivazione? – 6. Il *vademecum* delle Sezioni unite per i decreti ingiuntivi «vecchio stampo»: il rimedio (unico) dell'art. 650 c.p.c. – 7. *Segue*: il *vademecum* per il giudice dell'esecuzione. – 8. L'esclusione dei rimedi oppositivi *ex art.* 615 c.p.c. – 9. Le incertezze degli interpreti riguardo ai limiti oggettivi del giudicato su decreto ingiuntivo non opposto e le nuove sfide che si prospettano all'orizzonte.

1. – Talvolta accade che gli interventi della Corte di giustizia su temi di diritto processuale civile impongano delle faticose opere d'interpretazione e di adeguamento del sistema interno. Uno di questi casi, che ha impegnato negli ultimi mesi la migliore dottrina e sul quale le Sezioni unite della Cassazione hanno pronunciato di recente un principio nell'interesse della legge<sup>(1)</sup>, come è noto, è quello relativo alla tutela consumeristica del

---

<sup>(1)</sup> Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Giur. it.* 2023, 1053 ss., con nota di C. Consolo, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, e con nota di E. D'Alessandro, *Dir.* 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.; in *www.inexecutivis.it* con nota di G. Costantino, *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici*; in *Riv. esec. forzata* 2023, 336 ss., con nota di A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza 9479 del 2023*, e di A. Crivelli, *Le Sezioni unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*; in *Foro it.* 2023, I, 1474 ss., con nota di P. Farina, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra – tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*; in questa *Rivista* 2023, 1228 ss., con nota di S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*. Ancora in commento alla citata sentenza: B. Capponi, *Il G.E. e la Cass., SS.UU., 6 aprile 2023, n. 9479*, in *www.Judicium.it*; Id., *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in

debitore nell'ipotesi di contratti *b2c* contenenti clausole vessatorie in violazione della Direttiva 93/13/CEE<sup>(2)</sup>.

I termini della questione sono noti a tutti o, quanto meno, possono essere considerati ben noti ai lettori di questa Rivista, che in più occasioni ha dato risalto al tema e di recente ha pubblicato un pregevole commento alla sentenza con la quale le Sezioni unite si sono pronunciate<sup>(3)</sup>. Sicché mi sia consentito prescindere dal riferire in modo particolareggiato il contenuto di tale *dictum* e di concentrare l'attenzione solo su taluni aspetti della vicenda che, a mio avviso, meritano di essere posti in evidenza.

2. – A tal fine mi pare, peraltro, opportuno fare un passo indietro e volgere lo sguardo innanzitutto, sia pure brevemente, ai rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia del giudice milanese, che hanno ricevuto risposta con le note pronunce del 17 maggio 2022: il riferimento è soprattutto alla causa C-693/19 (*Banco Desio*) e a quella C-831/19 (*SPV Project 1503 s.r.l.*), riunite in unica decisione; ma in realtà sul tema in esame hanno notevole rilievo anche le pronunce emesse sullo stesso tema in pari data nelle cause C-600/19 (*Ibercaja Banco*), C-869/19 (*Unicaja Banco*) e C-725/19 (*Impuls Leasing Romania*).

Mi sembra infatti di poter dire, senza esagerare, che proprio detti rinvii, più che il *dictum* della Corte, abbiano scopercchiato il vaso di Pan-

*www.Judicium.it*; G. Scarselli, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le Sezioni Unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, in *www. Judicium.it*; L. Baccaglioni, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2023, 946 ss.; R. Rossi, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, in *www.Judicium.it*.

<sup>(2)</sup> Tra i tanti scritti sul tema E. D'Alessandro, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di Giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-381/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in *www.Judicium.it* 2022; S. Caporusso, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. it.* 2022, 2117; G. Parisi, *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento" alla luce delle più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. esec. forzata* 2022, 686 ss.; M. Stella, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.* 2022, 2126; F. De Stefano, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in *www.giustiziainsieme.it*; A.M. Soldi, B. Capponi, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *www.Judicium.it*.

<sup>(3)</sup> Mi riferisco all'ampia nota di S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, in questa *Rivista* 2023, 1228 ss.

dora, portando con sé una scia di discussioni che nemmeno il principio di diritto enunciato di recente dalle Sezioni unite sembra poter sopire.

In tale occasione il remittente, giudice dell'esecuzione milanese, nel formulare alla Corte <sup>(4)</sup> il quesito se gli art. 6 e 7 della Direttiva n. 93/13 e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ostino al nostro ordinamento nazionale, ha infatti posto come dato certo e non discusso nel nostro sistema che il decreto ingiuntivo, quand'anche non opposto, produca «giudicato implicito» sul c.d. antecedente logico necessario, vale a dire, nel caso in esame sulla non vessatorietà delle clausole del contratto da cui origina il diritto di credito per il quale quel provvedimento viene emesso <sup>(5)</sup>, benché – per l'appunto – il giudice non abbia svolto al riguardo alcuna verifica e, conseguentemente, non abbia dato conto di ciò nella motivazione del provvedimento.

Di fronte a tale ricostruzione del nostro sistema la censura della Corte di giustizia è stata netta: l'art. 6, § 1, e l'art. 7, § 1, Direttiva 93/13/CEE devono essere interpretati nel senso che «ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa – per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità – successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come 'consumatore' ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo».

Sicché ben si comprende perché ancora una volta si sia considerata questa decisione della Corte di giustizia come una (ulteriore?) picconata all'edificio del giudicato, e come le Sezioni unite, nel dettare il principio di diritto nell'interesse della legge (*ex art. 363 c.p.c.*), pur esplicitando l'obiettivo di «operare, con convinzione, la necessaria saldatura tra ordina-

---

<sup>(4)</sup> Trib. Milano 18 settembre 2019, in *Gazzetta Ufficiale UE*, 23 dicembre 2019 e Trib. Milano 14 novembre 2019, in *Gazzetta Ufficiale UE*, 3 febbraio 2020.

<sup>(5)</sup> Può essere utile al riguardo riportare l'esatto periodo che più interessa: «Se ed a quali condizioni gli articoli 6 e 7 della direttiva [93/13] e l'articolo 47 della [Carta] ostino ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato e che preclude allo stesso giudice, in caso di manifestazione di volontà del consumatore di volersi avvalere della abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito.».

menti, sovranazionale e interno, che è la cifra, anche culturale, attraverso la quale rendere concretamente operante il principio di effettività»<sup>(6)</sup>, abbiamo affrontato il tema in un'ottica di salvaguardia degli approdi giurisprudenziali già consolidati da tempo.

3. – Sul modo di interpretare la censura della Corte di giustizia e sui conseguenti rimedi, tuttavia, non vi è stata la chiarezza necessaria. E ciò, a mio avviso, dipende, più che dal *dictum* del giudice europeo, il quale ha statuito sulla questione in base ai consueti principi di equivalenza ed effettività della tutela giurisdizionale, ma rimarcando altresì «l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali»<sup>(7)</sup>, dalle diverse opinioni che in ambito nazionale si coltivano riguardo agli effetti del decreto ingiuntivo non opposto, così come riguardo ad altri temi di notevole rilievo nella materia processualcivile: così, ad esempio, in merito ai poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione, tema anch'esso interessato direttamente dalla pronuncia in esame.

Quanto al primo profilo, vale a dire alla ricomprensione o non ricomprensione nell'oggetto del decreto ingiuntivo non opposto e del conseguente “giudicato implicito” della questione relativa alla validità (non-vessatorietà) delle clausole contrattuali, il principio enunciato dai giudici del Lussemburgo è stato accolto per lo più con stupore e atteggiamento di critica. Ma per quanto riguarda la prassi da seguire *post* sentenza della Corte di giustizia, il rimedio proposto dagli interpreti, in un primo momento, e, successivamente, dalle Sezioni unite della Cassazione è stato il medesimo: uniformemente si è sostenuto che per la salvezza del sistema occorra, innanzitutto, «ricarburare» la procedura monitoria<sup>(8)</sup>. Il che significa, in sostanza, imporre al giudice della fase *inaudita altera parte* di svolgere un'istruttoria documentale sul contratto dal quale è sorto il credito, valorizzando in chiave funzionalistica l'art. 640 c.p.c., al fine di evitare il rischio che si emettano provvedimenti di condanna esecutivi in base a clausole vessatorie; imporre al medesimo giudice un onere di motivazione specifica sul punto; e, laddove all'esito di tale istruttoria sia esclusa la presenza di clausole vessatorie, munire il decreto ingiuntivo di un ulteriore specifico avvertimento riguardo alla necessità per l'ingiunto di promuovere (negli ordinari termini) opposizione, pena la preclusione di qualsiasi ulte-

---

<sup>(6)</sup> Così nel § 6 della sentenza.

<sup>(7)</sup> § 57 della sentenza *Banco Desio* del 17 maggio 2022.

<sup>(8)</sup> Così incisivamente C. Consolo, *Istruttoria monitoria “ricarburata”*, cit., 1054 s.

riore possibilità di contestazione anche rispetto alla non vessatorietà delle clausole contrattuali *ex* Direttiva 93/13.

Qualora, invece, il giudice rilevi l'abusività di qualche clausola o, comunque, all'esito dell'istruttoria, nutra dubbi al riguardo ovvero consideri incerta la qualificazione del debitore come consumatore, dovrà rigettare il ricorso, senza pregiudizio alcuno per il creditore: questi potrà riproporre la domanda di condanna nelle forme del giudizio in disteso contraddittorio (nel corso del quale potrà eventualmente chiedere l'emissione di un'ordinanza anticipatoria di condanna o di accoglimento della domanda *ex art. 183-ter c.p.c.*)<sup>(9)</sup>.

Dal punto di vista pratico, questa soluzione, che è ben declinata nella prima parte del *vademecum* stilato dalle Sezioni unite nella pronuncia dell'aprile 2023, è apprezzabile, perché è in linea non solo con l'orientamento della Corte di giustizia, la quale più volte si è espressa sul dovere del giudice in materia consumeristica di valutare la vessatorietà delle clausole contrattuali e, a tal fine, di acquisire gli elementi istruttori necessari<sup>(10)</sup>, ma anche con il nostro ordinamento, secondo il combinato disposto degli artt. 36 Cod. consumo e art. 640 c.p.c. Si tratta inoltre di un modello di disciplina che non lascia margini di incertezza: il che non è di poco conto, posto lo stato di generale apprensione con il quale il sistema economico-giuridico ha accolto le conclusioni della Corte di giustizia.

Si tratterà, tuttavia, di valutare fino a che punto l'istruttoria del giudice in questa fase possa svolgersi senza comportare una lesione del diritto di difesa del consumatore: il contraddittorio eventuale e differito, tipico di questo procedimento speciale, si considera conforme ai principi proprio perché il decreto viene emesso sulla base di presupposti particolarmente qualificati e predeterminati. Ma l'ampiamiento dell'istruttoria ad altri temi, che potrebbero, tra l'altro, implicare la necessità di assumere informazioni tecniche o la richiesta di chiarimenti rivolta al ricorrente o, comunque, comportare un ampio margine di discrezionalità da parte del giudice nella valutazione delle questioni (come mi pare possa avvenire quanto alla qualità di consumatore), potrebbero indurre a dubitare della idoneità di que-

---

<sup>(9)</sup> Sul punto si ricorda Cass., sez. un., 1° marzo 2006, n. 4510, in questa *Rivista* 2007, 1043 ss. con nota di R. Maruffi, *Decreto ingiuntivo di accoglimento parziale ed ambito del giudicato*, nella quale si precisa che il decreto ingiuntivo non opposto acquista efficacia di cosa giudicata limitatamente al diritto consacrato e non con riferimento alle domande o ai capi delle domande non accolte.

<sup>(10)</sup> Si ricordano sul punto, oltre alle sentenze del maggio 2022, qui in esame, C. Giust. UE 4 giugno 2009, *Pannon*, punto 32; C. Giust. UE 9 novembre 2011, C-137/08, *Pénzügy Lizing Zrt.*

sto istituto al fine di ottenere un provvedimento di condanna nelle situazioni in esame<sup>(11)</sup>.

Accanto all'ipotesi in cui il giudice non riesca a convincersi della non vessatorietà delle clausole contrattuali in base alla documentazione prodotta (anche a seguito di richiesta d'integrazione *ex art.* 640 c.p.c.), per la quale le Sezioni unite prevedono la possibilità di un rigetto dell'istanza senza alcuna preclusione per il ricorrente, se ne dovrebbe quindi aggiungere anche un'altra, prevedendo che la stessa sorte tocchi al ricorso per quei casi in cui l'istruttoria *inaudita altera parte* riguardo all'abusività delle clausole esiga dal giudice un esame che eccede i limiti di legittimità.

Ma, oltre a ciò, già da queste prime indicazioni delle Sezioni unite riguardo alla fase monitoria sorgono alcune perplessità, che riguardano soprattutto ciò che traspare chiaramente alla luce della lettura complessiva della questione data dalla pronuncia in esame, come fondamento della medesima.

Perché la partita possa considerarsi definitivamente chiusa, per così dire, con formazione del giudicato riguardo alla non vessatorietà delle clausole contrattuali, grazie all'esame del contratto, alla motivazione sul punto del decreto e all'avviso specifico della preclusione a qualsiasi successiva contestazione sul tema, occorre infatti, a mio modo di vedere, che si aderisca senza riserve a una visione estensiva degli effetti del decreto ingiuntivo e del conseguente giudicato. Strada percorsa, mi pare, senza incertezze dalle Sezioni unite, le quali fondano su tale assunto tutta la loro complessa ricostruzione sia nel tratteggiare la disciplina della procedura monitoria consumeristica eurocompatibile, sia quanto alla sorte dei decreti ingiuntivi già emessi *ante* Corte di giustizia, come vedremo in seguito.

4. – Per vero, tuttavia, proprio su quella visione estensiva degli effetti del decreto e del conseguente giudicato mi pare che sia lecito – ed, anzi, si debba – discutere, benché la giurisprudenza maggioritaria sia ormai ferma sul punto<sup>(12)</sup>.

---

(11) Così pure la procedura monitoria non pare essere lo strumento adatto, laddove occorra comprendere se si è di fronte a clausole abusive sotto il profilo del tasso d'interesse o nei termini di liquidazione della clausola penale, per le quali occorra una consulenza tecnica. Sul punto A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopotesi*, cit., 371; S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale*, cit., 1235 e 1238.

In merito alla complessità di tali controlli si vedano ad es. le linee guida del Tribunale di Milano del 21 luglio 2023, pubblicate su [www.Altalex.it](http://www.Altalex.it).

(12) Tra le più recenti: Cass. 25 ottobre 2017, n. 25317; Cass. 24 settembre 2018, n.

*Nulla quaestio*, a mio avviso, sull'affermazione che il decreto ingiuntivo non opposto passi in giudicato, come è tesi della maggioranza e come rendono evidente sia l'art. 650 c.p.c. sia, e soprattutto, l'art. 656 c.p.c.<sup>(13)</sup>, anche se non si può dimenticare chi sia in passato sia in tempi recenti ha sostenuto tesi differenti. Soprattutto si ricorda la dottrina che ha fatto riferimento al formarsi di una «preclusione-presunzione *pro iudicato*» di natura puramente processuale e inidonea a produrre «effetti o conseguenze che vadano oltre i limiti della pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione»<sup>(14)</sup>. Ed anche con riferimento al tema qui in esame taluno è tornato a ribadire con forza la differenza tra la cosa giudicata, che si forma all'esito di un processo in disteso contraddittorio, dove si ha un vero e proprio accertamento, e, invece, la stabilità ed esecutorietà del decreto non opposto<sup>(15)</sup>.

Ma, in ogni caso – quale che sia la tesi che si voglia accogliere –, il vero quesito da porsi e sul quale occorrerebbe maggiore chiarezza, a mio avviso,

---

22465; Cass. 12 maggio 2021, n. 12671, nella quale si afferma «Il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito ed il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione [...] è provvedimento idoneo ad acquistare autorità di cosa giudicata sia sulla regolarità formale del titolo che sulla esistenza del credito, tanto in ordine ai soggetti che all'oggetto, con la conseguenza che la sua efficacia si estende, per quanto attiene alle statuizioni contenute in dispositivo, come agli accertamenti risultanti in motivazione, e alle questioni che di quelle decise costituiscono la premessa necessaria o il fondamento logico – giuridico, a un successivo giudizio, avente a oggetto una domanda fondata sullo stesso rapporto»; sul tema si veda anche Trib. Cosenza 26 ottobre 2022, n. 1853, in *www.DeJure.it*.

<sup>(13)</sup> Diversamente opinando si fatica a spiegare perché il legislatore ammetterebbe l'impugnazione del d.i. divenuto esecutivo (ma anche nel caso dell'art. 653 c.p.c.) solo con la revocazione straordinaria e con l'opposizione di terzo revocatoria. Sul punto E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano 1991, 5 ss. e 271 ss.; P. Pajardi, *Il procedimento monitorio*, Milano 1991, 10 ss.; C. Mandrioli, A. Carratta, *Corso di diritto processuale III*, Editio minor, 16<sup>a</sup> ed., Torino 2019, 173; E. Zucconi Galli Fonseca, *Profili attuali del decreto ingiuntivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2013, 103.

<sup>(14)</sup> In questo senso E. Redenti, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1957, 26 s.; tesi equivalente è stata espressa anche da V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli 1964, 112 s.; C. Balbi, voce *Ingiunzione (procedimento di)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma 1997, 15. Di recente con ampie argomentazioni ed anche per citazioni G. Vignera, *Sulla non idoneità al giudicato sostanziale del decreto ingiuntivo non opposto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 1099 ss.

<sup>(15)</sup> Così B. Capponi, *La Corte di giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *www.Judicium.it* e nello stesso senso quanto all'assenza di un accertamento nella procedura monitoria G. Costantino, «Certezza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, «accertamento con prevalente funzione esecutiva», «normativa senza giudizio», «preclusione pro iudicato» e clausole vessatorie, in *www.inexecutivis.it*, § 4.

è innanzitutto *su che cosa* il decreto ingiuntivo divenuto definitivo per mancata opposizione dell'ingiunto possa produrre i suoi effetti.

Il tema è per vero assai complesso e alla luce della sentenza delle Sezioni unite qui in esame deve essere per di più esaminato sotto un duplice profilo: quello dell'applicabilità anche a tale tipo di provvedimento del principio del dedotto e del deducibile e quello del giudicato in motivazione, che riguarda in particolare i decreti consumeristici di «nuovo conio».

Al di là della tesi che in termini generali si voglia abbracciare sul tema dei limiti oggettivi del giudicato, con particolare riguardo al decreto ingiuntivo non opposto a me pare evidente che l'oggetto del *decisum* sia e possa essere solo il diritto di credito o il diritto alla consegna dell'istante, dovendosi invece escludere che gli effetti del provvedimento si producano e si consolidino *anche* su altre questioni di merito, quali, ad es., sulla vessatorietà o non vessatorietà delle clausole contrattuali (anche nei contratti *b2c*) o sulla validità o invalidità di tutto il rapporto sostanziale.

Per mio modo di vedere, si deve riaffermare con convinzione questa limitazione soprattutto rispetto all'idea che su quelle questioni, ancorché non esaminate dal giudice del monitorio, come è avvenuto fino alle sentenze della Corte di giustizia del 17 maggio 2022, si possa formare un giudicato implicito<sup>(16)</sup>. Né ha pregio a questo riguardo appellarsi al principio del c.d. dedotto e deducibile<sup>(17)</sup>, cui ancora di recente la Cassazione

<sup>(16)</sup> Sul punto ci pare di questo avviso anche A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi*, cit., 360 il quale, a proposito del *dictum* della Corte di giustizia del 17 maggio 2022 ritiene «pienamente condivisibile dal punto di vista dell'effettività della tutela del consumatore, alla luce della considerazione che il giudicato in tanto può ritenersi anche sostanzialmente corretto (in relazione alla tutela del consumatore, parte processualmente debole) in quanto l'accertamento sull'eventuale abusività delle clausole contrattuali sia stato effettivamente compiuto dall'organo giurisdizionale che ha emesso la decisione.»

<sup>(17)</sup> In merito a questo principio, al rapporto tra il medesimo e il giudicato implicito, nonché al tema del giudicato implicito in relazione alla pregiudizialità logica e tecnica (oltre agli scritti classici di G. Pavanini, voce *Accertamento giudiziale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino 1957, 123 ss.; V. Denti, *Questioni pregiudiziali e contraddittorio*, in questa *Rivista* 1968, 219 ss.; Id., voce *Questioni pregiudiziali*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino 1997, 158 ss.; E. Garbagnati, voce *Questioni pregiudiziali*, in *Encicl. del dir.*, XXXVIII, Milano 1987, 75; E.F. Ricci, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino 1987, § 3; si vedano più di recente S. Recchioni, *Rapporto giuridico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito*, in questa *Rivista* 2018, 1595 ss.; C. Delle Donne, *“Giudicato implicito” vs. giusto processo: a che punto è la notte?* (nota a Cons. Stato, ad. Plen., 9 aprile 2021, n. 6), in *Judicium* 2022, 1, 101 ss.; E. Bertillo, *Sui rapporti tra c.d. giudicato implicito e provvedimento monitorio non opposto*, in questa *Rivista* 2023, 1035 ss., anche per citazioni.

ha fatto riferimento per giustificare l'estensione della portata del giudicato anche alle «questioni non dedotte in giudizio che costituiscano, tuttavia, un presupposto logico essenziale e indefettibile della decisione stessa...»<sup>(18)</sup>: il c.d. giudicato per implicazione discendente<sup>(19)</sup>.

Basti qui sottolineare come il vincolo del giudicato al deducibile possa estendersi a ciò che, per l'appunto, sarebbe stato deducibile e avrebbe potuto essere posto ad oggetto della decisione, ma non sia stato dedotto; non a ciò che in quel particolare procedimento non poteva essere posto ad oggetto del giudizio quand'anche fosse stato dedotto. E poiché, com'è indiscusso, nella procedura monitoria possono essere poste solo domande di condanna relative ad un diritto di credito o ad un diritto alla consegna di un determinato bene, la conclusione da trarre sul punto mi pare chiara: l'accertamento della non vessatorietà delle clausole contrattuali, in questo tipo di procedura non entra, ne è mai entrata, nel deducibile e pertanto la questione non è coperta da giudicato.

Non mancano, peraltro, autorevoli voci dottrinali e pronunce di Cassazione che, proprio a proposito del decreto ingiuntivo o di altri procedimenti sommari di cognizione, hanno negato che possa farsi riferimento anche al c.d. deducibile sia per le particolarità del procedimento, sia per la necessaria sinteticità della motivazione<sup>(20)</sup>. E la stessa Corte di giustizia in

<sup>(18)</sup> Cass. 15 giugno 2022, n. 19302; e in precedenza ad es. Cass. 26 febbraio 2019, n. 5486; Cass. 26 giugno 2015, n. 13207.

<sup>(19)</sup> Così di recente proprio in merito al decreto ingiuntivo Cass. 4 novembre 2021, n. 31636.

<sup>(20)</sup> In giurisprudenza, oltre a Cass., sez. un., 1° marzo 2006, n. 4510, in *Dir. e giust.* 2006, 14 (dove si afferma che «il decreto ingiuntivo non opposto acquista autorità ed efficacia di cosa giudicata sostanziale soltanto con riferimento alle domande sulle quali il giudice si è pronunciato, e non anche in relazione al diritto rispetto al quale nessuna ingiunzione è stata emessa»), si veda soprattutto Cass., sez. lav., 7 dicembre 2011, n. 26293, dove in motivazione si legge «Quando, come nel caso di specie, il giudicato sia frutto della mancata opposizione ad un decreto ingiuntivo – la cui motivazione, per stessa natura sommaria del provvedimento (che è emesso senza nessun contraddittorio ed è soggetto all'opposizione dell'ingiunto), è necessariamente succinta – manca un supporto argomentativo che possa spiegare effetti oltre i confini della singola fattispecie, e, di regola, la formulazione espressa di un principio di diritto»; nello stesso senso Cass. 25 novembre 2010, n. 23918 (anche se prospetta un possibile ampliamento degli effetti del giudicato in ragione della motivazione del decreto); Cass. 20 marzo 2014, n. 6543. E più di recente Cass., sez. un., 14 aprile 2021, n. 9839 (in questa *Rivista* 2021, 1073 ss., con nota di S. Villata, *Invalità delle deliberazioni condominiali, opposizione a decreto ingiuntivo e sospensione del processo*), in materia condominiale, dove si è affermato che in sede di opposizione a decreto ingiuntivo il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità della delibera assembleare e l'ingiunto non sia onerato di far valere tale nullità con uno specifico motivo di opposizione. In tema, di recente si veda anche: Trib. Napoli 29 aprile 2022, n. 4210, per il quale il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile deve intendersi nel senso che «non possano

alcune importanti occasioni (così ad es. nel famoso caso *Banco Primus* e nel caso *Klobn*) ha precisato come il dispiegarsi dell'irretrattabilità propria del giudicato debba limitarsi a ciò che è stato oggetto di diretta cognizione e pronuncia del giudice, escludendosi, al contrario, ogni riflesso su clausole non disaminate<sup>(21)</sup>. Tanto che si osserva come, delineando una nozione eurocomunitaria del giudicato, il *Kirchberg* ne limiti la produzione «alle pretese sulle quali il giudice ha statuito, aprendo alla possibilità di pronunciare successivamente su questioni non affrontate direttamente nel provvedimento divenuto *res judicata*»<sup>(22)</sup>.

È vero che sul tema non si può prescindere da quanto statuito dalla Sezioni unite nelle famose sentenze gemelle del 2014<sup>(23)</sup>, dove proprio in relazione al tema della nullità del contratto si è offerta una lettura ampia dei poteri di rilievo del giudice, nonché del perimetro degli effetti della sentenza e del giudicato. Ma deve ricordarsi che in quelle sentenze, pur ammettendosi – questo si deve riconoscere – il c.d. vincolo al motivo portante<sup>(24)</sup>, si

---

essere poste in discussione più volte le medesime questioni, ma non vige una preclusione assoluta di rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere tutela di situazioni giuridiche discendenti dallo stesso rapporto contrattuale ma differenti rispetto a quelle trattate». In dottrina si ricorda A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, 80 ss., secondo il quale la mancata copertura del «deducibile» si ricava e «trova un aggancio testuale, oltre che nell'art. 641 ... nell'art. 669, secondo cui, ove il locatore chieda ed ottenga una ordinanza di convalida di sfratto per morosità del canone senza chiedere contestualmente il pagamento dei canoni scaduti, la pronuncia sullo sfratto risolve la locazione, ma lascia impregiudicata ogni questione sui canoni stessi»; Id., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in questa *Rivista* 1990, 411. Per l'orientamento restrittivo riguardo alla regola del dedotto e deducibile E. Redenti e M. Vellani, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1999, 91 s.; L. Montesano e G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova 2001, 2031; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 27<sup>a</sup> ed., Torino 2019, 167, che la ricollega ai limiti dell'azione (e del giudicato) nel caso di domande autodeterminate. *Contra* tuttavia l'autorevole tesi di E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingunzione*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2012, 10.

Con riferimento specifico alla vicenda in esame si pronunciano per una visione restrittiva degli effetti del d.i. non opposto soprattutto G. Costantino, «Certeza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, cit., § 4; C. Consolo, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1056.

<sup>(21)</sup> C. Giust. UE, 27 gennaio 2017, C421/2014 *Banco Primus*; C. Giust. UE 17 ottobre 2017, C-167/17, *Klobn*.

<sup>(22)</sup> Così S. Guzzi, *L'intangibilità del giudicato monitorio della Corte di giustizia e i suoi limiti: le esigenze di stabilità e tutela del consumatore*, in *Dir. Unione europea* 2022, 347.

<sup>(23)</sup> Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Giur. it.* 2015, 70, con nota di I. Pagni, *Nullità del contratto – il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*.

<sup>(24)</sup> Questa è l'interpretazione che viene data da C. Consolo e F. Godio, in *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corriere giur.* 2015, 225 ss. spec. 230. Il riferimento è a A. Zeuner *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen 1959. Sul tema si vedano anche I. Pagni *Nullità del contratto*

fa altresì costante riferimento alla necessità che il rilievo della nullità da parte del giudice avvenga nel contraddittorio tra le parti, delineando inoltre una disciplina particolare per le c.d. nullità di protezione.

Sicché è quanto meno dubbio – lo si potrà concedere – che quanto statuito dalle sentenze gemelle ora citate, così come le tesi che ampliano l'oggetto del giudicato oltre i confini del *petitum*, possano attagliarsi al caso in esame.

Sul tema, peraltro, la conclusione della Corte di giustizia nella sentenza *Banco Desio* pare chiara: esclude che si formi giudicato implicito, quanto meno limitatamente al profilo della non abusività delle clausole del contratto fra consumatore e professionista<sup>(25)</sup>. Ed, anzi, vi è chi legge nella sentenza della Corte un principio più generale: la negazione dell'effetto preclusivo della statuizione implicita «a tutta la normativa unionale a cui questo si riferisce», giacché il *dictum* della Corte si fonda autonomamente sul principio generale di effettività<sup>(26)</sup>.

5. – Anche guardando all'oggi, la conclusione, a mio avviso, non cambia.

Data la struttura del procedimento monitorio, sia pure «ricarburato», e l'oggetto del decreto, rigidamente predefinito dal legislatore, mi pare infatti ragionevole ritenere che il giudicato non si formi sulla questione

---

– il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni unite, cit., 70; 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.

<sup>(25)</sup> Così in seguito, con espresso riferimento alle pronunce in esame Cass. 31 maggio 2023, n. 15324, in *www.Onelegale.it*: «quanto meno il giudicato sul decreto ingiuntivo non opposto – per restare alla fattispecie espressamente considerata nella richiamata pronuncia sulla questione pregiudiziale rimessa dal giudice italiano – si estende alle questioni in tema di tutela del consumatore, in quanto assicurata come inderogabile dalla disciplina Eurounitaria, ma se e solo se espressamente e, sia pur anche solo sommariamente, esaminate ed esplicitamente sottoposte al consumatore medesimo.» In questo senso in dottrina: A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi*, cit., 366, nota n. 27; Id., *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Giur. it.* 2022, 485 ss.; v. anche L. Baccaglioni, *Nullità di protezione*, cit., 66 ss.; A. Crivelli, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Riv. exec. forzata* 2022, 699 ss.; si vedano inoltre in tema A. Giussani, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, nota a C. Giust. UE 17 maggio 2022, n. 693, in questa *Rivista* 2023, 291 ss.; D. Micali, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia* Ue 16 maggio 2022, in *www.judicium.it*; C. Rasia, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023, 63 ss.

<sup>(26)</sup> Così A. Giussani, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, cit., 291 ss.

relativa alla validità (non abusività) delle clausole contrattuali, ancorché vi sia stato un esame del contratto da parte del giudice in sede monitoria, benché nella motivazione del decreto ingiuntivo appaia una specifica menzione delle ragioni che hanno indotto il giudice ad emettere il provvedimento e benché il decreto sia munito dell'avvertimento al debitore riguardo all'onere di opposizione in termini.

Mi pare, infatti, che sul punto valgano le considerazioni già proposte in precedenza riguardo alla specialità di questo rito e alla predeterminazione del suo possibile oggetto; ma, soprattutto, a me sembra che sia tutt'oggi da respingere l'idea che possa formare oggetto di giudicato ciò che sta nella motivazione di un provvedimento, e, per quanto qui rileva, in particolare nella motivazione di un decreto ingiuntivo.

Se la questione viene esaminata *incidenter tantum* dal giudice dell'ingiunzione, che ne dà conto nella motivazione del provvedimento, non per questo, a mio avviso, sulla medesima si forma un qualsivoglia vincolo, comunque lo si preferisca definire e inquadrare: giudicato, preclusione *pro judicato* o vincolo zeuneriano.

Ciò, peraltro, è quanto emerge non solo dagli scritti di parte della dottrina nazionale<sup>(27)</sup>, ma anche dai precedenti della Corte di giustizia. Mi riferisco, ad esempio, a quanto deciso nel caso *Banco Primus*, già citato in precedenza. La Corte in tal caso ha infatti stabilito come una norma nazionale, che vieta al giudice di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto, non osta alla Direttiva 93/13, qualora sia stato già statuito sulla legittimità delle medesime (alla luce della direttiva) con una decisione munita di autorità di cosa giudicata.

La stabilità del decreto, perseguita dalle Sezioni unite ed auspicata un po' da tutti, in punto di non vessatorietà delle clausole contrattuali alla luce della Direttiva 93/13 non può quindi discendere, a mio avviso, solo dall'esame del contratto e dalla motivazione del decreto. Quella stabilità può sì acquisirsi, ma su un piano differente: la *cognitio* sulla questione, della quale il giudice dà atto in motivazione, unitamente all'avviso al debitore riguardo alla conseguenza della sua passività, possono essere consi-

---

(27) Oltre agli scritti classici di E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935, p.41; e di E. Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova 1937, 200 ss.; sul punto, più di recente ed anche per citazioni, M. De Cristofaro, *Giudicato e motivazione*, in questa *Rivista* 2017, 41 ss.; ed E. Bertillo, *Sui rapporti*, cit., 1048. Proprio riguardo al tema in esame A. Giussani, *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 300, ci ricorda come «nella tradizionale logica privatistica, si tratta di utilizzare la motivazione per comprendere la portata del dispositivo, e non anche di attribuire effetto vincolante ai passaggi motivazionali in quanto tali».

derati nel loro insieme elemento idoneo alla creazione di una barriera preclusiva. La notifica del decreto contenente tali indicazioni si può infatti guardare come interpello all'ingiunto per far valere le sue ragioni sul punto; interpello, al quale, in caso di inerzia (informata), può seguire sul piano sostanziale (e non su quello processuale) una stabilizzazione che discende da una «validazione sopravvenuta» o, come si è sostenuto, da una rinuncia dismissiva<sup>(28)</sup>.

6. – Il percorso delineato dalle Sezioni unite genera poi ulteriori perplessità anche riguardo all'ipotesi in cui il decreto ingiuntivo non opposto sia stato emesso senza che vi sia stato un previo esame delle clausole contrattuali o della qualità di consumatore del debitore, sia silente sul punto nella motivazione e sia privo dell'avviso specifico in merito alla decadenza dalla possibilità di contestazione (anche) di tali profili con lo spirare del termine ordinario per l'opposizione, vale a dire: quando ci si trovi di fronte a decreti ingiuntivi di vecchio stampo.

Riguardo a questa ipotesi, la vicenda è stata esaminata dalle Sezioni unite sotto un profilo ben definito: vale a dire, rispetto al caso in cui il decreto ingiuntivo sia posto in esecuzione<sup>(29)</sup>. E proprio a tal proposito le Sezioni unite, rivendicando la propria autonomia in merito agli strumenti processuali da utilizzare, rispetto a quanto indicato dalla Corte di giustizia<sup>(30)</sup>, hanno provveduto a delineare una disciplina *ad hoc*, che tuttavia fa sorgere alcune perplessità, giacché pare – se mi è concesso – eccessivamente creativa e non priva di criticità, sia teoriche sia pratiche.

Il rimedio unico, quand'anche sia già pendente una opposizione a precetto o una opposizione in corso di esecuzione, viene infatti individuato nell'innesto dell'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.*, verso la quale il debitore viene indirizzato dal giudice dell'esecuzione o dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, previa concessione del termine di 40 giorni.

Questa soluzione, secondo la Corte «si lascia preferire» rispetto ad altre perché detta opposizione è il «rimedio che l'ordinamento stesso

<sup>(28)</sup> Così S. Pagliantini, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove leggi civ.* 2020, 947 ss., spec. 966 s.

<sup>(29)</sup> Anche se, per vero, le Sezioni unite, fuoriuscendo dal perimetro del principio di diritto da emettere, precisano in un passaggio della motivazione come il rimedio individuato sia idoneo a tutelare il consumatore anche nell'ipotesi in cui il titolo non sia portato in esecuzione. Cfr. § 9.1 della sentenza in esame.

<sup>(30)</sup> Sottolinea A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi*, cit., 376 come l'autonomia degli Stati rispetto alle decisioni della Corte di giustizia appartenga per vero al legislatore più che alla giurisprudenza.

appresta contro il giudicato[...] e, quindi, consente di mantenere ferma la configurazione del decreto ingiuntivo non opposto quale provvedimento idoneo a passare in giudicato formale e a produrre effetti di giudicato sostanziale [...] inoltre[...] tale soluzione permette anche nel limitato campo del decreto ingiuntivo non opposto in materia consumeristica, di fare salvo il principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile»<sup>(31)</sup>. Il che, a mio avviso, contrasta, come ho già avuto modo di precisare, con i principi che fuoriescono dalla sentenza della Corte di giustizia *Banco Desio*, ma anche con le altre pronunce della medesima Corte sopra richiamate.

L'idea che se ne trae è che le Sezioni unite, seppure cadendo in qualche evidente contraddizione<sup>(32)</sup>, abbiano voluto mantenersi fedeli all'orientamento secondo il quale anche nell'ipotesi di decreti ingiuntivi vecchio stampo si formi un giudicato implicito sulla non vessatorietà delle clausole e/o sulla qualificazione soggettiva del debitore<sup>(33)</sup>, pur imponendo – in ossequio al *decisum* della Corte di giustizia – una prima verifica sul titolo da parte del giudice dell'esecuzione. La logica conseguenza di tale premessa è stata l'individuazione di un rimedio straordinario tra quelli attualmente previsti dal sistema, con funzione di rimessione in termini<sup>(34)</sup>: l'opposizione tardiva dell'art. 650 c.p.c., la quale esce peraltro assai trasformata dalla sentenza delle sezioni unite.

Da un lato, ne viene data infatti una lettura estensiva quanto ai presupposti applicativi, dall'altro lato, ne viene ampliato il termine (mobile, secondo il momento in cui il giudice dell'esecuzione rileva la questione<sup>(35)</sup>) per l'introduzione, parificandolo a quello dell'opposizione ordinaria. Tali «adeguamenti» – si legge nella sentenza – si rendono necessari «in

---

<sup>(31)</sup> Cfr. § 9.2 della sentenza 6 aprile 2023.

<sup>(32)</sup> Mi riferisco soprattutto al § 5.2.2 della sentenza in esame, dove esplicitamente si riconosce che «è proprio la carente attivazione del giudice del monitorio – mancato rilievo officioso e omessa motivazione, imposti dalla norma imperativa (art. 6, par. 1 della direttiva 93/13/CEE) – che comporta secondo il diritto dell'Unione (nell'interpretazione vincolante della GUCE[...]) che la decisione adottata, sebbene non fatta oggetto di opposizione, è comunque insuscettibile di dar luogo alla formazione stabile e intangibile di un giudicato [...]». Sottolinea tale contraddizione anche E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 1064.

<sup>(33)</sup> Così legge il sottotraccia della sentenza in esame anche L. Baccaglioni, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore*, cit., 953.

<sup>(34)</sup> Accoglie con favore questa soluzione (peraltro già proposta dall'a. a commento delle sentenze della Corte di Giustizia) soprattutto S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, cit., 1244.

<sup>(35)</sup> Si può, peraltro, ritenere che il debitore – quand'anche non venga indirizzato dal giudice dell'esecuzione verso questo rimedio – possa adire il giudice dell'opposizione tardi-

ragione di una piena conformazione al diritto unionale di cui alla direttiva 93/13/CEE, secondo l'interpretazione della CGUE»<sup>(36)</sup>, ma, in realtà, è evidente che ci si trovi di fronte a qualcosa di più di un semplice adeguamento<sup>(37)</sup>, della cui legittimità è lecito dubitare.

Quanto al primo profilo, la Corte non esita ad equiparare il mancato rilievo dell'abusività consumeristica da parte del giudice dell'ingiunzione alle ipotesi di caso fortuito o forza maggiore<sup>(38)</sup>, benché – in realtà – ci si trovi di fronte ad un *error in procedendo* di quel giudice e non a eventi esterni, come si è soliti interpretare quei presupposti dell'art. 650 c.p.c.<sup>(39)</sup>.

Non si può negare, peraltro, che questa applicazione estensiva risulti non solo un po' ardita<sup>(40)</sup>, ma che possa anche rivelarsi assai pericolosa, soprattutto se si riflette sulle molteplici differenti ipotesi nelle quali si potrebbe verificare un vizio dello stesso genere (per *error in procedendo*) in pregiudizio di un soggetto considerato debole dall'ordinamento al pari del consumatore<sup>(41)</sup>.

In merito, poi, al secondo profilo sopra evidenziato, vale a dire all'innesto creativo del termine di 40 giorni nella disciplina dell'opposizione tardiva antiabusivismo consumeristico, in dottrina già molto si è detto e si è criticato<sup>(42)</sup>. Non è, pertanto, necessario che aggiunga alcunché, sebbene concordi sull'inopportunità di tale soluzione. Mi preme solo sottolineare come nel dispiegarsi del ragionamento della Suprema corte questo innesto, con conseguente disapplicazione del 3° comma dell'art. 650

va, depositando copia del decreto ingiuntivo silente in punto di vessatorietà ex Direttiva 93/13. Così E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 1064.

<sup>(36)</sup> Cfr. § 8.1. della sentenza del 6 aprile 2023.

<sup>(37)</sup> Di *make up* creativo scrive incisivamente E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 1064.

<sup>(38)</sup> Ricomprese nell'ambito dell'opposizione ex art. 650 c.p.c. a seguito della sentenza Corte cost. 20 maggio 1976, n. 120.

<sup>(39)</sup> Sul punto si veda ad es. Cass. 15 marzo 2001, n. 3769, dove si spiega come caso fortuito e forza maggiore siano da interpretare quali «vicende costituite da una forza esterna ostativa in modo assoluto alla conoscenza dell'atto ed in un fatto di carattere oggettivo, avulso dalla volontà umana e causativo dell'evento per forza propria.»; nello stesso senso Cass. 28 agosto 1998, n. 8561. Sottolineano questo ampliamento operato dalle Sezioni unite G. Scarselli, *La tutela del consumatore secondo la CGUE*, cit., 8; L. Baccaglioni, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore*, cit., 950; S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia*, cit., 1244.

<sup>(40)</sup> Sul punto si vedano soprattutto le critiche di C. Consolo, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1056 s.

<sup>(41)</sup> G. Scarselli, *La tutela del consumatore secondo la CGUE*, cit., 6.

<sup>(42)</sup> Si vedano ad es. G. Scarselli, *La tutela del consumatore secondo la CGUE*, cit., 6; L. Baccaglioni, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore*, cit., 950.

c.p.c. sia stato considerato necessario al fine di soddisfare la richiesta di effettività della tutela per il consumatore, secondo i dettami già indicati in altre occasioni dalla Corte di giustizia.

Ma, se effettivamente così è, allora occorrerà che sulla norma intervenga al più presto il legislatore o, quanto meno, la Corte costituzionale, perché anche per altre categorie di soggetti deboli (e, forse, per tutti) quel termine ora, a seguito del *dictum* delle sezioni unite, può essere considerato eccessivamente breve; e non si può pensare di delegare alla giurisdizione, sia pure nella sua più autorevole composizione e sia pure quale organo del sistema eurounionale, il compito di adeguare di volta in volta le norme del codice a tali esigenze di maggior tutela.

Né peraltro si comprende se detto nuovo termine si applichi o non si applichi e da quando decorra nel caso in cui (ancora) non penda l'esecuzione e non vi sia stato alcun rilievo da parte di un giudice<sup>(43)</sup>.

L'unico – mi pare di poter dire – indubbio vantaggio che offre la soluzione proposta è che all'esito dell'opposizione tardiva il debitore può conseguire la revoca del decreto ingiuntivo emesso in violazione delle suddette disposizioni. Ma il prezzo da pagare per ottenere siffatta utilità è assai alto sia per il debitore, onerato di una nuova iniziativa processuale, sia per il sistema nel suo complesso.

7. – L'osservanza al convincimento per il quale il decreto ingiuntivo non opposto produce giudicato anche sull'antecedente logico necessario informa anche il percorso delineato dalle Sezioni unite per il processo d'espropriazione.

Ora, come le stesse ci insegnano, in perfetta consonanza sul punto con la Corte di giustizia, al giudice dell'esecuzione (ma solo nella fase preliquidativa) spetta un primo controllo riguardo alla tutela del consumatore: ricorre ai poteri conferiti dagli artt. 484 ss. c.p.c. nel contraddittorio tra le parti; e, se necessario, può chiedere una integrazione della documentazione già presente nel fascicolo della procedura.

Nella ricostruzione delle Sezioni unite, tuttavia, all'esito di tale verifica – «sia positivo, che negativo», si legge nella sentenza – il giudice dell'esecuzione, privo di poteri in merito alla questione esaminata, ha solo l'onere di avvisare il debitore esecutato («ciò che varrà come interpello sull'inten-

---

<sup>(43)</sup> Sul punto C. Consolo, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1056 s. Sembra escludere l'applicabilità di tale maggior termine nell'ipotesi in cui non sia già pendente l'esecuzione A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi*, cit., 372.

zione di avvalersi o meno della nullità di protezione») che entro 40 giorni potrà proporre opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c., per fare accertare (solo ed esclusivamente) l'eventuale abusività delle clausole. Il debitore viene, quindi, sempre indirizzato dopo tale esame verso il giudice dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo; giudice che, peraltro, potrebbe essere proprio quello del quale è esclusa la competenza con norma imperativa dalla Direttiva 93/13<sup>(44)</sup>; il che rappresenta un difetto di non poco conto del disegno tratteggiato dalle Sezioni unite. Né al riguardo hanno particolare pregio, a mio avviso, le notazioni che si leggono nella sentenza riguardo ai benefici del processo telematico, che suonano come una sorta di giustificazione a questo non irrilevante inconveniente. Il processo telematico aiuta senza dubbio ad attenuare gli inconvenienti pratici che discendono dal doversi costituire in giudizio davanti ad un giudice "scomodo"; ma rimane fermo che il giudice verso il quale il consumatore viene indirizzato potrebbe essere quello considerato incompetente secondo la Direttiva 93/13; il che ci pone a rischio di ulteriori censure da parte della Corte di giustizia.

Nel frattempo, il giudice dell'esecuzione, secondo il *vademecum* della Cassazione, non dovrebbe procedere all'assegnazione o alla vendita del bene, anche se, secondo il percorso delineato, solo il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo avrà il potere di sospensione *ex art. 649 c.p.c.* Il condizionale, tuttavia, è d'obbligo, perché nessuna norma di legge impone tale irrituale pausa della procedura; e, così pure, è difficile immaginare un rimedio idoneo, qualora il giudice dell'esecuzione non si unifichi a tale provvedimento, dando seguito alle attività esecutive, comportamento al quale potrebbe indursi, in assenza di impedimenti che discendono da una precisa disposizione di legge, quante volte l'esame preliminare svolto davanti a sé abbia dato esito negativo riguardo alla qualità di consumatore nel debitore o riguardo alla vessatorietà delle clausole contrattuali rilevanti.

Come si è detto, le Sezioni unite escludono, tuttavia, che dopo tale esame il giudice dell'esecuzione abbia alcun potere non solo sul titolo, ma anche sul prosieguo della procedura pendente sia in merito alla sospensione della stessa sia riguardo alla sua chiusura anticipata, come si specifica nella sentenza.

Per vero, su questo ultimo punto la conclusione delle Sezioni unite è, a mio avviso, da condividere, anche se – ancora una volta - non si comprende

---

<sup>(44)</sup> Evidenziano questo difetto nella disciplina disegnata dalla Corte C. Consolo, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1056 s. e L. Baccaglioni, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore*, cit., 952.

nell'esercizio di quale autorità possa imporsi ai giudici dell'esecuzione questa limitazione, che è, inoltre, in controtendenza rispetto all'evoluzione degli ultimi anni della giurisprudenza e della dottrina, giuste o sbagliate che le si consideri, in merito al perimetro dei poteri di tale giudice riguardo alla valutazione del titolo esecutivo non solo in sede di opposizione all'esecuzione, ma anche nel corso della procedura, con la possibilità di porvi termine con ordinanza<sup>(45)</sup>. Né si deve dimenticare che in questi ultimi decenni sono stati disciplinati incidenti interni all'espropriazione, nei quali – almeno secondo la tesi preferita – il giudice dell'esecuzione esercita dei veri e propri poteri cognitivi e decisorii, così ad es. nelle controversie distributive *ex art.* 512 c.p.c. e in sede di contestazione o mancata dichiarazione del terzo *ex art.* 549 c.p.c. Ma rileva che in quei casi si tratti di attribuzioni specifiche<sup>(46)</sup>, nelle quali si decide su diritti di stampo processuale strettamente inerenti lo svolgimento della procedura e non riguardo alla validità di un contratto o di alcune clausole di quello.

La necessità di speditezza del procedimento esecutivo e la complessità delle verifiche richieste dall'art. 34 cod. cons., nonché la natura protettiva della nullità prevista al riguardo, potrebbero invece trovare, a mio avviso, un miglior punto d'equilibrio lasciando al debitore (informato dal giudice dell'esecuzione riguardo all'abusività della clausola) la scelta se far valere tale vizio in via di opposizione all'esecuzione o rinunciare a farlo valere<sup>(47)</sup>.

Di difficile comprensione è, altresì, perché secondo la Corte tale controllo sull'abusività delle clausole possa svolgersi solo nella fase pre-liquidazione. È vero che la stessa Corte di giustizia ha delimitato in tal modo il perimetro del controllo del giudice dell'esecuzione nella sentenza *Ibercaja Banco S.A.*, anch'essa del 17 maggio 2022<sup>(48)</sup>. Ma in un ordinamento come il nostro, dove ormai è consolidato il principio della stabilità della

<sup>(45)</sup> Si vedano ad es. Cass. 23 febbraio 2009, n. 4334; Cass. 22 giugno 2017, n. 15605, in questa *Rivista* 2018, 1651, (se si vuole) con nota di S. Vincere, *L'«improcedibilità» dell'espropriazione e l'opposizione all'esecuzione*. Sul tema M. Piloni, *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino 2011, *passim*; M. Cirulli, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi*, in *Riv. esec. forzata* 2019, 250 ss.; in relazione all'ipotesi in esame A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi*, cit., 382; G. Parisi *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento"*, cit., 697.

<sup>(46)</sup> Così anche A.M. Soldi e B. Capponi, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili*, cit., § 4.1.

<sup>(47)</sup> Diversamente A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi*, cit., 382 s; A. Crivelli, *Appunti sulla requisitoria del P.G.*, cit., 724, i quali ritengono possibile una pronuncia di chiusura anticipata da parte del giudice dell'esecuzione, cui potrebbe seguire l'opposizione *ex art.* 617 c.p.c.

<sup>(48)</sup> C. Giust. UE 17 maggio 2022, C-600/19.

vendita forzata anche a fronte dell'accoglimento di una opposizione all'esecuzione promossa prima della liquidazione, quante volte la procedura esecutiva non venga sospesa<sup>(49)</sup>, si stenta davvero a trovare la *ratio* di tale limitazione, soprattutto nell'ottica di massima salvaguardia del consumatore, cui la Corte di giustizia sempre più ci indirizza<sup>(50)</sup>. La possibilità di ottenere innanzitutto il ricavato dalla vendita del bene è senza dubbio di maggior tutela per il consumatore rispetto all'ipotesi – peraltro prospettata dalla Corte – di adire successivamente il giudice, ad esecuzione compiuta, per ottenere tutela in via risarcitoria<sup>(51)</sup>.

8. – Ulteriori tortuosità - se mi è concesso - si evidenziano nella disciplina delineata dalle Sezioni unite per le ipotesi nelle quali siano pendenti l'opposizione a precetto o quella in corso di esecuzione, promosse dal consumatore.

Nel primo caso, anche se l'opposizione *ex art.* 615, comma 1°, c.p.c. sia stata proposta proprio al fine di far valere l'abusività delle clausole del contratto per il quale è stato ottenuto il decreto ingiuntivo non opposto, le Sezioni unite chiedono, infatti, che si provveda a "riqualificare" la domanda del debitore consumatore e a indirizzarlo, per tramite di una *translatio iudicii* di difficile inquadramento, davanti a quello dell'opposizione tardiva. Il che non solo suscita perplessità in merito alla suddetta riqualificazione rispetto al principio della domanda (art. 99 c.p.c.), ma lascia anche aperto il quesito riguardo alla sorte dell'opposizione a precetto fondata (anche) su differenti motivi<sup>(52)</sup>.

<sup>(49)</sup> Cass., sez. un., 28 novembre 2012, n. 21110, in *Corriere giur.* 2013, 391 ss., con nota di B. Capponi, *Espropriazione forzata senza titolo esecutivo (e relativi conflitti)*; in *Foro it.* 2013, I, 1224, con nota di D. Longo, *Carenza del titolo esecutivo, vendita forzata e salvezza dell'acquisto del terzo*; e in questa *Rivista* 2013, 1551, se si vuole, con nota di S. Vincere, *La stabilità della vendita forzata: un dogma riaffermato*. Più recentemente Cass. 21 novembre 2017, n. 27545, in *Foro it.* 2018, I, 1328. In dottrina si ricorda, anche per citazioni, A. Barletta, *La stabilità della vendita forzata*, Napoli 2002, *passim*.

<sup>(50)</sup> Detta limitazione, ancor prima che nella sentenza delle Sezioni unite dell'aprile 2023 è stata affermata nell'ordinanza della III Sezione Cass. 29 marzo 2023, n. 8911. Sul punto si veda la critica di A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi*, cit., 379.

<sup>(51)</sup> C. Giust. UE 17 maggio 2022, C-60019 MA. *v. Ibercaja Banco* in *Riv. esec. forzata* 2022, 678 ss., con nota di G. Parisi, *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*.

<sup>(52)</sup> Solleva il quesito C. Consolo, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1057 il quale fa riferimento per queste ipotesi ad una sorta di «riassunzione innovativa e talora trasformativa». Vede in questa previsione una violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c. A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi*, cit., 375.

Nel secondo caso, vale a dire se l'opposizione sia introdotta pendente la procedura esecutiva, il giudice di questa rileverà d'ufficio la questione e interpellerà il consumatore al fine di sapere se intenda avvalersi della nullità di protezione. Ove il consumatore manifesti di volerlo, anche in tal caso, il giudice darà al consumatore termine di 40 giorni per proporre l'opposizione tardiva *ex art.* 650 c.p.c.; e, nel frattempo, il giudice dell'esecuzione si dovrà (o si dovrebbe, come si è già precisato) astenersi dal disporre la vendita o l'assegnazione del bene o del credito: come si è già rilevato, la procedura entra in una sorta di anomalo *stand by*.

Dal punto di vista della struttura dei giudizi, tuttavia, non c'è motivo – a mio avviso – che giustifichi in punto di tutela del consumatore questa scelta: l'opposizione a precetto si svolge davanti al giudice della cognizione (individuato secondo il combinato disposto degli artt. 27 e 480 c.p.c.), nelle forme del giudizio in disteso contraddittorio, in doppio grado e consente, inoltre, l'immediata sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo. Ma la stessa conclusione si può trarre anche per l'opposizione dell'art. 616 c.p.c.: dopo la prima fase, che si svolge davanti al giudice dell'esecuzione, il giudizio prosegue (salva la possibilità del 3° comma dell'art. 624 c.p.c.) davanti al giudice competente nelle forme ordinarie, gode del doppio grado e, ricorrendone i presupposti, consente la sospensione della procedura esecutiva.

In sostanza, mi pare che nell'ottica delle Sezioni unite l'inidoneità di questi istituti ad offrire piena tutela al debitore consumatore ingiunto stia tutta e solo nel principio per il quale non si tratta di rimedi utilmente spendibili contro un provvedimento giudiziale passato in giudicato<sup>(53)</sup>.

Anche senza spingersi a pensare che il decreto ingiuntivo non opposto e non motivato debba essere considerato inesistente, con la conseguente caduta di ogni limitazione circa la valutazione dell'abusività in sede esecutiva<sup>(54)</sup>, si sarebbero potuti (e si potrebbero), a mio avviso, prendere in

---

<sup>(53)</sup> Si veda ad es. sul punto Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19889. Situazione differente si ha, ovviamente, se si facciano valere fatti avvenuti dopo il passaggio in giudicato del titolo o che attengano a temi strettamente esecutivi, come ad esempio l'impignorabilità del bene. Di recente Cass. 2 agosto 2021, n. 22090. In dottrina *ex multis* R. Vaccarella, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1993; 4 ss.; e con utili precisazioni G. Olivieri, *Opposizione all'esecuzione, sospensione interna ed esterna, poteri officiosi del giudice*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, II, Milano 2005, 1235.

<sup>(54)</sup> Ipotesi nella quale, come è noto, non si risente dei limiti normalmente attribuiti al giudice dell'esecuzione (anche in sede di opposizione *ex art.* 615 c.p.c.). Per tutti: A.M. Soldi., *Manuale dell'esecuzione forzata*, 7<sup>a</sup> ed., Milano 2019, 2059; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, 11<sup>a</sup> ed., Milano 2021, 259. Sul punto, in relazione alla questione qui in esame, si veda anche M. Stella, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit., 2128.

considerazione altri aspetti, che forse avrebbero potuto indirizzare la Cassazione verso una soluzione più lineare e più aderente al *dictum* della Corte di giustizia, mantenendo la tutela del consumatore nell'ambito dell'esecuzione.

Innanzitutto, mi pare che, se il *dictum* della Corte di giustizia circa il rilievo dell'abusività delle clausole contrattuali può essere considerato - secondo le Sezioni unite - come un equivalente del caso fortuito/ forza maggiore, che legittima la riapertura dei termini per l'opposizione dell'art. 641 c.p.c., a maggior ragione, utilizzando in pari misura un'interpretazione elastica del sistema, quello stesso *dictum*, data la sua forza normativa con effetto *ex tunc*, potrebbe riguardarsi anche come una sorta di sopravvenienza rilevante rispetto al titolo esecutivo passato in giudicato o, comunque, una «causa ... non imputabile» di proposizione tardiva dell'azione (art. 615, comma 2°, c.p.c.), che la rende ammissibile anche dopo l'autorizzazione alla vendita<sup>(55)</sup>.

Ma, in realtà, anche senza ricorrere ad un'applicazione particolarmente disinvolta degli istituti interni in funzione adeguatrice al diritto eurocomunitario, a mio avviso, per giungere ad una soluzione soddisfacente, sarebbe stato sufficiente ricostruire il sistema fondandolo su un solo caposaldo: il decreto ingiuntivo non opposto produce giudicato solo sul diritto di credito dell'istante e ad esso non si applica il principio del dedotto e deducibile.

Secondo questa lettura, la prospettiva indicata dai giudici del Lussemburgo, infatti, appare non certo scontata, ma nemmeno foriera di veri sovvertimenti del sistema. Una siffatta soluzione, fermo il giudicato sul credito, consentirebbe di veicolare la tutela del consumatore nell'opposizione all'esecuzione, ove il riscontro dell'abusività delle clausole (eventualmente già oggetto dell'esame del giudice dell'esecuzione), determinerebbe la negazione del diritto di procedere in via esecutiva.

Secondo la prospettiva qui accolta, ci si troverebbe pertanto a ragionare di un doveroso e possibile sindacato del giudice dell'esecuzione, in prima battuta, ai fini del rilievo officioso della nullità di protezione e, successivamente, di una *cognitio* secondo le regole del processo ordinario davanti a quello dell'opposizione, per iniziativa dell'ingiunto, *non* su una questione già passata in giudicato o sulla quale comunque sia già caduta una *preclusione* o un vincolo, ma su una questione mai giudicata prima ed essenziale quanto al diritto di procedere in via esecutiva<sup>(56)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> A. Crivelli, *Le Sezioni unite e il titolo nei confronti del consumatore*, cit., 393.

<sup>(56)</sup> A.M. Soldi e B. Capponi, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili*, cit., § 4.4 «il decreto ingiuntivo è titolo giudiziale limitatamente alle

Una critica a questa soluzione, già avanzata da più parti, riguarda il fatto che l'esito dell'opposizione all'esecuzione rileva per la singola procedura e non è in grado di produrre un effetto che vada oltre le sorti della medesima. Ciò in via generale è vero, ma non vi sono soverchi ostacoli nell'ammettere che il debitore proponga nella fase di merito dell'opposizione un'esplicita domanda *ex art. 34 c.p.c.* sul punto della vessatorietà<sup>(57)</sup>. Si potrebbe poi pensare di ricostruire il rapporto tra questo giudicato e quello formatosi sul decreto ingiuntivo applicando (in via estensiva) il principio che discende dall'art. 336, comma 2°, c.p.c.<sup>(58)</sup>; oppure coordinando la decisione passata in giudicato sul diritto dipendente e quella successiva (pure passata in giudicato) sulla questione pregiudiziale in termini di prevalenza dell'una sull'altra<sup>(59)</sup>, oppure, ancora, regolando il rapporto tra tali decisioni in forza dell'efficacia riflessa (ma *inter partes*) e retroattiva della cosa giudicata *ex art. 2909 c.c.*, che – secondo una dottrina – produce «perdita di efficacia del giudicato dipendente»<sup>(60)</sup>. Ciò che a mio avviso è importante sottolineare in questa sede è che nello strumentario dell'interprete vi sono varie possibilità di soluzione che meriterebbero di essere indagate.

9. – Di certo, comunque, non si può negare che la situazione sia complessa; e la sentenza delle Sezioni unite qui esaminata non può quindi essere guardata con severità, benché la si consideri (in parte) non condivisibile. Al di là di qualche contraddizione, ha il merito di aver dettato delle regole di disciplina precise (soprattutto per quanto riguarda il procedimento d'ingiunzione) e di non aver ceduto all'idea di dare ingresso nel sistema esecutivo all'*actio nullitatis*, come proposto nella Requisitoria del P.G.<sup>(61)</sup>. Si può dire che, nella sostanza, essa sia frutto delle tesi estensive

---

statuizioni espresse, ed è titolo assimilabile a quello stragiudiziale nel resto». *Contra* la recente Trib. Imprese Roma 27 giugno 2023, n. 10146, in *www.expartecreditoris.it*.

<sup>(57)</sup> Né si deve escludere che il creditore in quella sede proponga la domanda riconvenzionale per ottenere «una sentenza di condanna che tenga luogo del titolo esecutivo azionato, rivelatosi inesistente o, comunque, inadatto allo scopo». Così A.M. Soldi e B. Capponi, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili*, cit., § 4.4.

<sup>(58)</sup> Sia pure in relazione ad ambiti diversi da quello qui in esame A. Ronco, *Sul conflitto tra sentenze di separazione, divorzio e nullità del matrimonio*, in *Giur. it.* 2019, 572 ss.; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, cit., 89 (a proposito dell'effetto della sentenza della Corte di cassazione nel caso di regolamento di giurisdizione).

<sup>(59)</sup> A. Giussani, *Collegamento giudiziale ed effetti del giudicato*, in *Aa.Vv., I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano 2007, 123 ss.

<sup>(60)</sup> M. Gradi, *Il contrasto teorico tra giudicati*, Bari 2020, 312 ss., anche per citazioni.

<sup>(61)</sup> Non si ha qui la possibilità di approfondire anche tale proposta. Sul tema si rinvia in particolare a A. Crivelli, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in*

riguardo ai limiti oggettivi del giudicato, il che porta alla luce anche le incertezze e le divisioni che da sempre si riscontrano sul tema.

Le vie da esplorare di fronte al *dictum* della Corte di giustizia avrebbero dovuto essere, a mio avviso, differenti; ma credo che anche ora il dialogo tra gli interpreti possa suggerire soluzioni soddisfacenti, senza apportare stravolgimenti al sistema, anche perché i quesiti lasciati senza risposta dalla sentenza delle Sezioni unite sono molti<sup>(62)</sup>. Né, a mio avviso, si può pensare di risolvere definitivamente la situazione introducendo un nuovo motivo di revocazione straordinaria *ex art. 395 c.p.c.* applicabile anche al decreto ingiuntivo, come da taluno si è suggerito<sup>(63)</sup>: anche questa soluzione – se non mi inganno – si fonda infatti sull’idea che il decreto ingiuntivo non opposto possa fare stato sulla non vessatorietà delle clausole contrattuali.

Ciò che a prima vista può sembrare una ennesima incrinatura ai nostri valori processuali, forse costituisce in realtà un’occasione per rimeditare su quei temi e per frenare certi eccessi, dietro ai quali, spesso, più che il timore di vuoti di tutela o di contrasti tra giudicati si nascondono esigenze di semplice economia processuale<sup>(64)</sup>.

Certo è che l’avanzata del diritto eurocomunitario in campo processuale, non arretrerà nei prossimi anni, portando con sé la necessità di interpretazioni coerenti che non obblighino a stravolgere il nostro sistema e, dove necessario, pensando anche di fare uso sapiente dei c.d. controlimiti<sup>(65)</sup>.

Sempre in materia consumeristica, già si affacciano all’orizzonte, infatti, altre questioni di estremo rilievo e potenzialmente capaci di produrre ulteriori scosse telluriche sul nostro ordinamento. Mi riferisco sia al recente rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* del Tribunale di Lodi, in merito alla estensibilità delle tutele offerte dalle Sezioni unite anche all’ipotesi di decreto ingiuntivo opposto dal consumatore (ma con giudizio di opposizione dichiarato inammissibile)<sup>(66)</sup>, sia al rinvio pregiudiziale alla

---

*ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, cit., 721; A.M. Soldi e B. Capponi, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili*, cit., § 4.3.

<sup>(62)</sup> Quesiti segnalati con precisione soprattutto da L. Baccaglioni, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore*, cit., 950 s.

<sup>(63)</sup> Come proposto, ad es., da F. De Stefano, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto*, cit.

<sup>(64)</sup> Cfr. ad es. gli ampi riferimenti al tema nelle sentenze gemelle del 2014, citate in precedenza.

<sup>(65)</sup> Prospettiva espressamente esclusa per l’ipotesi in esame da R. Rossi, *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit., § 4.

<sup>(66)</sup> Trib. Lodi 18 ottobre 2023, in [www.inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it); per l’estensione dell’art. 650

Corte di giustizia di un giudice spagnolo, il quale chiede se sia compatibile con la Direttiva n. 93/13 una norma nazionale che nell'ambito del procedimento di esecuzione fondato su un decreto ingiuntivo non consenta un *secondo* controllo d'ufficio sull'abusività delle clausole, qualora si ritenga che sia stato compiuto in modo incompleto o fallace nel precedente procedimento d'ingiunzione <sup>(67)</sup>.

Ulteriori ipotesi di *errores in procedendo* mascherate da caso fortuito/forza maggiore?

---

c.p.c. anche al caso di decreto ingiuntivo già opposto si vedano Trib. Ivrea 16 maggio 2023, in *www.Ilcaso.it.*; Trib. Milano 17 gennaio 2023, n. 298, in *www.Onelegale.it.*; *contra* Trib. Como 26 aprile 2023, n. 456, in *www.expartecreditoris.it.*

<sup>(67)</sup> Cfr. *Juzgado de Primera Instancia n. 2 de León*, 24 novembre 2022, Investcapital Ltd, C-724/22 in *www.curia.it*, rinvio prontamente segnalato da S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, nota a Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in questa *Rivista* 2023, §11.

FEDERICA GODIO (\*)

Ricercatore nell'Università di Padova

## SULL'ECCEZIONE DI RISOLUBILITÀ DEL CONTRATTO PER GRAVE INADEMPIMENTO

SOMMARIO. 1. Le ragioni della riflessione: le utilità di una eccezione di risolubilità del contratto. – 2. Presupposti e limiti dell'indagine. – 3. Possibili ostacoli alla configurabilità di una eccezione di risolubilità: la mancanza di una previsione espressa. – 4. Indici giurisprudenziali e normativi (più o meno conferenti) a favore della ammissibilità dell'eccezione di risolubilità. – 5. Eccezione di risolubilità e (parziale) adempimento del contratto: tre possibili proposte ricostruttive.

1. – Nel corso di un recente convegno patavino dedicato ai rimedi alle vicende patologiche (genetiche o funzionali) del contratto, è nuovamente emersa la tendenza ad indagare possibili vie per emancipare lo scioglimento dal vincolo negoziale per inadempimento dell'avversario dal processo di risoluzione *ex art.* 1453 c.c.<sup>(1)</sup>, percepito come strumento troppo ingom-

---

(\*) Lo scritto è il frutto della rielaborazione e dell'approfondimento dell'intervento svolto nell'ambito del convegno "I rimedi contrattuali tra autonomia privata e processo civile", Padova, 12 e 13 maggio 2023.

(<sup>1</sup>) Il riferimento è a quelle costruzioni che affermano (o comunque indagano) la possibilità di una risoluzione stragiudiziale unilaterale per grave inadempimento concorrente con quella giudiziale *ex art.* 1453 c.c. (di cui non si nega la natura di tutela costitutiva). Così, seppur con differenze anche in relazione all'ambito di operatività di questa risoluzione stragiudiziale (se attivabile sempre, o solo nei casi in cui la parte non voglia ottenere anche risarcimenti o restituzioni), M. Dellacasa, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.* 2015, 40 ss.; Id., *Quando l'inadempimento è reciproco: il piano dei rimedi e la proiezione dell'interesse positivo*, in *Europa e dir. priv.* 2020, 333 ss.; S. Pagliantini, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Persona e Mercato* 2015, 86 ss.; Id., *La risoluzione per inadempimento del duemila*, *ivi* 2018, 74 ss.

Queste indagini si giovano anche dei risultati di quella dottrina che costruisce le impugnative negoziali in termini di poteri sostanziali il cui esercizio (stragiudiziale o anche con atto del processo) vale a determinare la caducazione del vincolo: v. I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, spec. 305 ss.; *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione: ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia sulla risoluzione*, in Aa.Vv., *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di Consolo, Pagni, Pagliantini, Roppo, Maugeri, Bologna 2018, 75 ss.; *Il processo nelle impugnative del contratto: in particolare, nella risolu-*

brante ed impegnativo<sup>(2)</sup> per la parte che voglia solo ottenere la liberazione dal contratto.

In tale contesto ci è parso utile interrogarci sulla configurabilità di una eccezione di risolubilità del contratto per suo grave inadempimento. Se, cioè, l'inadempimento sufficientemente grave da consentire la risoluzione

*zione per inadempimento, in Il contratto nel processo*, Milano 2022, 63 ss. Aperture al riguardo già in R. Sacco, di cui v., in relazione al potere di risoluzione per grave inadempimento, quanto affermato in R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto*, Torino 2004, II, 2<sup>a</sup> ed., 646 ss. (per analogo discorso, relativo al potere sostanziale di provocare l'annullamento del contratto, v. Id., voce *Nullità e annullabilità (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 1965, XI, 456 ss.; voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. pubbl., sez. civile*, Torino 1995, XII, 293 ss.; *Le invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino 2002, 599 ss., spec. 625 ss.). In coerenza con la premessa accolta (impugnative negoziali quali poteri sostanziali) questa dottrina riconosce natura dichiarativa (del modo d'essere del rapporto già modificato per effetto dell'esercizio del potere) e non costitutiva, al giudizio di risoluzione (e annullamento).

Nel corso del convegno dello scorso maggio, è stata poi discussa la possibilità di ammettere la parte convenuta per l'adempimento ad esercitare il potere di recesso riconosciuto dal contratto, per ottenere che dell'effetto dell'esercizio del potere sostanziale (e dunque dell'avvenuto recesso) il giudice del processo di adempimento tenga conto, in vista del rigetto della domanda avversaria di condanna a adempiere (così F. Addis).

<sup>(2)</sup> In tal senso si invoca, anzitutto, la necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza di risoluzione per la produzione dell'effetto di scioglimento del vincolo contrattuale (sul presupposto della natura costitutiva, ex art. 2908 c.c., del giudizio di risoluzione ex art. 1453 c.c.; presupposto condiviso da giurisprudenza e dottrina, salvo le poche – seppur autorevoli – voci contrarie ricordate alla nt. 1, e su cui v. anche oltre, nt. 9). Il tempo necessario per il formarsi del giudicato assai spesso impedirà alla parte che subisce l'inadempimento di ricercare altrove la prestazione che le spettava in base al contratto inadempito, o di reimpiegare la propria prestazione. La circostanza che questi danni, conseguenti all'inadempimento avversario, certo, quando esso però si somma) alla durata del processo, possano essere addossati alla parte inadempiente, non risulta tutela sufficiente a giustificare la lunghezza del giudizio di risoluzione, specie nell'attuale epoca caratterizzata dalla velocità dello scambio. Queste, al fondo, le riflessioni comuni a quegli interpreti che non negano la natura costitutiva del giudizio di risoluzione ex art. 1453 c.c., ma ne limitano l'operare a quei soli casi in cui oltre allo scioglimento del vincolo (altrimenti ottenibile, secondo questa impostazione, attraverso l'esercizio di un potere unilaterale di risoluzione stragiudiziale per inadempimento) la parte non inadempiente ricerchi anche un ristoro per i danni che l'inadempimento le ha provocato o la restituzione della propria prestazione, se già resa: così, se bene abbiamo inteso, M. Dellacasa; prospettiva indagata anche da S. Pagliantini, nei luoghi per entrambi citati *retro*, nt. 1.

Oltre a ciò, andrebbero menzionati anche i costi del giudizio di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c., sia in termini di contributo unificato, per individuare il quale il valore è dato dall'intero contratto, non dalla singola prestazione che si assume inadempita (art. 12 c.p.c. e art. 14, comma 2°, D.P.R. n. 115/2002 e ss.mm.: v. però Cass. 27 luglio 2021, n. 21534, che non si richiama a quelle norme e rigetta perché infondato il motivo di ricorso contro la sentenza di appello che aveva detto indeterminato – ai fini della liquidazione delle spese di lite – il valore del giudizio di risoluzione del contratto per inadempimento); sia in termini di costi della difesa tecnica: importi che non sempre trovano rispondenza e così ristoro nelle spese di lite poste a carico del soccombente.

ex artt. 1453 e 1455 c.c., possa essere invocato a fondamento di una eccezione da chi sia stato convenuto con domanda di adempimento, per ottenerne il rigetto.

Rigetto, questo in discorso, cui conseguirebbe la definitiva liberazione dell'eccipiente dall'obbligo oggetto della domanda di adempimento respinta in accoglimento della eccezione, diversamente da quanto accade (o dovrebbe accadere: v. oltre, par. 4) per il caso di rigetto della domanda di adempimento in accoglimento dell'eccezione dilatoria di inadempimento, ex art. 1460 c.c. Quest'ultima eccezione, infatti, non emancipa l'eccipiente dal contratto, di cui anzi preserva la vitalità, perché mira ad ottenere anzitutto l'adempimento dell'obbligazione avversaria, al quale adempimento l'eccipiente vuole posticipare – o almeno far coincidere – il proprio<sup>(3)</sup>.

Una eccezione di risolubilità del contratto per grave inadempimento, ad ammetterla, avrebbe almeno due vantaggi.

Nell'ottica di limitare la necessità di ricorrere al processo<sup>(4)</sup>,

<sup>(3)</sup> V. V. Roppo, *Il contratto*, Milano 2011, 918 ss., il quale analizza l'ipotesi di eccezione ex art. 1460 c.c. opposta ad una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, contratto che con la propria eccezione il convenuto mantiene in vita; U. Carnevali, in Carnevali, E. Gabrielli, M. Tamponi, *Il contratto in generale*, Tomo VIII, 2, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino 2011, spec. 244; F. Addis, *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in Aa.Vv., *Remedies in contract. The common rules for a European Law*, a cura di Vettori, Padova 2008, 1 ss.; L. Bigliuzzi Geri, *Della risoluzione per inadempimento*, II, Artt. 1460-1462, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1988, 1 ss. Sulla impossibilità di qualificare l'eccezione prevista dall'art. 1460 c.c. come eccezione di risolubilità del contratto, in ragione dei differenti presupposti (non il grave inadempimento, ma la buona fede dell'eccipiente) e dei fini (non caducatori ma solo dilatori), v. E. Merlin, *Compensazione e processo*, I, Milano 1991, pp. 233-234, nt. 71. Anche a negare che colui che solleva la *exceptio non adimpleti contractus* dimostri il proprio interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale, comunque è osservazione condivisa che l'eccezione di inadempimento non determina la liberazione dal vincolo negoziale, ma semmai ne sospende le sorti: v. così, nel saggio sulla evoluzione, la natura ed i problemi ricostruttivi della *exceptio*, G. Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Annali Palermo* 1921, VIII, 75 ss., il quale osservava che "con l'*ex. non ad. c.* [diversamente che con la domanda di risoluzione] il rapporto contrattuale rimane in vita: l'eccipiente non si pronuncia né per la risoluzione né per l'adempimento. Il suo mezzo di difesa produce semplicemente un arresto, una stasi del rapporto giuridico ..." (spec. 107).

<sup>(4)</sup> L'eccezione di risolubilità, certo, non consente di escludere in radice la prospettiva del processo. Risultato del resto impossibile anche a riconoscere in capo alla parte non inadempiente un potere sostanziale di risoluzione per inadempimento grave (concorrente o meno con l'azione costitutiva). Anche in queste ipotesi, infatti, il processo si rivelerebbe comunque rimedio necessario, in questo caso per il destinatario della dichiarazione unilaterale di risoluzione, che voglia (negare tale potere sostanziale, e così) ottenere l'accertamento dell'attuale vigenza del contratto e la condanna dell'avversario ad adempiere (sulla ineliminabilità della prospettiva giudiziale v., per tutti, U. Carnevali, in Carnevali, E. Gabrielli, M. Tamponi, *Il contratto in generale*, Tomo VIII, 2, *La risoluzione*, cit., spec. 38-39, il

consentirebbe alla parte (non interessata a danni o restituzioni<sup>(5)</sup>), a fronte di un inadempimento avversario, di non dover essa agire con l'azione di risoluzione, ma di poter semplicemente rifiutare la prestazione che le viene richiesta, contando sul fatto che, ove fosse convenuta in giudizio per l'adempimento, potrà far valere la risolubilità del contratto in ragione dell'anteriore e grave inadempimento avversario, ed ottenere così il rigetto della domanda di adempimento.

Il tutto (e questo è il secondo vantaggio) senza la necessità di svolgere una domanda riconvenzionale di risoluzione, che la parte potrebbe reputare eccessivamente impegnativa<sup>(6)</sup> in vista del risultato cui mira (liberarsi dall'obbligazione di cui la controparte chiede l'adempimento, avendo già messo in conto di non dover conservare la disponibilità materiale e di risorse per l'esecuzione di quello scambio negoziale che, nella sua ottica, è già archiviato).

2. – Il funzionamento di una eccezione di risolubilità del contratto per grave inadempimento pone molti e interessanti quesiti, che qui ci limitiamo a elencare (e solo in parte): il tipo di eccezione (se in senso stretto o lato); l'esistenza di un termine di prescrizione (o decadenza) dopo il quale l'eccezione non sarà più spendibile (non si tratta solo della nota questione della natura – se principio generale o invece eccezionale – della regola

---

quale osserva che la parte convenuta con domanda di accertamento dell'attuale vigenza del contratto per invalido esercizio del potere sostanziale di risoluzione assai probabilmente per prudenza attenderebbe l'esito del giudizio prima di reimpiegare la propria prestazione/ricercare altrove la controprestazione dovutale).

<sup>(5)</sup> Nei casi in cui alla volontà di sciogliersi dal vincolo negoziale si accompagnino pretese restitutorie o risarcitorie la prospettiva del processo non appare evitabile, poiché il diritto al risarcimento del danno (del danno da inadempimento 'tombale', non più emendabile), al pari di quello alle restituzioni, presuppone la rimozione del vincolo negoziale giustificativo dell'attribuzione patrimoniale che è mancata e va risarcita, o che va restituita. Diversa questione (su cui v. oltre, par. 5) è se tra i requisiti di ammissibilità dell'eccezione di risolubilità del contratto rientri la totale inesecuzione dello stesso, o se invece basti la mancata esecuzione ad opera dell'eccipiente (nel qual caso si porrà il problema di come consentire alla controparte, a valle del rigetto della sua domanda di adempimento in accoglimento dell'eccezione di risolubilità, di recuperare la prestazione sinallagmatica già resa).

Del resto, anche quanti ammettono una risoluzione stragiudiziale unilaterale per grave inadempimento concorrente con la risoluzione giudiziale tendono a limitarne l'operatività ai casi in cui colui che tale potere sostanziale esercita non abbia pretese restitutorie o risarcitorie (nel qual caso si addita pur sempre la via dell'azione costitutiva di risoluzione, cui abbinare le domande restitutorie e risarcitorie): v. M. Dellacasa, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit., spec. 76 ss.

<sup>(6)</sup> Si evitano in tal modo i costi connessi all'ampliamento dell'oggetto del giudizio: contributo unificato, costi difensivi, anche correlati all'eventuale soccombenza sulla domanda (sui costi del giudizio di risoluzione v. quanto detto alla nt. 2).

*temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*<sup>(7)</sup>, ma, a monte, del quesito se l'azione di risoluzione possa essa stessa dirsi o meno soggetta a termine prescrizione/decadenziale che si comunica alla eccezione). E ancora, se valga anche per l'eccezione quanto previsto per la domanda di risoluzione dal comma 2° dell'art. 1453 c.c., e dunque se sia possibile per la parte che abbia eccepito l'inadempimento avversario a fini solo dilatori, sollevando dunque l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., mutare in corso di causa la propria difesa in eccezione di risolubilità<sup>(8)</sup>; oppure, come vada adempiuto in questo caso l'onere di allegazione e dove si collochi l'onere della prova dell'inadempimento dedotto in via di eccezione e pure della sua (sufficiente) gravità ex art. 1455 c.c.; e poi quali effetti abbia il rigetto di una tale eccezione in eventuali futuri processi in cui si discuta ancora dell'(in)adempimento del contratto.

Già a monte, però, sono necessarie prese di posizione su temi generali e impegnativi, che una più articolata trattazione richiederà di giustificare. In particolare, la natura costitutiva – e non invece dichiarativa del modo d'essere del rapporto per effetto dell'esercizio del potere di parte<sup>(9)</sup> – del

(7) Su cui per tutti v., ma con posizione non incontrastata, G. Gabrielli, *Temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, in *Riv. dir. civ.* 2008, 713 ss. Per E. Merlin, *Compensazione e processo*, cit., 237, nt. 76, l'eccezione di impugnativa, per poter risultare davvero utile, deve essere svincolata dal termine previsto per la azione. Altrimenti la parte (che pur miri solo a liberarsi dal contratto) agirebbe prudenzialmente nel termine con domanda costitutivo-caducatoria, per evitare di essere convenuta per l'adempimento una volta decorso il termine per sollevare l'eccezione di impugnativa. Il rilievo è certamente condivisibile, ma assume un carattere meno centrale per l'eccezione di risolubilità per inadempimento: anche ad ammettere che l'azione di risoluzione sia soggetta a termine e che questo si comunichi alla relativa eccezione, si tratterebbe pur sempre del termine decennale, e così uguale al termine prescrizione del diritto di credito all'adempimento, che potrebbe essere azionato con domanda di condanna.

(8) Sull'operare dei meccanismi disciplinati dai commi 2° e 3° dell'art. 1453 c.c. v. per tutti C. Consolo, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.* 1995, 299 ss.

(9) Ci riferiamo qui, anzitutto, a quella dottrina (I. Pagni, ma anche R. Sacco, v. nt. 1) che costruisce le impugnative negoziali come poteri sostanziali, il cui esercizio determina la caducazione del contratto. Se si accolgono queste premesse, la deduzione nel processo del tema della risoluzione per inadempimento darà luogo sempre e solo ad una pronuncia dichiarativa (dell'attuale vigenza o no del contratto). Così conclude (ancorché con espresso riferimento al giudizio di annullamento) anche A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in questa *Rivista* 1991, 60 ss., spec. 92 ss.

La natura dichiarativa (e non costitutiva) del giudizio di impugnativa negoziale (annullamento, rescissione, risoluzione) è stata autorevolmente sostenuta (seppur con posizione rimasta isolata) anche senza giungere a riconoscere, in capo alla parte non inadempiente o il cui consenso risultò viziato, un potere esercitabile stragiudizialmente e unilateralmente, e senza eliminare la necessità di ricorrere al processo per ottenere, sul piano sostanziale, la

giudizio di risoluzione per grave inadempimento *ex art.* 1453 c.c.; e così la non configurabilità, allo stato, di un potere generale<sup>(10)</sup> di risoluzione unilaterale per inadempimento grave, nemmeno se concepito come concorrente con il processo costitutivo<sup>(11)</sup>.

---

caducazione del contratto. È, com'è noto, il pensiero di E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano 1957, spec. 105 ss. Vi aderisce I. Andolina, *Per un profilo degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale*, in *Jus* 1959, 103 ss. spec. 104 ss. Alla domanda di impugnativa negoziale viene, in questa prospettiva, riconosciuta una duplice funzione, sostanziale e processuale: provocare il mutamento della realtà sostanziale (qui caducare il contratto risolubile), ed altresì l'accertamento giudiziale di tale realtà sostanziale come già modificata. La tutela giurisdizionale erogata è dunque di accertamento, e non costitutiva, ma pur sempre necessaria per stabilizzare l'effetto costitutivo della domanda giudiziale. Se il processo si estingue, infatti, "l'efficacia dell'atto [di esercizio del potere sostanziale] vien meno, e torna in vigore la situazione preesistente (validità, efficacia, provvisoria ed eliminabile, del negozio)" (E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, cit., spec. 110 ss.).

Proprio questo scarto tra produzione dell'effetto costitutivo-caducatorio (con la domanda giudiziale o l'eccezione) e sua stabilizzazione (con il giudicato), rappresenta il principale profilo di criticità della costruzione in esame. È stato infatti al riguardo evidenziato che solo nella prospettiva del singolo processo di impugnativa l'effetto costitutivo può dirsi prodotto dalla domanda. Fuori da quel processo, l'effetto si produrrà quando e se sarà pronunciata sentenza di accoglimento, sì che in ultimo è sempre e solo la sentenza che rileva (Così A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino 1980, II, 1, spec. 150-151). Di qui anche, soggiungiamo, l'ulteriore profilo di criticità, legato alla incertezza in cui versa la parte convenuta con domanda di impugnativa: tra le parti del giudizio l'effetto costitutivo-caducatorio è prodotto direttamente dalla domanda, sì che nel lasso di tempo che va dalla domanda al giudicato di accoglimento si avrebbe, per le sole parti, un contratto provvisoriamente risolto (v. S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, spec. 160-161). Con tutto ciò che ne consegue in termini di incertezza circa la necessità di tenere o meno fermi i mezzi per adempiere alla propria obbligazione, o ricercare altrove la controprestazione dovuta, anche nell'ottica di necessaria collaborazione in buona fede per limitare il danno patito *ex art.* 1227 c.c.

<sup>(10)</sup> In ambiti specifici la risoluzione stragiudiziale unilaterale è positivamente disciplinata: l'art. 135-*quater*, comma 2°, cod. cons. (introdotto dal d.lgs. n. 170/2021 in attuazione della Direttiva UE 2019/771) sulla vendita di beni di consumo riconosce, a favore del consumatore, la possibilità di risolvere il contratto di vendita in presenza di vizi, con una dichiarazione unilaterale. E si tratta dell'unico strumento per poter risolvere il contratto (viene meno la risoluzione giudiziale, prima prevista dal prev. art. 130, comma 7°, cod. cons.): v. A. Luminoso, *La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. n. 170/2021)*, in *Europa e dir. priv.* 2022, 483 ss., spec. 506, e A. Gnani, *Profili sistematici della risoluzione eurounitaria*, in *Contratto e Impresa* 2023, 225 ss., spec. 230.

<sup>(11)</sup> Così, per il caso in cui la parte non inadempiente non intenda richiedere risarcimenti e restituzioni (nel qual caso il giudizio costitutivo di risoluzione *ex art.* 1453 c.c. resterebbe l'unica via praticabile), M. Dellacasa, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit., 40 ss.; Id., *Quando l'inadempimento è reciproco: il piano dei rimedi e la proiezione dell'interesse positivo*, cit., 333 ss.

Ad ammettere una risoluzione stragiudiziale unilaterale per grave inadempimento, infatti, la eccezione di (a questo punto) *risoluzione* (non più solo *risolubilità*) del contratto perderebbe gran parte della sua problematicità. Si tratterebbe solo di prendere atto, nel processo pendente, degli effetti dell'avvenuto esercizio (stragiudiziale, o anche in sede giudiziale, con la formulazione dell'eccezione) del potere sostanziale unilaterale<sup>(12)</sup>. Come dimostra l'evoluzione del diritto dei contratti in Francia, dove la espressa previsione di un potere sostanziale di risoluzione per grave inadempimento ha superato ogni dibattito circa la configurabilità di una eccezione di risolubilità del contratto<sup>(13)</sup>, divenuta ormai inutile.

---

(12) La problematicità delle eccezioni di impugnativa negoziale, del resto, dipende proprio dalla natura della situazione giuridica riconosciuta alla parte (non potere sostanziale, ma potere di azione costitutiva), e così dalla circostanza che l'effetto caducatorio (annullamento, rescissione, ma anche risoluzione per grave inadempimento) non è conseguenza diretta dell'atto di esercizio del potere, ma si realizza per il tramite della sentenza costitutiva. Come notava già E. Merlin, *Compensazione e processo*, cit., 233, nt. 70, "non a caso nessuno penserebbe di discorrere della possibilità di opporre, in via di eccezione, la 'recedibilità' dal contratto, posto che il relativo potere si esercita, con efficacia immediata, in virtù di una semplice dichiarazione unilaterale dell'interessato".

(13) Prima della Riforma del 2016 (*Ordonnance* n. 2016-131, del 10 febbraio 2016), il sistema francese non conosceva né una eccezione generale di inadempimento, di natura dilatoria, come quella disciplinata dal nostro art. 1460 c.c., né una eccezione di risoluzione del contratto. Entrambe, però, erano ammesse da giurisprudenza e dottrina. In particolare, si consentiva alla parte – e questa era l'eccezione di risoluzione del contratto (che veniva ricavata dall'eccezione dilatoria, secondo una propensione non ignota alla nostra giurisprudenza: v. oltre, nel testo, par. 4) – di rifiutare l'adempimento 'a proprio rischio e pericolo'. Così facendo la parte si assumeva cioè l'onere della prova di un inadempimento sufficientemente grave da consentire il rigetto dell'avversaria domanda di condanna ad adempiere, ove la controparte si fosse determinata ad agire in giudizio per ottenere la prestazione: V. J. Roche-Dahan, *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1994, 32 *Chron.*, 255 ss., e spec. 257, ove osserva che vi sono casi in cui, pur invocando l'eccezione dilatoria di inadempimento, «*il apparaît clairement que l'objectif poursuivi par l'excipiens n'est pas, comme on le prétend trop souvent, la poursuite des relations contractuelles. Au contraire ... l'exception a été invoquée a posteriori devant le juge pour justifier une rupture qui a eu lieu avant toute intervention judiciaire et qui a été imposée par les circonstances. La situation contractuelle apparaissant bloquée du fait de l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, l'autre partie s'est autorisée à 's'affranchir' des siennes. Par la suite, devant le juge, elle se justifie en invoquant l'exception. Ce dernier contrôle alors a posteriori le bien-fondé de la mesure prise et sanctionne éventuellement l'excipiens s'il s'avère qu'il a abusé de son droit. Dans ce sens on comprend aisément l'expression 'à ses risques et périls' utilisée par la jurisprudence à l'égard de l'excipiens*». Su quest'uso dell'eccezione di inadempimento, v. anche C. Atias, *Les 'risques et périls' de l'exception d'inexécution (limites de la description normative)*, in *Le Dalloz* 2003, 27, *Chron.*, 1103 ss.; e O. Deshayes, *L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée?*, in *Revue des contrats* 2016, 654 ss. Con la Riforma del 2016, è stata disciplinata la eccezione, dilatoria e conservativa, di inadempimento (art. 1219 code civil); ed è stata disciplinata una risoluzione stragiudiziale unilaterale per inadempimento sufficientemente grave (art. 1226 code civil),

3. – In questa sede di preliminari e aperte riflessioni, vorremmo concentrarci su due profili, che possono escludere (il primo) o limitare molto (il secondo) l'operare dell'eccezione di risolvibilità e così l'utilità di ogni indagine al riguardo: se il silenzio del c.c. impedisca la configurabilità dell'eccezione; e se l'operare di una tale eccezione sia precluso dall'avvenuto adempimento parziale del contratto (ad opera della controparte dell'eccezione), o, se no, come possa colui che si è visto rigettare la domanda di condanna ad adempiere in accoglimento dell'eccezione di risolvibilità, recuperare dall'avversario quanto (certo male, ma pur sempre) prestato.

Norme come l'art. 1442, ult. comma c.c. (eccezione di annullabilità del contratto) e l'art. 1449, ult. comma c.c. (eccezione di rescindibilità del contratto) testimoniano la possibilità di invocare in via di eccezione (gli effetti di) poteri di azione costitutiva<sup>(14)</sup>. Tuttavia, proprio l'espressa previ-

---

costruita come lo era l'eccezione pretoria di risoluzione (ossia con onere a carico di colui che esercita il potere di dimostrare, nell'eventuale futuro giudizio instaurato dall'avversario, l'esistenza di un inadempimento sufficientemente grave), e non lontana dalla nostra diffida ad adempiere (art. 1457 c.c.), benché in Francia sia prevista la possibilità per il creditore – nel caso di urgenza – di risolvere direttamente il contratto senza concessione del termine di grazia (urgenza che dovrà essa pure essere provata nell'eventuale giudizio instaurato dal debitore destinatario della dichiarazione di risoluzione). Ciò che la Riforma francese del 2016 non ha disciplinato (perché a questo punto non serviva più una disciplina specifica) è stata la eccezione di risoluzione (cfr. l'art. 1217, code civil, che elenca i rimedi all'inadempimento tra i quali questa eccezione non compare). Con questa si fanno del resto valere nel processo gli effetti della risoluzione stragiudiziale.

<sup>(14)</sup> Profilo su cui invece, in passato, si arrestava l'indagine sulla configurabilità di una eccezione di risolvibilità del contratto: v. G.G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano 1942, spec. 412; L. Dikoff, *Studi sulla risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art. 1165 del C.C. italiano*, in *Archivio giuridico* 1930, 3 ss., spec. 34 («... una divergenza sola potrà sussistere nelle opinioni circa la possibilità che venga chiesta la risoluzione in forma di eccezione processuale, fatta in merito alla richiesta dell'adempimento. ... Una sentenza giudiziaria di valore costitutivo come quella con la quale si risolve il contratto secondo l'art. 1165, non può essere provocata, se non a mezzo d'un unico atto processuale: intentare un'azione») e T. Crome, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. A. Ascoli, P. Cammeo, Milano 1908, spec. 172 («la risoluzione forzata può ottenersi solo mediante azione giudiziale e per effetto della sentenza che la pronuncia. Essa non può dunque ottenersi in via di eccezione opposta all'azione per l'adempimento dell'altro contraente, neppure se questa azione dovrebbe per effetto dell'eccezione essere respinta; perché la difesa in via di eccezione né costituisce una dipendenza del diritto alla risoluzione, né rende possibile una decisione che faccia stato su quest'ultimo»).

V. oggi F. Fornaciari, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino 1999, spec. 42 ss., per il quale se l'effetto costitutivo-caducatorio richiede, per prodursi, la pronuncia giudiziale, tale effetto non potrà dirsi prodotto dalla eccezione, che andrebbe riguardata (anche nei casi in cui è espressamente prevista: artt. 1442 e 1449 c.c.) come domanda riconvenzionale del convenuto. In senso contrario, però, è stato dimostrato che anche la istanza con la quale il convenuto formula l'eccezione può configurare atto di esercizio del potere di azione costitutiva, poiché fa sorgere, in capo al giudice, il potere-dovere (accertata

sione di queste eccezioni potrebbe portare ad escludere la configurabilità di eccezioni (corrispondenti a poteri di azione costitutiva) non espressamente previste. Ed in effetti, in tal senso, conclude una parte della dottrina, per ragioni che mutano a seconda della diversa costruzione dell'eccezione fondata sul potere di azione costitutiva. Il discorso dovrebbe essere assai ampio, ma qui interessa ricordare le due principali (ad oggi) costruzioni delle eccezioni di impugnativa negoziale, per vedere come e perché nel loro ambito è stata negata la ammissibilità di eccezioni non espressamente disciplinate<sup>(15)</sup>.

Secondo una prima costruzione, le eccezioni di impugnativa negoziale consentirebbero di dare rilievo, nel processo, ad effetti estintivi-impeditivi-modificativi del diritto azionato dall'attore; effetti non però già prodotti dai fatti storici invocati (com'è normalmente), ma che potrebbero (o avrebbero potuto) essere prodotti dal potere di azione costitutiva che dai fatti storici invocati sorge. Di qui la eccezionalità di queste fattispecie, che ne giustificerebbe la necessaria espressa previsione positiva<sup>(16)</sup>.

l'esistenza del potere di azione costitutiva della parte) di provocare il mutamento (nel caso dell'eccezione di impugnativa l'effetto costitutivo-caducatorio) richiesto con la formulazione dell'eccezione (ossia la caducazione non del rapporto contrattuale fondamentale, ma del solo diritto oggetto della domanda di condanna cui l'eccezione di oppone): v. C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.* 1991, 215 ss., spec. 280 ss. (testo e nt.), e Id., *"Imprescrittibilità" della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per la esecuzione: spunti sistematici*, in *Corriere giur.* 2000, 93 ss. spec. 97 ss.; e poi A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012, 285 ss. Su questa costruzione dell'eccezione di impugnativa v. meglio nel testo.

<sup>(15)</sup> Interessa qui discutere solo quelle posizioni per le quali l'eccezione di impugnativa negoziale richiederebbe una espressa previsione positiva. Per tale ragione non ci pare di poter richiamare, qui, il pensiero di R. Oriani, voce *Eccezione*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino 1991, Vol. VII, spec. § 30, il quale indaga criticamente la ammissibilità di eccezioni (non espressamente disciplinate) con le quali si invocano gli effetti di poteri di azione costitutiva (l'esempio criticamente discusso è quello della eccezione di interclusione del fondo per ottenere il rigetto della *negatoria servitutis*); l'a. pare tuttavia riconoscere delle aperture proprio in relazione a quelle eccezioni che corrispondono ad azioni dirette ad estinguere il rapporto (come sarebbe l'eccezione qui in esame). Del pari non ci pare collegata alla (sola) mancata espressa previsione di una eccezione di risolubilità per grave inadempimento la posizione di C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., spec. 281-282, in nt. 147: ivi l'A. propende per la esclusione della configurabilità della eccezione di risolubilità, e tuttavia – come emerge dal successivo *«Imprescrittibilità" della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per la esecuzione: spunti sistematici»*, cit., spec. 102 – in ragione della espressa previsione di un potere sostanziale di risoluzione (previa concessione del termine di grazia: art. 1454 c.c.), e della necessità di apprezzare l'intero svolgimento della vicenda negoziale per poter reputare sussistente o meno un inadempimento sufficientemente grave ex art. 1455 c.c. Sarebbero queste ragioni sistematiche, semmai, a spiegare e giustificare il silenzio del dato positivo.

<sup>(16)</sup> Così E. Merlin, *Compensazione e processo*, I, Milano 1991, 240 ss., spec. 241, nt. 79.

L'altra possibile costruzione dell'eccezione di impugnativa è quella che vi vede pur sempre l'esercizio del potere di azione costitutiva fatto valere con la domanda giudiziale, qui però diretto ad ottenere – per effetto dell'accoglimento dell'eccezione, e così dell'intervento del giudice – non la caducazione del rapporto contrattuale fondamentale, ma solo del singolo suo effetto oggetto della domanda avversaria di adempimento, al fine di vederla rigettare<sup>(17)</sup>. Nell'ambito di questa costruzione, alcuni<sup>(18)</sup> hanno affermato la necessità di una espressa previsione normativa dell'eccezione di impugnativa, invocando il principio di tassatività delle ipotesi di azione costitutiva *ex art. 2908 c.c.*<sup>(19)</sup>; principio che non ci pare tuttavia disatteso dalla nostra ipotesi di lavoro: l'eccezione costitutiva di risolubilità, infatti, sarebbe, qui come in altri casi, pur sempre espressione del potere di azione costitutiva previsto dall'art. 1453 c.c.<sup>(20)</sup>.

---

(17) Per questa costruzione v. C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.* 1991, 215 ss., spec. 280 ss. (testo e nt.), e Id., "Imprescrittibilità" della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per la esecuzione: spunti sistematici, in *Corriere giur.* 2000, 93 ss. spec. 97 ss.; e poi A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012, 285 ss. La logica non è lontana da quella che riconduce le eccezioni di impugnativa negoziale al fenomeno dell'accertamento costitutivo *incidenter tantum*, ma se ne discosta poiché riconosce all'accoglimento della eccezione di impugnativa un vero e proprio effetto costitutivo-caducatorio del diritto oggetto della domanda cui l'eccezione si oppone, e che perciò viene rigettata (evidenzia questa differenza C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.* 1991, 215 ss., spec. 282, in nota; sulla teorica dell'accertamento costitutivo *incidenter tantum* v. A. Attardi, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello 1949, spec. 52 ss. in nota; C. Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970, 149 ss.; R. Oriani, *Eccezione*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino 1991, spec. § 28 ss.; più di recente S. Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova 1999, 332 ss. e A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012, 283 ss., testo e note; per la sua applicazione E.T. Liebman, *L'eccezione revocatoria e il suo significato processuale*, in *Foro it.* 1926, I, 65 ss., spec. 70-72).

(18) Così, su di un piano generale (senza riferimenti alla eccezione di risolubilità del contratto), A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012, spec. 314, testo e note, per il quale non basterebbe la previsione del potere di azione costitutiva per dire ammissibile anche il diverso potere di eccezione costitutiva.

(19) Già più di recente oggetto di riflessione critica: v. A. Chizzini, *Dell'ammissibilità di azioni costitutive a fondamento negoziale*, in *Scritti in memoria di Franco Cipriani*, Napoli 2020, 47 ss.

(20) V. E.T. Liebman, *L'eccezione revocatoria e il suo significato processuale*, cit., spec. 66, e M. Fabiani, M. Giorgetti, *La proponibilità in via di eccezione del diritto alla revocatoria fallimentare*, in *Foro it.* 1999, I, 552 ss., spec. 564 (eccezione peraltro poi espressamente contemplata dapprima nell'art. 96 l.fall. ed oggi nell'art. 196 c.c.i.i.). Contro questo argomento (della sufficienza della previsione del potere di azione costitutiva al fine di ammettere l'esercizio in via di eccezione) v. però M. Montanari, *Le eccezioni in senso stretto e la revocatoria nel giudizio sommario di verifica dello stato passivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ., Suppl.*, 2005, 131 ss. spec. 160-162, per il quale altro sarebbe derogare (come avviene nelle

4. – La giurisprudenza, pur nel silenzio del c.c., parrebbe per vero contemplare una eccezione di risolubilità del genere in discorso, quando discorre di “*perdita del diritto al compenso*” del professionista (avvocato, architetto, medico, geometra, etc.) o, ancora, dell’amministratore o del sindaco di società, che agisca per il pagamento del corrispettivo per la prestazione resa e si veda opporre dal cliente o dalla società il cattivo adempimento, “in applicazione del principio di cui all’art. 1460 c.c.”<sup>(21)</sup>.

In relazione a questa applicazione dell’eccezione di inadempimento (di cui qui non ricorre la logica, poiché l’iniziativa dell’eccipiente non è finalizzata a solo posticipare all’adempimento avversario il proprio, ma a vedersi liberato dalla obbligazione che su di lui grava), la dottrina ha parlato di un uso “criptorisolutorio” dell’eccezione dilatoria di cui all’art. 1460 c.c.<sup>(22)</sup>. Altra dottrina ha posto in evidenza che di per sé il cattivo adem-

---

ipotesi di azione costitutiva) al principio della natura dichiarativa dell’attività giurisdizionale; altro sarebbe invece ammettere il funzionamento della tutela costitutiva in via di eccezione. Il rilievo ci pare possa essere superato dall’adesione alla costruzione dell’eccezione in termini di esercizio pur sempre del potere di azione costitutiva: secondo questa impostazione, infatti, il funzionamento della tutela costitutiva (istanza di parte, necessaria pronuncia del giudice per la produzione dell’effetto) non muterebbe a seconda che il potere di azione sia esercitato con la domanda o con la eccezione; di diverso vi sarebbe solo il perimetro di operatività dell’effetto costitutivo-caducatorio. Per A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., spec. 314 ss., il potere di azione costitutivo-caducatoria differirebbe dal potere di eccezione costitutivo-caducatoria, il che giustificerebbe la necessità di una espresa previsione; v., però C. Consolo, *Imprescrittibilità della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per la esecuzione: spunti sistematici*, cit., spec. 97 ss., per cui il potere di azione costitutiva non differirebbe strutturalmente da quello di ‘eccezione’ costitutiva, se non per l’oggetto e così il perimetro dell’effetto caducatorio (rapporto contrattuale fondamentale/diritto azionato). Ammette la possibilità di invocare, in via di eccezione, il potere di azione costitutiva di risolubilità del contratto per inadempimento *ex art. 1453*, F. Auletta, *Diritto giudiziario civile*, Bologna 2023, 54.

<sup>(21)</sup> Si tratta di un orientamento che può ormai dirsi saldo, e trasversale tra sezioni della S.C. Tra le ultime v., ad es., Cass. 31 marzo 2023, n. 9063 («Il professionista, nell’espletamento dell’attività promessa (sia essa di mezzi o di risultato), è obbligato, a norma dell’art. 1176 c.c., ad usare la diligenza del buon padre di famiglia; la violazione di tale dovere comporta inadempimento contrattuale, del quale è chiamato a rispondere anche per colpa lieve (salvo che nel caso in cui, a norma dell’art. 2236 c.c., la prestazione dedotta in contratto implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà), e, in applicazione del principio di cui all’art. 1460 c.c., la perdita del diritto al compenso (cfr., in tema di prestazioni di ingegneri o geometri: Cass. 22487/2004; Cass. 11304/2012 secondo cui, con riferimento alla professione forense, la negligenza deve essere valutata con giudizio *ex ante* ed essere tale da incidere sugli interessi del cliente, pur non potendo il professionista garantire l’esito favorevole auspicato dal cliente; in tal senso Cass. 6967/2006; Cass. 25894/2016, nonché, con riferimento alla professione medica: Cass. 17306/2006»); e Cass. 24 aprile 2023, n. 10864. E v. ancora, con riguardo alla posizione dell’amministratore di società, Cass. 20 dicembre 2021, n. 40880 e Cass. 20 ottobre 2021, n. 29252.

<sup>(22)</sup> Così A.M. Benedetti, *La deriva dell’eccezione di inadempimento: da rimedio so-*

pimento della prestazione che grava sul professionista non esclude necessariamente e integralmente il diritto al pagamento del corrispettivo. La logica sottostante a questa giurisprudenza sarebbe dunque – secondo questa impostazione – latamente compensativa, tra il diritto di credito del professionista per la prestazione intellettuale (comunque) svolta, e i danni patiti dal cliente per l'inadempimento: danni che il cliente sarebbe però sollevato dal dover dimostrare, e che vengono presunti in misura quantomeno pari all'importo dovuto a titolo di corrispettivo<sup>(23)</sup>.

In disparte la possibilità di ricondurre a sistema (e come) la richiamata giurisprudenza, si tratta comunque di ipotesi peculiari, nelle quali il contratto può dirsi ormai esaurito, poiché è stata già resa la prestazione caratteristica, che è una prestazione d'opera professionale. Si potrà anche discorrere, qui, di risoluzione del contratto per inadempimento e (forse) restituzione (anziché di inutilizzabilità/inutilità) della prestazione resa dal professionista; tuttavia non crediamo che da queste pronunce possano trarsi univoci argomenti per dire sussistente l'eccezione generale di risolvibilità per grave inadempimento.

Discorso almeno in parte diverso vale invece per altri indici, questi normativi. Infatti, se è vero che il c.c. non disciplina una eccezione generale di risolvibilità per inadempimento, tuttavia sembrerebbe prevederla in relazione a due tra i più importanti contratti nominati: la vendita e l'appalto.

In tal senso almeno vengono comunemente letti gli artt. 1495, comma 3°, c.c. e 1667, comma 3°, c.c., i quali consentono – rispettivamente all'acquirente o al committente convenuti per il pagamento del dovuto – di opporre in via di eccezione, al fine di ottenere il rigetto della domanda di

---

*spensivo a rimedio criptorisolutorio*, in *Danno e responsabilità* 2003, 754 ss.; Id., *Una nuova eccezione di inadempimento? Usi "criptorisolutori" e "costituzionalmente orientati"*, in *Aa.Vv., La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di Consolo, Pagni, Pagliantini, Roppo, Maugeri, Bologna 2018, 219 ss. Si richiamano a questa giurisprudenza, evidenziandone la vicinanza all'evoluzione del sistema francese (v. sopra, nel testo, par. 2 e nt. 13), al fine di argomentare la configurabilità di una risoluzione stragiudiziale unilaterale per inadempimento, M. Dellacasa, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit., 40 ss.; Id., *Quando l'inadempimento è reciproco: il piano dei rimedi e la proiezione dell'interesse positivo*, cit., 333 ss.; e S. Pagliantini, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, cit., 86 ss.; Id., *La risoluzione per inadempimento del duemila*, cit., 74 ss.

<sup>(23)</sup> Così C. Consolo, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1454 e 1456) ... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)*, in *Aa.Vv., La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di Consolo, Pagni, Pagliantini, Roppo, Maugeri, Bologna 2018, 33 ss., spec. 58-59.

pagamento, le garanzie della vendita o dell'appalto, senza dover svolgere domanda riconvenzionale (magari nel frattempo ormai preclusa per decorso del termine di un anno dalla consegna del bene compravenduto, o di due anni dalla consegna dell'opera oggetto dell'appalto).

In effetti qui il codice civile pare invocare tutte le garanzie dell'acquirente e del committente: eliminazione dei vizi a spese del venditore/appaltante, riduzione del prezzo ma anche risoluzione del contratto.

In quest'ultimo caso, però, emerge bene un possibile ostacolo al funzionamento dell'eccezione di risolubilità: colui che la solleva, e che vedendola accogliere si libera dalla propria prestazione (di pagamento), ha però già ricevuto la prestazione della controparte, la quale controparte deve allora essere (ma come?) posta nella condizione di recuperare quel che ha già prestato<sup>(24)</sup>.

Non a caso, tradizionalmente, l'unica previsione tra queste ricordate che veniva dalla dottrina qualificata in termini di vera eccezione era quella

---

<sup>(24)</sup> Questo problema si pone sia in relazione all'appalto che alla vendita, ma è più evidente in questo secondo caso, dove la restituzione ha ad oggetto il bene compravenduto (esigenza, questa di restituzione del bene, che l'art. 1483 c.c., sulle conseguenze dell'azione di risoluzione della vendita proposta dal compratore, pone bene in evidenza). Nell'appalto invece, in relazione alla prestazione dell'appaltatore, vale un discorso non dissimile da quello svolto in commento alle fattispecie in cui la giurisprudenza ammette un uso 'criptorisolutorio' dell'eccezione di inadempimento dell'art. 1460 c.c.: discorrere di restituzione della prestazione d'opera (a maggior ragione di servizi) dell'appaltatore si mostra un poco equivoco, poiché la restituzione in forma specifica – pressoché sempre esclusa per l'appalto, e invece possibile per la vendita – si trasforma in restituzione per equivalente pecuniario. Il che forse può spiegare perché anche in relazione all'appalto (non invece alla vendita, però dove il problema delle conseguenze dell'operare dell'eccezione *ex art.* 1495, ult. comma, c.c. non ci risulta aver trovato espressa considerazione sistematica) la giurisprudenza avvicini l'eccezione *ex art.* 1667, comma 3°, c.c. (che almeno in alcuni casi può avere effetto liberatorio), alla eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. (che invece è concepita come eccezione solo dilatoria): v. così, ad es., Cass. 9 marzo 2023, n. 7041, per la quale «in caso di opera ultimata il committente, convenuto per il pagamento, può opporre all'appaltatore le difformità ed i vizi dell'opera, avvalendosi del principio *inadimpleti non est adimplendum*, al quale si ricollega la più specifica disposizione dettata dall'art. 1667, analoga a quella di portata generale di cui all'art. 1460 c.c. in materia di contratti a prestazione corrispettiva». Ma v. così già, ad es., Cass. 28 settembre 1996, n. 8567, che ragiona nella logica (dilatoria) dell'art. 1460 c.c., ma ammette che la eccezione *ex art.* 1667, comma 3°, c.c. possa avere anche effetto tombale rispetto alle pretese pecuniarie dell'appaltatore. Il tema (se l'eccezione *ex art.* 1667, comma 3°, c.c. possa avere l'effetto di determinare il rigetto definitivo della pretesa al pagamento dell'appaltatore, e con che conseguenze tra le parti) era stato lambito da Cass. 18 dicembre 1999, n. 14284, che tuttavia si arresta a monte. Afferma infatti che sulla qualificazione della difesa del committente convenuto (quale riconvenzionale – inammissibile perché tardiva – e non mera eccezione) v'era un giudicato interno che impediva la valutazione delle altre censure, tarate appunto sulla veste di eccezione della difesa del committente che faceva valere, in vista del definitivo rigetto della domanda di pagamento dell'appaltatore, i vizi dell'opera.

relativa alla eliminazione dei vizi. Ed eccezione sì, ma dilatoria: tesa cioè solo a posticipare il pagamento richiesto. Le altre previsioni non venivano lette come eccezioni di riducibilità del prezzo/risolubilità, ma come domande riconvenzionali ammissibili (eccezionalmente) pur oltre il termine sostanziale previsto per la loro proposizione in via principale, ma in questo caso solo quale reazione alla pretesa avversaria di adempimento e così accoglibili solo nei limiti di quella<sup>(25)</sup>.

5. – E veniamo così al secondo profilo problematico cui avevamo fatto cenno (par. 3), e sul quale si chiudono queste preliminari riflessioni: se e come l'eccezione di risolubilità possa funzionare nei casi in cui colui che la solleva abbia già ricevuto (in tutto o in parte) la prestazione<sup>(26)</sup>.

Problema che, va detto, si pone a prescindere dalla costruzione dell'eccezione di impugnativa accolta: sia che si reputi che con le eccezioni di impugnativa negoziale sia possibile dare eccezionalmente rilievo, nel processo, ad effetti caducatori che i fatti allegati avrebbero potuto condurre a produrre (ma non hanno, almeno non ancora, prodotto); sia che si ritenga che (l'accoglimento de) la eccezione di impugnativa determini un vero e proprio effetto caducatorio, non però del contratto ma del solo diritto oggetto della domanda avversaria, che per ciò viene rigettata; ebbene,

---

<sup>(25)</sup> V. così, seppur con differenze, D. Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Milano 1962, Vol. XXIII, spec. 849 ss. e 851; Id., *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Roma 1973, spec. 303 ss.; C. Giannattasio, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Milano 1967, XXIV, t2, 210.

Pure di recente, per vero, si è affermato che le conseguenze dell'eccezione di risoluzione per vizi del bene *ex art.* 1495, comma 3°, c.c. non potrebbero limitarsi al rigetto della domanda di pagamento del prezzo, ma dovrebbero spingersi alla "caducazione del contratto", proprio ad evitare che il compratore possa trattenere il bene già consegnato: U. Grassi, *sub art.* 1495, in *Commentario del codice civile*, diretto da G. Gabrielli, *Dei singoli contratti. Artt. 1470-1547*, a cura di D. Valentino, Torino 2011, p. 322 ss., spec. 326; e già Id., *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore*, Napoli 1996, spec. 102-104 («... il giudizio, in casi simili, non può non estendersi alle sorti dell'intero contratto (*rectius*: dei rapporti derivanti dal contratto), e superare i limiti oggettivi del giudicato, poiché altrimenti il venditore rischierebbe di non poter ottenere la restituzione della cosa»).

<sup>(26)</sup> Vale la pena di notare che il c.c., nel disciplinare alcune eccezioni c.d. costitutive, le concede per il caso in cui il contratto non abbia ricevuto esecuzione (e dunque quando il problema delineato nel testo non può porsi): così l'art. 1442, ult. comma c.c., sull'eccezione di annullabilità del contratto (ma v. Cass. 3 luglio 1998, n. 6526, che la ammette anche quando vi sia stato adempimento parziale, sino a che tutte le obbligazioni, principali e pure secondarie, non siano state adempiute). In altre ipotesi però (v. appunto gli artt. 1495, comma 3° e 1667, comma 3°, c.c.) l'avvenuta esecuzione parziale del contratto da parte del destinatario della eccezione, è invece assunta a presupposto fattuale della eccezione concessa.

entrambe queste costruzioni si trovano dinnanzi ad un contratto che resta in vita, e che dunque giustifica la prestazione già resa a favore dell'eccezione, e si oppone alla sua restituzione.

Le possibilità che qui si affacciano paiono dunque tre (tra le quali la nostra preferenza va alla seconda, che consente di ammettere l'operare dell'eccezione di risolubilità – dei cui vantaggi abbiamo già detto –, e di potenziarne al massimo l'ambito di applicabilità).

Si può anzitutto dire che l'eccezione di risolubilità in discorso esiste, ma che i problemi correlati alla individuazione dello strumento per consentire a colui che se la vede fondatamente opporre nel processo di ottenere la restituzione di quanto prestato<sup>(27)</sup>, consentono di sollevarla solo se il contratto è rimasto, da ambo le parti, inattuato. Con il che, però, si restringerebbe di molto l'ambito di operatività dell'eccezione, e si lascerebbero fuori proprio i casi espressamente disciplinati dagli artt. 1495, comma 3° e 1667, comma 3°, c.c., che invece ci paiono indici sistematici della compatibilità di una eccezione di risolubilità con il già avvenuto (parziale) adempimento del contratto.

La seconda possibilità è ammettere l'eccezione di risolubilità anche nei casi in cui il contratto abbia ricevuto parziale esecuzione<sup>(28)</sup>, e rivolgersi – al fine di ripristinare l'equilibrio sinallagmatico a valle dell'accoglimento dell'eccezione di risolubilità, che determina il rigetto della domanda di adempimento della controprestazione – a quella teorica che valorizza, per le parti e tra le parti, il vincolo al motivo portante della decisione tra esse in precedenza intervenuta, ove ciò sia funzionale (tra l'altro) appunto al mantenimento dell'equilibrio contrattuale<sup>(29)</sup>. Secondo una pro-

---

<sup>(27)</sup> La possibilità, per il destinatario dell'eccezione di risolubilità, di formulare una *reconventio reconventionis* per ottenere la condanna dell'eccezione alla restituzione di quanto già ricevuto in esecuzione del contratto sta o cade a seconda della impostazione accolta circa il titolo della attribuzione patrimoniale eseguita. Se si reputa che il diritto alla prestazione di una parte trovi titolo esclusivo nel diritto alla prestazione dell'altra, allora l'effetto costitutivo-caducatorio dell'accoglimento dell'eccezione consentirà la formulazione della domanda. Se invece si ritiene (come ci pare preferibile) che la domanda di restituzione presupponga pur sempre la caducazione del vincolo negoziale (che non consegue all'accoglimento dell'eccezione di risolubilità), il problema della tutela del destinatario dell'eccezione resta e va diversamente risolto.

<sup>(28)</sup> L'ipotesi di cui stiamo discutendo riguarda sempre (e solo) i casi in cui l'esecuzione del contratto provenga dalla parte destinataria dell'eccezione, non dall'eccezione. Come chiarito in apertura allo scritto, se la parte che subisce l'avversario inadempimento fosse interessata alle restituzioni (così come al risarcimento del danno), l'unica via percorribile sarebbe quella della domanda costitutiva di risoluzione, cui abbinare appunto le domande di condanna.

<sup>(29)</sup> È la nota teorica di A. Zeuner (Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen

posta interpretativa già sviluppata in relazione all'accoglimento della eccezione di annullabilità del contratto (ove la si dia anche in ipotesi di esecuzione, seppur non integrale, del contratto annullabile)<sup>(30)</sup>, prima, e poi in relazione all'accoglimento della eccezione di nullità del contratto cui segue perciò il rigetto della domanda di suo adempimento<sup>(31)</sup>; ed infine al fondo invocata anche dalle sezioni unite in tema di nullità del contratto e poteri ufficiosi del giudice nella dinamica del processo (Cass., sez. un. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243<sup>(32)</sup>).

Infine, si potrebbe negare cittadinanza ad una eccezione generale di risolubilità del contratto, sia in ragione delle difficoltà sopra descritte, sia anche in ragione della necessità che la risoluzione del contratto venga apprezzata non in vista del riconoscimento di un singolo effetto del contratto, ma sempre in relazione al rapporto contrattuale fondamentale nel suo complesso<sup>(33)</sup>.

In quest'ultimo caso, però, bisognerà allora chiarire come vada interpretata la difesa del convenuto con domanda di adempimento che, nella sua comparsa di costituzione e risposta, invochi l'inadempimento avverso, senza però concludere coerentemente con una domanda riconvenzionale di risoluzione. Se vada considerata difesa allora inammissibile, di cui il giudice non potrà tenere conto. O se invece vada letta come domanda riconvenzionale, con tutto ciò che ne consegue però in punto di ampliamento dell'oggetto del giudizio e del giudicato, e pure (poiché comunque si tratta di profili che contano) dei costi collegati al giudizio di risoluzione così instaurato (v. *retro*, nt. 2).

---

rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen, Mohr 1959), su cui v. S. Dalla Bontà, "Una benefica inquietudine". Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeumeriane, in *Il Giusto processo civile* 2011, 891 ss.

<sup>(30)</sup> C. Consolo, "Imprescrittibilità" della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per la esecuzione: spunti sistematici, cit., 93 ss.

<sup>(31)</sup> C. Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e dir. privato* 2010, 941 ss.

<sup>(32)</sup> Su questo specifico aspetto delle pronunce delle sez. un. del 2014 v. Consolo-Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento giurisdizionale*, in *Corriere giur.* 2015, 225 ss.

<sup>(33)</sup> Il rilievo è di C. Consolo, "Imprescrittibilità" della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per la esecuzione: spunti sistematici, cit., 93 ss., spec. 102.

MARCO FARINA

Dottore di ricerca

## DECRETO INGIUNTIVO NON OPPOSTO E CLAUSOLE ABUSIVE NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI DI VERTICE

SOMMARIO: 1. Sintesi del principio espresso da C. Giust. UE, 17 maggio 2022, *SPV Project* – 2. Le soluzioni della dottrina dopo la sentenza *SPV Project* – 3. Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479: i poteri-doveri del giudice del procedimento monitorio in caso di credito derivante da un contratto di consumo – 4. *Segue*: L'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo quale rimedio (esclusivo) per far valere l'abusività delle clausole nonostante la definitività del provvedimento monitorio (non motivato e privo del dovuto avvertimento) – 4.1. *Segue*: Tempi e modi dell'avvertimento reso dal giudice dell'esecuzione e proponibilità dell'opposizione (tardiva) a decreto ingiuntivo anche dopo la vendita (o l'assegnazione) del bene e successivamente alla chiusura dell'esecuzione – 5. Vicende sospensive dell'esecuzione nell'attesa degli (eventuali) provvedimenti inibitori del giudice dell'opposizione (tardiva) a decreto ingiuntivo proposta all'esito dell'avvertimento reso dal giudice dell'esecuzione – 5.1. Il rapporto (e raccordo) tra processo esecutivo iniziato in virtù di un decreto ingiuntivo non (tempestivamente) opposto, opposizione consumeristica (recuperatoria) a decreto ingiuntivo ed opposizione all'esecuzione.

1. – Nella sentenza *SPV Project* <sup>(1)</sup>, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito che, al fine di assicurare un'effettiva protezione dei diritti dei consumatori secondo quanto previsto dalla Direttiva 5 aprile 1993, 93/13/CEE <sup>(2)</sup>, deve ammettersi la possibilità per il giudice dell'esecuzione <sup>(3)</sup> di rilevare, per la prima volta, la abusività di una o più clausole contrattuali relative ad un credito oggetto di un decreto ingiuntivo avverso il quale il consumatore abbia mancato di proporre tempestiva opposizione, non potendo ritenersi di ostacolo a tale (successivo) esame

---

<sup>(1)</sup> C. Giust. UE 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, in questa *Rivista* 2023, 291, con nota di A. Giussani, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*; nonché in *Giur. it.* 2022, 2113 ss., con nota di S. Caporusso, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività* ed osservazioni di M. Stella, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*.

<sup>(2)</sup> Alla quale, da ora in avanti, ci riferiremo anche solo come dir. n. 93/13.

<sup>(3)</sup> V. *infra* per maggiori precisazioni al riguardo.

l'autorità di cosa giudicata che caratterizza un siffatto titolo esecutivo giudiziale. Secondo quanto espressamente rilevato dalla Corte di Giustizia, tale controllo successivo deve ritenersi necessario – alla luce del principio di effettività – allorché il controllo *ex officio* che pure compete al giudice del procedimento per ingiunzione debba ritenersi svolto solo in ragione di un argomento logico; ossia dell'argomento per cui, accolta la domanda di condanna proposta in via monitoria dal professionista, ciò implichi necessariamente un positivo giudizio intorno alla non abusività delle clausole relative all'oggetto deciso.

La finzione cui dà luogo la teorica del giudicato implicito<sup>(4)</sup> nel far risaltare una decisione (e, quindi, un preventivo esame) di una specifica questione dal silenzio del giudice non poteva essere considerata sufficiente dalla Corte di Giustizia per impedire, in ragione della definitività acquisita dal decreto ingiuntivo, un successivo sindacato giudiziale di (non) abusività che, al contrario, deve essere ispirato a criteri di massima incisività e concretezza. Secondo quanto nel tempo la Corte di Giustizia è venuta affermando in merito all'interpretazione degli artt. 6 e 7 della dir. n. 93/13, il necessario rilievo *ex officio* dell'abusività delle clausole contenute nel contratto concluso tra il professionista ed il consumatore<sup>(5)</sup> deve intendersi, infatti, non come semplice, astratta possibilità concessa al giudice dalla legge processuale nazionale di rigettare, anche in assenza di qualsiasi iniziativa al riguardo del consumatore interessato, la domanda di condanna del professionista in ragione del carattere abusivo di una o più di queste clausole; è, invece, necessario che la legge nazionale processuale sia complessivamente in grado di assicurare che, almeno una volta, un giudice verifichi «effettivamente» (e, dunque, «espressamente») se le clausole su cui si fonda il diritto di credito del professionista determinino o meno un significativo squilibrio degli obblighi a carico del consumatore<sup>(6)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> V. meglio *infra* nel testo ed alla successiva nota 14.

<sup>(5)</sup> La prima decisione che ha affermato il principio per cui la legge nazionale deve necessariamente prevedere il potere del giudice di dare rilievo – ai fini della loro disapplicazione – all'eventuale vessatorietà di una o più clausole pur in mancanza di una iniziativa del consumatore è C. Giust. CEE 27 giugno 2000, cause C-240/98 e C-244/98, *Océano Grupo*. Poiché l'art. 6 della dir. n. 93/13 si esprime nel senso che le clausole vessatorie «non vincolano il consumatore», il rilievo di ufficio era, in effetti, soluzione scontata atteso che la necessità di eccezione o, comunque, di iniziativa giudiziale è già, di per sé, vincolo.

<sup>(6)</sup> È stato precisato, tuttavia, che la circostanza per cui la legge nazionale imponga sul consumatore un onere di iniziativa giudiziale, senza prevedere un preventivo controllo officioso, non può considerarsi, sempre e comunque, contrario al principio di tutela effettiva dei diritti conferiti dalla dir. n. 93/13 (C. Giust. UE 10 settembre 2014, causa C-34/13, *Kusionova*; C. Giust. UE 1° ottobre 2015, causa C-34/14, *Erste Bank Hungary*).

Se tale controllo officioso non può ritenersi svolto con questo necessario grado di effettività e concretezza nel momento in cui è stato emesso il provvedimento monitorio *inaudita altera parte*, allora esso potrà e dovrà avvenire ad opera del giudice dell'esecuzione ancorché detto provvedimento di condanna sia divenuto definitivo e, quindi, non più discutibile – in alcuna sede – quanto al suo fondamento di rito e/o di merito<sup>(7)</sup>.

In virtù di quanto statuito dai giudici di *Plateau Kirchberg* nella sentenza *SPV Project*, è solo l'espressa presa di posizione del giudice in ordine alla non abusività delle clausole a costituire indice inequivocabile dell'avvenuto esercizio in concreto del potere di controllo officioso che deve necessariamente competere al giudice chiamato a rendere un decreto ingiuntivo su di un credito che trae origine da un contratto cui risulti applicabile la dir. n. 93/13<sup>(8)</sup>. Di modo che, se a seguito di questo controllo e del conseguente relativo avvertimento<sup>(9)</sup> la legge nazionale prevede un onere di opposizione del consumatore il cui mancato adempimento determini la definitività del provvedimento monitorio emesso, ciò implicherà senz'altro l'impossibilità di dare rilievo in una successiva e diversa sede processuale a quanto si sarebbe potuto e dovuto dedurre con l'opposizione restando, così, correttamente impedita qualsivoglia possibilità di travalicare i limiti del giudicato oramai formatosi.

Al contrario, in mancanza di tale espressa menzione dell'avvenuto controllo di (non) abusività, la verifica officiosa deve reputarsi *europaeo iure* come non avvenuta nella fase *inaudita altera parte* e, comunque, non surrogabile dalla facoltà di opposizione concessa al debitore-consumatore che pure potrebbe permettere ad un giudice (quello del giudizio di

---

(7) La possibilità per il consumatore di contestare in sede esecutiva, in ragione della abusività di una o più clausole del contratto concluso con il professionista, un decreto ingiuntivo divenuto definitivo per mancata opposizione era stata già sancita da C. Giust. UE 18 febbraio 2016, causa C-49/14, *Finanmadrid*, e da C. Giust. UE 21 giugno 2016, causa C-122/14, *Aktiv Kapital Portfolio*.

(8) Poiché il silenzio in quanto tale è certamente compatibile anche con l'essersi, ad esempio, il giudice ritenuto impedito *in iure* a poter svolgere un siffatto controllo officioso, esso non consente di avere la certezza assoluta che il giudice, prima di emettere il provvedimento *inaudita altera parte*, abbia proceduto ad un esame delle clausole del contratto per saggiarne la loro eventuale abusività.

(9) La sentenza *SPV Project* si limita, nella motivazione, a richiamare l'esigenza che il decreto ingiuntivo dia espressamente conto del positivo vaglio di non vessatorietà svolto dal giudice. È con la sentenza *Ibercaja Banco* (17 maggio 2022, causa C-600/19) che la Corte di Giustizia ha ritenuto necessaria anche una specifica informazione del consumatore in ordine all'impossibilità, in caso di mancata opposizione, di contestare successivamente l'abusività delle clausole comunque positivamente esaminate dal giudice. V., su questo punto, quanto verrà osservato *infra*.

opposizione, appunto) di occuparsi della questione<sup>(10)</sup>, con la conseguenza per cui il controllo officioso – da garantirsi in modo effettivo almeno una volta – non potrà che essere necessariamente rimesso ad una successiva fase giudiziale (anche) di (mera) esecuzione del provvedimento, a dispetto della sua definitività.

2. – Prevedendo come (addirittura) necessario, al ricorrere delle condizioni di cui si è detto, un successivo esame della abusività delle clausole contenute nel contratto da cui trae titolo il credito per cui è stato reso un decreto ingiuntivo non tempestivamente opposto dal consumatore, la sentenza *SPV Project* ha significativamente inciso sul tradizionale principio secondo cui la definitività del provvedimento monitorio preclude, quantomeno, di dare rilievo, in una sede diversa da quella del giudizio di opposizione, alla nullità di una o più clausole contrattuali su cui si fonda (nel rito e/o) nel merito la condanna recata nel titolo giudiziale e di ottenere una (nuova) decisione che modifichi l'*an* o anche solo il *quantum* della specifica attribuzione patrimoniale sulla quale si innesta l'ingiunzione di pagamento non opposta<sup>(11)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> D'ufficio, anche al di là dei motivi di opposizione eventualmente svolti dal consumatore (e, se del caso, anche procedendo, sempre di ufficio, ai necessari accertamenti istruttori; così C. Giust. UE 9 novembre 2010, causa C-137/08, *Pénzügyi Lízing Zrt*, nonché C. Giust. UE 4 giugno 2020, causa C-495/19, *Kancelaria Medius*). Poiché, tuttavia, ciò potrà avvenire solo nei limiti di quanto direttamente rilevi ai fini del *thema decidendum* effettivamente devoluto al giudice della opposizione (C. Giust. UE 11 marzo 2020, causa C-511/17, *Lintner*) se il consumatore ha proposto opposizione contro un decreto ingiuntivo reso per un credito per capitale ed interessi censurando esclusivamente la parte relativa agli interessi (contestandone la misura o, comunque, la loro effettiva debenza, non necessariamente in ragione della abusività della corrispondente clausola), al giudice della opposizione deve a nostro avviso dirsi precluso il rilievo d'ufficio della vessatorietà di una clausola che incida sull'*an* o sul *quantum* del capitale. A diverse conclusioni può giungersi, beninteso, se il decreto ingiuntivo solo parzialmente opposto dal consumatore non contenga né l'espressa menzione dell'avvenuto controllo officioso nella fase monitoria delle clausole contrattuali rilevanti né l'avvertimento del consumatore in ordine alla preclusione che potrebbe maturare a suo carico a tale specifico riguardo in caso di mancata opposizione (e ciò non solo in dipendenza del principio espresso dalla sentenza *SPV Project* ma anche, in base ad una ragionevole interpretazione estensiva, di quello affermato da C. Giust. UE 17 maggio 2022, causa C-869/19, *Unicaja*, che ammette una *reformatio in pejus* a favore del consumatore in sede di impugnazione, qualora il consumatore non abbia contestato il provvedimento in quanto, in sintesi, non consapevole dei propri diritti).

<sup>(11)</sup> A meno di non voler ritenere – con B. Capponi, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Judicium On-line* – che la sentenza *SPV Project* potesse giustificare di ripensare la «tradizionale» lezione che assegna al decreto ingiuntivo non opposto efficacia di giudicato e, dunque, di accertamento incontrovertibile (quantomeno) sul credito ingiunto. Accenni a tale questione anche in R. Tiscini, *Considerazioni sparse intorno a Europa e autonomia processuale, tra tradizione e innovazione*, in *Processo civile e*

Con riferimento alla questione che si sta esaminando, è opportuno precisare che l'oggetto della decisione resa dalla Corte di Giustizia nel caso *SPV Project* solo impropriamente può dirsi riferita ai limiti oggettivi del giudicato (implicito). La sentenza *SPV Project*, infatti, non si limita ad incidere sull'idea<sup>(12)</sup> per cui la decisione sul credito resa con un decreto ingiuntivo divenuto definitivo per mancata opposizione fa sì che si formi (implicitamente, appunto) anche un giudicato sull'antecedente logico necessario di tale decisione dato dalla non abusività delle clausole contenute nel contratto posto a base della domanda monitoria del professionista. Anche ammettendo, infatti, che su tale questione non possa formarsi un giudicato (implicito) a tutti gli effetti pur a seguito della definitività del decreto ingiuntivo, la questione relativa all'abusività delle clausole rimarrebbe sì non pre-giudicata e, dunque, esaminabile in altro, successivo giudizio ma – stando alle tradizionali coordinate sistematiche invece fortemente incise dalla decisione della Corte di Giustizia – esclusivamente per contestare il fondamento (di rito e/o) di merito di una coppia diritto-obbligo derivante dal medesimo contratto diversa da quella oggetto del provvedimento monitorio definitivo<sup>(13)</sup>.

---

*Costituzione. Omaggio a Nicolò Trocker*, a cura di A. Chizzini, V. Varano e C. Silvestri, Milano 2023, 717, spec. 726. Della sentenza *SPV Project* è stata offerta una lettura «integrata» e non «dirompente» anche da A. Giussani, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, cit., 294 ss., spec. 301, a parere del quale, già in linea generale, dovrebbe consentirsi che l'attribuzione del bene della vita specificamente oggetto del decreto ingiuntivo sia travolta dalla sopravvenienza di una decisione incompatibile, sino a giustificare la piena ripetizione dell'indebito, quando non sia stata discussa né esplicitamente decisa una questione preliminare di merito manifestamente fondata.

<sup>(12)</sup> Notoriamente oggetto di discussione ed espressamente riaffermata, però, dalle Sezioni Unite nella pronuncia dell'aprile 2023 oggetto dei prossimi paragrafi del presente contributo. Per riferimenti dottrinali su tale questione v., di recente, P. Farina, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di Giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*, in *Foro it.* 2023, 1474, spec. 1480, nota 23, nonché il contributo di E. Bertillo, *Sui rapporti tra c.d. giudicato implicito e provvedimento monitorio non opposto*, in questa *Rivista* 2023, 1035 ss., pubblicato allorché il presente lavoro era già in bozze.

<sup>(13)</sup> Per esemplificare: ottenuto dal professionista decreto ingiuntivo per il pagamento di una rata del finanziamento maggiorata di interessi moratori usurari, la definitività del decreto ingiuntivo cui pure non si accompagnasse un giudicato sulla non abusività della clausola relativa agli interessi di mora dovrebbe – secondo i principi tradizionali, lo ribadiamo – comunque impedire al consumatore di rilevare tale vizio della clausola in sede di opposizione all'esecuzione in ragione della definitività, quantomeno, della singola attribuzione patrimoniale oggetto del provvedimento monitorio divenuto definitivo per mancata opposizione. L'esclusione di un giudicato su tale questione consentirebbe, al più, al consumatore di resistere alla successiva iniziativa del professionista per il pagamento di altre rate o dell'intero importo del finanziamento (in caso di decadenza dal beneficio del termine) facendo valere la abusività della (stessa) clausola di determinazione degli interessi di mora.

Più correttamente, quindi, deve dirsi che la decisione della Corte di Giustizia incide direttamente sulla, diciamo così, minima e più ristretta forza preclusiva che assiste un qualsivoglia provvedimento di condanna avente ad oggetto un diritto di credito al pagamento di una somma di denaro che non sia più soggetto ad alcuna impugnazione: vale a dire, rimuove l'impedimento a far valere in altro e successivo processo questioni che siano in grado di infirmare il fondamento di rito e/o di merito dell'attribuzione patrimoniale che si innesta nella condanna e che siano state dedotte o che fossero anche solo deducibili nel procedimento, complessivamente inteso, chiusosi con il provvedimento poi divenuto definitivo. È la regola della preclusione, oltre che del dedotto, del deducibile ad uscire fortemente ridimensionata dalla pronuncia della Corte di Giustizia che impone agli Stati membri, al ricorrere di talune condizioni, di rinunciare ad applicare tale regola protettiva della definitività (quantomeno, appunto) della singola attribuzione patrimoniale oggetto del provvedimento monitorio non opposto e di consentire, al contrario, un rinnovato esame di una questione (pacificamente) deducibile prima della formazione del titolo giudiziale per infirmarne il suo fondamento di rito e/o di merito<sup>(14)</sup>.

Nell'immediato seguito della pronuncia *SPV Project*, gli interpreti si sono dovuti confrontare con il problema dell'individuazione dei tempi e delle forme con i quali poter dare attuazione pratica alla nuova *regula iuris* di derivazione eurounitaria relativa, in sintesi, alla mancata preclusione di una singola e specifica questione deducibile (l'inefficacia per abusività di una o più clausole del contratto di consumo) nel caso di decreto ingiuntivo non opposto reso con silente e, perciò, insicuro quanto al suo effettivo svolgimento, esame officioso di non abusività di queste medesime clausole.

Più in particolare, risolta senza particolari problemi la questione relativa ai modi ed ai tempi del controllo da parte del giudice del procedimento monitorio della eventuale abusività delle clausole contenute nel contratto da cui trae titolo il credito azionato in via monitoria dal professionista nei confronti del consumatore<sup>(15)</sup>, dibattute e variamente artico-

---

<sup>(14)</sup> Così, molto chiaramente, M. Bove, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, in *Judicium On-line*, § 5; nello stesso senso, anche M. Stella, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit., 2126, il quale giustamente nota che «la preclusione *pro iudicato* a ridiscutere il credito dovrà cedere all'effetto utile delle nullità di protezione»; L. Baccaglini, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in *Riv. dir. bancario* 2023, 64, testo e nota 17; D. Micali, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, in *Judicium On-line*, § 8.

<sup>(15)</sup> Nel senso che tale controllo, destinato ad investire tanto la qualifica soggettiva del

late sono state le soluzioni che sono state prospettate – nella situazione descritta – quanto alle conseguenze di un patologico modo di concessione dell’ingiunzione di pagamento contro il consumatore.

Per taluni, infatti, nel caso di decreto ingiuntivo reso su credito derivante da contratto di consumo senza esplicita menzione dell’effettuato controllo officioso di (non) vessatorietà e, quindi, manchevole pure dell’avvertimento rivolto al consumatore in ordine alle conseguenze preclusive della sua mancata opposizione, ci si sarebbe trovati al cospetto di un provvedimento monitorio viziato, per derivazione, da una nullità formale insanabile, sottratta all’operare della regola generale di cui all’art. 161, comma 1, c.p.c.<sup>(16)</sup>. Per altri, la conseguenza della mancanza di un’espressa (e, dun-

---

debitore nei cui confronti è stato proposto il ricorso monitorio del professionista, quanto l’eventuale abusività delle clausole contrattuali incidenti sull’accoglimento in tutto o in parte della domanda di condanna, deve essere effettuato dal giudice del procedimento monitorio avvalendosi officiosamente dei poteri, in senso lato, istruttori che gli sono attribuiti dall’art. 640 c.p.c. e deve concludersi con una espressa, ancorché sommaria, motivazione di non-vessatorietà delle clausole effettivamente esaminate (perché relative ai presupposti di rito o di merito della domanda di condanna proposta dal professionista in relazione allo specifico credito azionato in via monitoria). A tal proposito v. A. Carratta, *Introduzione. L’ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Giur. it.* 2022, 486; G. Fiengo, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.* 2022, 526 ss., spec. 531; S. Caporusso, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, *ivi*, 533 ss., spec. 539 s.; E. D’Alessandro, *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell’avv. gen. Tanchev*, *ivi*, 543; Ead., *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in *Judicium On-line*, § 4; M. Stella, *op. ult. cit.*, 2127; C. Rasia, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023, 63 ss., spec. 87; L. Baccaglioni, *op. ult. cit.*, 66 ss., spec. 67; R. Rossi, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, in *Judicium On-line*, § 7.1; F. De Stefano, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell’U.E.*, *cit.*, § 13; A. Crivelli, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Riv. esec. forzata* 2022, 714.

<sup>(16)</sup> M. Stella, *Il procedimento monitorio*, *cit.*, 2127 s., per il quale il rilievo da parte del giudice dell’esecuzione della inefficacia originaria del titolo invalidamente formatosi, così come il motivo di opposizione all’esecuzione proponibile dal consumatore, non avrebbero ad oggetto l’inesistenza del credito quale accertato dal decreto in ragione dell’abusività delle clausole negoziali che disciplinano interessi o penali ma solo tale vizio formale. Spunti in tal senso anche in R. Tiscini, *Considerazioni sparse intorno a Europa e autonomia processuale, tra tradizione e innovazione*, *cit.*, 735, ove l’autrice rileva che la pronuncia *SPV Project* potrebbe essere anche intesa nel senso di ritenere radicalmente nullo («inesistente») il decreto reso senza espressa motivazione sulla (non) vessatorietà delle clausole, con conseguente possibilità di rilievo di tale vizio formale insanabile in qualunque sede. Per L. Baccaglioni, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, *cit.*, 75 s., il decreto ingiuntivo privo di motivazione sulla non-nullità del contratto concluso con un consumatore dovrebbe considerarsi inesistente (ossia, radicalmente nullo) perché contrario alle norme di ordine pubblico, con possibilità per il giudice dell’esecuzione di rilevare «tale nullità» (v.

que, effettiva) valutazione di (non) vessatorietà delle clausole del contratto posto a base del ricorso monitorio sarebbe, al contrario, quella di escludere l'operare della regola di protezione dell'attribuzione patrimoniale data dalla preclusione del deducibile consentendosi, dunque, un rilievo officioso ed una contestazione del consumatore successivi alla definitività del titolo volti ad incidere sul fondamento di rito e/o di merito della condanna monitoria, a seconda del contenuto della clausola abusiva che venga volta a volta in rilievo. Secondo questa diversa lettura, la caducazione, in tutto o in parte, del decreto ingiuntivo (e, nel caso di clausola abusiva vertente sul merito, della stessa attribuzione patrimoniale che in esso si innesta) verrebbe a dipendere non dal (mero) riscontro di un vizio formale di attività del giudice idoneo a determinare una nullità radicale del provvedimento monitorio deducibile a prescindere ed al di là dello strumento di impugnazione specificamente dato (ossia, l'opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c.) ma, diversamente, dal positivo esito di un sindacato di «merito» della questione relativa alla non vincolatività di una o più clausole contrattuali idonee ad incidere sulla esistenza e/o sul modo di essere del credito<sup>(17)</sup>.

In entrambi i casi, peraltro, il problema più complicato era quello relativo all'individuazione del rimedio da concedere al consumatore ingiunto al fine di poter far emergere, pur dopo che il decreto ingiuntivo sia divenuto definitivo per sua mancata opposizione entro il termine originariamente concesso, l'invalidità o l'ingiustizia del provvedimento in ragione dell'abusività di una o più clausole incidenti sul fondamento di rito e/o di merito della condanna monitoria così, per diritto interno, oramai stabilizzatasi. Ferma l'includibilità di soluzioni difformi da quelle comunemente e tradizionalmente sperimentate con riferimento alla (non) contestabilità *ex post* del decreto per fatti anteriori alla sua acquisita definitività per mancata opposizione, la preoccupazione degli interpreti ha riguardato, in massima parte,

---

la successiva nota 18 per il pensiero di questa A. con riferimento ai rimedi sperimentabili in sede esecutiva per dare rilievo allo specifico vizio in questione).

(17) E. D'Alessandro, *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev*, cit., 544; S. Caporusso, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, cit., 2124; C. Rasia, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria e esecutiva*, cit., 90; R. Rossi, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, cit., § 11; secondo E. Scoditti, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione europea*, cit., esclusa la sussistenza di una nullità formale insanabile, la condanna monitoria non motivata sotto il profilo della (non) vessatorietà delle clausole, ancorché definitiva per mancata opposizione, non potrebbe valere come titolo esecutivo in ragione proprio della abusività di una o più clausole incidenti sul fondamento (di rito o) di merito del decreto.

l'esigenza di salvaguardare, laddove e fintanto possibile, i principi generali dell'ordinamento interno relativi tanto alla definitività dei provvedimenti giudiziari di condanna, quanto alla latitudine ed al modo di esercizio dei poteri del giudice dell'esecuzione, coniugandoli con il principio di tutela effettiva del consumatore di derivazione e matrice eurounitaria nel modo, diciamo così, meno eterodosso possibile.

A tale riguardo, alcuni autori hanno ritenuto di dover privilegiare il riferimento al giudice dell'esecuzione che compare letteralmente nel dispositivo della pronuncia interpretativa *SPV Project*, attribuendo proprio al (nostro) giudice dell'esecuzione *ex art. 484 c.p.c.* il potere-dovere (*i*) di rilevare l'eventuale abusività di una o più clausole contenute nel contratto posto alla base del decreto ingiuntivo definitivamente esecutivo per mancata opposizione, (*ii*) di sottoporre la relativa questione al contraddittorio delle parti del processo esecutivo e (*iii*) di decidere sulla relativa questione ai fini della chiusura (in tutto o anche solo in parte) atipica dell'esecuzione con ordinanza opponibile ai sensi dell'art. 617 c.p.c.<sup>(18)</sup>(<sup>19</sup>).

---

(18) E. D'Alessandro, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022*, cit., § 6, per la quale l'ordinanza del giudice dell'esecuzione potrebbe essere oggetto di opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.* al cui esito si formerebbe un accertamento con efficacia di giudicato «della presenza (ovvero della assenza) di eventuali clausole abusive». Per E. Scoditti, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione europea*, cit., § 4, il giudice dell'esecuzione rileverebbe e deciderebbe, così, la questione «pregiudiziale in senso logico della validità della clausola» il cui mancato esame da parte del giudice del monitorio determinerebbe una «lacuna giurisdizionale» destinata a riflettersi «sul titolo esecutivo perché, in mancanza del giudizio di non abusività della clausola fonte del credito riconosciuto nel decreto monitorio, non può ritenersi che il titolo giudiziale abbia accertato il credito e il professionista è, pertanto, carente del diritto ad agire esecutivamente». Per L. Baccaglioni, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., 75 s., al giudice dell'esecuzione «una volta rilevata la nullità» non resterebbe che «dichiarare improcedibile l'esecuzione pendente, con un provvedimento di c.d. estinzione atipica» che farebbe venir meno «non (...) il titolo esecutivo (...) quanto il processo esecutivo pendente»; la nullità cui sembrerebbe volersi riferire l'a. nel passaggio appena riportato è quella del decreto ingiuntivo privo di motivazione espressa sulla (non) vessatorietà, di modo che la conclusione che si prospetta in ordine ad un provvedimento che conduca sempre ed invariabilmente alla chiusura del processo senza sindacato di «merito» sulla clausola è coerente con tali premesse; tuttavia, subito dopo l'a. precisa che avverso l'ordinanza di chiusura anticipata del processo il creditore potrebbe proporre opposizione agli atti esecutivi con cui «contestare l'abusività della clausola rilevata dal giudice» (e non, quindi, l'esistenza del vizio in sé). Anche C. Rasia, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., 91, aderisce all'idea di un potere del giudice dell'esecuzione di rilevare e decidere, ai fini di un provvedimento di chiusura anticipata (estinzione atipica) dell'esecuzione, la vessatorietà delle clausole, con ordinanza contestabile nelle forme della opposizione agli atti *ex art. 617 c.p.c.*

(19) Critici, invece, rispetto alla soluzione di affidare al giudice dell'esecuzione un

Coloro che ammettono un coinvolgimento nella materia del giudice dell'esecuzione, ritengono poi che il controllo in sede esecutiva della abusività delle clausole non esaminate dal giudice del procedimento monitorio possa avvenire anche in virtù di una opposizione all'esecuzione proposta dal debitore esecutato senza il limite preclusivo di cui al secondo comma dell'art. 615 c.p.c.<sup>(20)</sup>.

Altri autori, nonostante il riferimento letterale al giudice dell'esecuzione che compare nel dispositivo della sentenza *SPV Project*, hanno proposto di allargare le maglie dell'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo *ex art. 650 c.p.c.*<sup>(21)</sup>, di consentire tale rimedio attraverso un'automatica e generalizzata

---

potere di rilievo e di decisione della questione della (eventuale) abusività delle clausole A. Soldi, B. Capponi, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Judicium On-line*, § 4.1. Contrario ad assegnare al giudice dell'esecuzione il potere di rilievo e di decisione della questione dell'abusività anche R. Rossi, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, cit., § 10.1, secondo il quale «il controllo giudiziale in ambito esecutivo viene, in definitiva, ad assolvere la funzione di colmare il deficit informativo del consumatore in ordine alle proprie facoltà difensive provocato dal difetto di motivazione del decreto ingiuntivo e di sollecitare lo stesso consumatore ad avvalersi della prospettata abusività delle clausole». Per F. De Stefano, *Le sentenze di Chicxulub*, cit., non sarebbe possibile predicare l'introduzione, in via di interpretazione adeguatrice al *dictum* della Corte di Giustizia, di un coinvolgimento del giudice dell'esecuzione, neppure se adito con una opposizione all'esecuzione e/o agli atti esecutivi, nel rilievo e nella decisione della questione dell'abusività delle clausole.

<sup>(20)</sup> Che avrebbe così straordinariamente ad oggetto, nel caso di clausole abusive che incidano sull'*an* o sul *quantum* del credito ingiunto, un fatto e.i.m. deducibile (e che, quindi, avrebbe dovuto essere dedotto) con l'opposizione a decreto ingiuntivo (con la conseguenza, d'ordinario, di non poter farlo, appunto, valere con una opposizione all'esecuzione di merito), ovvero un vizio di costruzione del titolo esecutivo giudiziale anch'esso destinato ad essere reso, d'ordinario, irrilevante dalla definitività del decreto non opposto e che, dunque, non potrebbe essere posto a base di una opposizione all'esecuzione di forma. Ammettono senz'altro l'opposizione all'esecuzione del consumatore, quale rimedio alternativamente concorrente con il rilievo officioso del giudice dell'esecuzione, E. D'Alessandro, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022*, cit., § 6; C. Rasia, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., 90; L. Baccaglioni, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., 76. Per A. Soldi, B. Capponi, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Judicium On-line*, § 4.4, l'opposizione all'esecuzione dovrebbe dirsi l'unico rimedio a disposizione del consumatore che potrebbe sperimentarlo autonomamente, ovvero su segnalazione del giudice dell'esecuzione. Contrario, invece, alla proponibilità di un'opposizione all'esecuzione da parte del consumatore R. Rossi, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, cit., § 10.2.

<sup>(21)</sup> A. Carratta, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, cit., 487, per il quale dovrebbe consentirsi l'esperibilità di questo rimedio nelle «residue ipotesi in cui il debitore-consumatore dimostri che, a causa del mancato esercizio

rimessione in termini del consumatore<sup>(22)</sup>, ovvero di ammettere un'ordinaria azione di accertamento della nullità del decreto (*actio nullitatis*)<sup>(23)</sup>.

---

dei poteri officiosi del giudice del monitorio, non abbia potuto consapevolmente prendere in considerazione l'opportunità di proporre l'opposizione tempestiva».

<sup>(22)</sup> S. Caporusso, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, cit., 2124. Sostanzialmente favorevole – ancorché in alternativa rispetto alla soluzione prospettata in via principale di un rilievo della radicale nullità formale del decreto ingiuntivo privo di espressa motivazione sul punto della (non) vessatorietà delle clausole (v. la nota 17) – ad una generalizzata ed automatica rimessione in termini M. Stella, *Il procedimento monitorio*, cit., 2128 ad avviso del quale potrebbe concepirsi «una opposizione a decreto ingiuntivo non soggetta ai termini di cui agli artt. 647 e 650 c.p.c.» con la quale poter dedurre, tuttavia, la mera radicale invalidità del decreto. Per R. Rossi, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, cit., § 11.1, la soluzione preferibile è quella dell'opposizione a decreto ingiuntivo ordinaria, previa rimessione in termini ai sensi dell'art. 153 c.p.c., oppure tardiva, per il tramite di un adeguamento *ad hoc* dell'istituto di cui all'art. 650 c.p.c.

<sup>(23)</sup> Questa soluzione è stata prospettata nella requisitoria della Procura Generale della Corte di Cassazione (vedine il testo integrale in [www.procuracassazione.it](http://www.procuracassazione.it)) in vista dell'udienza pubblica del 7 febbraio 2023 relativa al ricorso poi deciso dalle Sezioni Unite, con sentenza Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023 (sulla quale v. ovviamente *infra*); nelle conclusioni del P.M. Nardecchia, infatti, si evocava lo strumento dell'*actio nullitatis* avente ad oggetto la «caducità» del decreto ingiuntivo, ancorché non opposto, «in quanto reso senza avere esaminato la questione sulla quale la Corte di giustizia esige un effettivo vaglio giurisdizionale nel contraddittorio delle parti, cioè il carattere abusivo o meno delle clausole in danno del consumatore» ed al cui positivo esito il decreto ingiuntivo è destinato ad essere «travolto». Al fondo di tale ricostruzione dovrebbe esservi l'idea che il decreto ingiuntivo privo di motivazione sia affetto da un vizio processuale talmente grave da ridondare in una radicale nullità formale del provvedimento sottratta all'operare dell'art. 161, comma 1, c.p.c. (v. infatti le conclusioni del P.M. Nardecchia ove viene espressamente evocata la categoria della «nullità processuale assoluta, radicale ed insanabile»); tuttavia, nel prosieguo di quella requisitoria, si prospettava pure il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di indicare al consumatore-debitore eseguito il rimedio a sua disposizione, da individuarsi, appunto, in «una *actio nullitatis* che inizi dal primo grado e davanti al giudice ordinariamente competente per territorio» allorché «(...) esaminando il ricorso ed il decreto ingiuntivo, emerge la possibilità che detta clausola possa risultare vessatoria» (così prospettandosi un sindacato di merito delle vessatorietà e, dunque, contraddicendo la tesi della nullità formale, assoluta ed insanabile, data dal mero difetto di motivazione espressa). Reputa la soluzione prospettata dal P.M. Nardecchia «la più coerente con la ricostruzione del sistema» F. De Stefano, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, cit., § 14, nota 60, ancorché pure questo a. ricostruisca il rimedio in discorso non facendo leva sulla sussistenza di una nullità formale insanabile ma alla stregua di «un'ordinaria azione di accertamento, che inizi dal primo grado e davanti al giudice ordinariamente competente per territorio, materia e valore (...), nel cui corso si accerti, siccome non coperto dal giudicato, il carattere abusivo di una o più clausole a danno del consumatore (la tradizionale *actio* o *querela nullitatis*, ammessa per ossequio al dictum della CGUE)». L'*actio nullitatis* è la soluzione prospettata anche da R. Tiscini, *Considerazioni sparse intorno a Europa e autonomia processuale, tra tradizione e innovazione*, cit., 736, la quale, diversamente da quanto rilevato nella requisitoria del P.M. Nardecchia (la cui soluzione l'a. critica giustamente alla nota 49), ammette che la nullità formale insanabile del decreto ingiuntivo privo di espressa motivazione sulla non vessatorietà delle clausole

3. – Con sentenza Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479<sup>(24)</sup>, le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato, nell'interesse della legge, una (nutrita) serie di principi di diritto relativi al modo in cui l'ordinamento processuale interno deve (necessariamente) conformarsi a quello europeo per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei consumatori in caso di decreto ingiuntivo divenuto definitivo per mancata opposizione.

Le Sezioni Unite, dopo aver riaffermato il principio per cui, in conseguenza della mancata opposizione, il decreto ingiuntivo acquista efficacia di giudicato non solo in relazione al credito ingiunto ma anche sugli accertamenti che ne costituiscono i necessari e inscindibili antecedenti o presupposti logico-giuridici<sup>(25)</sup> ed aver, poi, sintetizzato le coordinate sistematiche in cui si iscrive la sentenza *SPV Project*, si sono preoccupate, innanzi tutto, di chiarire il modo in cui il giudice del procedimento monitorio deve esercitare il proprio potere-dovere di (effettivo) controllo officioso della (non) abusività delle clausole.

A tale specifico riguardo, le Sezioni Unite osservano, innanzitutto, che deve escludersi che la possibilità riconosciuta al consumatore, debitamente informato, di avvalersi di una clausola ancorché abusiva imponga, nell'ambito di un procedimento unilaterale a scansione monitoria, di prevedere che il giudice pronunci il decreto ingiuntivo nonostante la rilevata abusività, limitandosi a segnalare al consumatore stesso il diritto di proporre opposizione per far valere, tra l'altro, l'inefficacia di questa medesima clausola<sup>(26)</sup>. Nella pronuncia si rileva che una soluzione di questo tipo contrasterebbe apertamente con le pronunce rese dalla Corte di Giustizia

---

possa essere fatta valere in ogni sede ed in ogni tempo e, quindi, oltre che «in un autonomo processo di cognizione (la c.d. *actio nullitatis*)», anche in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., ovvero in virtù di un rilievo officioso del giudice dell'esecuzione».

<sup>(24)</sup> In questa *Rivista* 2023, 1228 ss., con nota di S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*.

<sup>(25)</sup> E, quindi, sulla validità del titolo da cui deriva il credito e, in definitiva e per quanto qui interessa, sulle clausole oggetto del contratto concluso tra professionista e consumatore. Si è già detto in precedenza, tuttavia, che la riaffermazione di questo principio non era, tutto sommato, necessaria ai fini della soluzione della questione resa rilevante dalla pronuncia *SPV Project*, ossia se ed in che modo lo stesso accertamento sul credito possa essere ridiscusso in altro e diverso giudizio sul presupposto dell'abusività di una o più clausole del contratto da cui il credito stesso deriva. Su questo aspetto v. comunque *infra*.

<sup>(26)</sup> Le Sezioni Unite richiamano, a tale proposito, C. Giust. UE 21 febbraio 2012, in causa C-472/11, *Banif Plus Bank*, secondo la quale «la piena efficacia della tutela prevista dalla direttiva richiede che il giudice nazionale che abbia accertato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola possa trarre tutte le conseguenze derivanti da tale accertamento, senza attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l'annullamento di detta clausola».

con riferimento al rilievo officioso della eventuale abusività delle clausole del contratto di consumo incidenti, in tutto o in parte, sull'oggetto della domanda di condanna del professionista<sup>(27)</sup>; l'unico sistema coerente con l'insieme di tali pronunce deve, dunque, ritenersi proprio quello di consentire al giudice del procedimento monitorio di negare il provvedimento richiesto dal professionista nel caso in cui a ciò si opponga, nel rito e/o nel merito, la rilevata abusività di una clausola del contratto, senza che a tale modo di procedere possa considerarsi di impedimento la natura relativa della nullità che colpisce la clausola abusiva<sup>(28)</sup>.

---

(27) E ciò, beninteso, tanto in relazione ai presupposti di rito per l'accoglimento di tale domanda, quanto a quelli di merito. Rispetto a tale potere-dovere di rilievo officioso della nullità (ancorché relativa; v. *infra*) di una o più clausole del contratto di consumo da cui origina il credito azionato in via monitoria non vi è stato, in effetti, alcun problema di adeguamento dell'ordinamento interno essendosi da sempre riconosciuto al giudice del procedimento per ingiunzione, nella fase *inaudita altera parte*, il potere-dovere, appunto, di rilevare gli impedimenti di rito e di merito all'accoglimento della domanda oggetto di altrettante eccezioni in senso lato. Per tale osservazione v. M. Bove, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., § 2; G. Scarselli, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le Sezioni Unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, in *Judicium On-line*, § 2.1; G. Costantino, *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici*, in *In Executivis*, § 2; A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Riv. exec. forzata* 2023, 369.

(28) È di ausilio a questa conclusione anche la circostanza che il rilievo officioso della abusività di una o più clausole per negare, in tutto o in parte, l'accoglimento della domanda monitoria del professionista non si risolve, a ben vedere, in una dichiarazione di nullità della clausola, in quanto il rigetto non impedisce la riproposizione della domanda e, dunque, non crea alcun vincolo in futuri processi (cfr. M. Cirulli, *La tutela del consumatore ed il vaso di pandora*, in *Judicium On-line*, § 3, il quale qualifica in termini di «disapplicazione» l'attività cui procede il giudice del monitorio che rigetta in tutto o in parte la domanda del professionista in ragione dell'abusività di una o più clausole del contratto di consumo). Il consumatore, dunque, potrebbe ancora avvalersi della clausola la cui officiosamente rilevata (ma non dichiarata) abusività ha determinato il rigetto del ricorso per ingiunzione del professionista. Il che, tuttavia, conduce a conclusioni non particolarmente tranquillizzanti perché parrebbe agevolare condotte opportunistiche del consumatore. Si immagini che il ricorso per ingiunzione sia rigettato dal giudice (diverso da quello della residenza o del domicilio eletto del consumatore ed) indicato come esclusivamente competente nella clausola contenuta nel contratto da cui trae titolo il credito fatto valere in via monitoria del professionista e di cui viene officiosamente rilevata l'abusività. Si immagini, ora, che il professionista (ri)-proponga la domanda monitoria dinanzi al giudice della residenza o del domicilio eletto del consumatore e che il ricorso venga accolto: il consumatore potrebbe proporre opposizione dichiarando di volersi avvalere della clausola di elezione di foro esclusivo (ancorché abusiva) per propiziare la revoca del decreto ingiuntivo e la *translatio* del giudizio innanzi al giudice eletto. Un tale scenario non potrebbe invece mai verificarsi in caso di giudizio a contraddittorio integro sin dal principio, in quanto al rilievo officioso farebbe seguito l'interpello e, nel caso di volontà del consumatore di non avvalersi della clausola, la dichiarazione di incompetenza dovrebbe dirsi produrre una preclusione (anche) per il consumatore ancorché

Quanto ai modi in cui dovrà procedersi a siffatto controllo officioso della eventuale abusività delle clausole, le Sezioni Unite precisano che il giudice del procedimento monitorio<sup>(29)</sup> dovrà far uso dei (limitati) poteri istruttori conferitigli dall'art. 640 c.p.c. e, dunque, quantomeno richiedere la produzione del contratto su cui si basa il credito fatto valere dal professionista; tale attività di integrazione documentale sarà, in ultima analisi, l'unica attività istruttoria che potrà essere svolta dal giudice del monitorio, dovendosi escludere – secondo quanto correttamente rilevato nella sentenza delle Sezioni Unite – che all'accertamento dell'eventuale abusività di una o più clausole del contratto possa addivenirsi all'esito di un'istruttoria complessa<sup>(30)</sup>. Nel caso in cui ciò si rendesse necessario, il giudice del procedimento monitorio dovrà rigettare la domanda, non potendosi, al contrario, in caso di dubbio sulla abusività<sup>(31)</sup> emettere ugualmente il decreto ingiuntivo, rinviando l'accertamento pieno della inefficacia della clausola al giudizio di opposizione<sup>(32)</sup>.

---

la stessa domanda venga riproposta dopo il decorso del termine trimestrale di cui all'art. 50 c.p.c.

<sup>(29)</sup> Allorché gli elementi di fatto e di diritto in suo possesso rendano probabile di trovarsi al cospetto di un credito che trae origine da un contratto di consumo regolato, tra l'altro, dagli artt. 33 ss. del codice del consumo. Nel caso in cui il giudice del procedimento monitorio si convinca della non applicabilità della normativa interna di attuazione della dir. n. 93/13 dovrà, comunque, darne atto nella motivazione del decreto ingiuntivo (v. *infra*).

<sup>(30)</sup> Secondo quanto rilevato dalle Sezioni Unite (§ 7.2.1 della motivazione), deve escludersi che il giudice del monitorio possa dar luogo ad una «istruzione probatoria non coerente» con la configurazione del procedimento sommario di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., ad es. assumendo testimonianze o l'espletamento di una c.t.u.

<sup>(31)</sup> O, il che è lo stesso, in caso di dubbio sulla qualifica di consumatore da riconoscere al soggetto persona fisica nei cui confronti è stato richiesto il decreto ingiuntivo, ovvero, più in generale, nel caso di dubbio sulla applicabilità della normativa interna di attuazione della dir. n. 93/13 (v. S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, cit., 1234 s.). Nella motivazione le Sezioni Unite osservano che, in tali ipotesi, rimane ovviamente ferma la possibilità per il professionista di riproporre la domanda in via monitoria «evidentemente sulla scorta di ulteriori e più congruenti elementi probanti». Dovrà, allora, precisarsi che il rigetto del ricorso in ragione del (mero) dubbio di vessatorietà, il cui accertamento richiederebbe un'indagine istruttoria più complessa, incompatibile con il rito monitorio, non crea nessun vincolo e non richiederà, a stretto rigore, che il creditore articoli la sua successiva domanda riproposta nelle forme speciali sulla base di diversi elementi probatori. V. però quanto rilevato da A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, cit., in merito al fatto che il rigetto del ricorso in caso di dubbio sulla abusività e/o sull'applicabilità *tout court* della normativa consumeristica costringerà di fatto il creditore a rinunciare alla via del rito monitorio ed a seguire la strada del procedimento ordinario o semplificato di cognizione.

<sup>(32)</sup> Efficacemente si è detto (C. Consolo, *Istruttoria monitoria 'ricarburata' e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica 'rimaneggiata' (specie) su invito del g.e.*, in *Giur. it.* 2023, 1055) che il giudice del monitorio dovrà orientarsi seguendo la regola «*in dubio pro*

Dell'avvenuto esercizio di questo potere-dovere di controllo officioso della eventuale abusività delle clausole il giudice del procedimento monitorio sarà tenuto a darne conto nella motivazione del decreto ingiuntivo<sup>(33)</sup>. Più in particolare, secondo le Sezioni Unite il provvedimento che accoglie il ricorso per ingiunzione del professionista dovrà necessariamente contenere una sommaria (ma specifica) motivazione in ordine alla ritenuta non vessatorietà delle clausole che abbiano incidenza sull'accoglimento – nel rito e/o nel merito<sup>(34)</sup> – del ricorso per ingiunzione di pagamento del

---

*singulo*», in quanto in caso contrario di emissione del decreto ingiuntivo con avvertimento circa la probabile vessatorietà di una o più clausole ciò costituirebbe «una sorta di *provocatio ad opponendum* (...) Vessatoria a sua volta per un ingiunto di regola poco conscio dello statuto dei propri diritti e guarentigie». Secondo R. Pardolesi, B. Sassani, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza eurounitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, in *Foro it.* 2023, 1489, ciò implicherà un sicuro incremento del tasso di rigetto dei ricorsi per decreto ingiuntivo. Vi saranno, però, dei casi in cui il dubbio sull'abusività (in concreto) di una certa clausola giustificherà comunque l'accoglimento del ricorso, con espresso avvertimento della vessatorietà (in astratto) della clausola in questione. Si pensi, per esemplificare, al caso in cui il contratto contenga una clausola che vieti al consumatore di opporre in compensazione un credito e la cui abusività è presunta ai sensi di quanto previsto dall'art. 33, lett. c), d.lgs. n. 206/2005. Una clausola siffatta può incidere concretamente sull'accoglimento della domanda solo qualora, evidentemente, il consumatore abbia un controcredito da opporre in compensazione al professionista, di modo che la sua mera inserzione nel testo contrattuale non potrà condurre al rigetto del ricorso in ragione della sua presunta abusività. Anche immaginando che il giudice chieda al professionista di specificare se esista o meno un tale controcredito del consumatore e che a tale richiesta il professionista risponda positivamente, ciò, a nostro avviso, non dovrebbe giustificare il rigetto del ricorso in quanto l'eccezione di compensazione è una eccezione di merito in senso stretto. Poiché solo in caso di proposizione dell'eccezione di compensazione da parte del consumatore acquisterà concreto rilievo l'abusività della clausola che vieta un tale modo di estinzione dell'obbligazione del consumatore verso il professionista, a noi sembra che in tal caso il giudice del monitorio dovrà concedere il decreto «avvertendo» il consumatore della possibilità di proporre opposizione facendo valere un suo eventuale controcredito in compensazione in ragione della presunta vessatorietà della clausola contenuta nel contratto (impregiudicata, beninteso, ogni diversa valutazione del giudice dell'opposizione quanto alla ricorrenza di una concreta negoziazione della clausola stessa).

<sup>(33)</sup> L'esigenza di una motivazione espressa sul punto specifico della valutazione di abusività delle clausole sussiste, beninteso, solo in caso di decreto di accoglimento, in quanto in caso di mancata motivazione scatterà il meccanismo di tutela successiva del consumatore anche a dispetto della acquisita definitività del decreto per mancata opposizione (v. meglio e più approfonditamente *infra*). Nel caso di decreto di rigetto, al contrario, basterà che il giudice respinga la domanda monitoria ritenendola «insufficientemente giustificata», secondo quanto previsto dall'art. 640, comma 1, c.p.c., indipendentemente dal fatto che sia stata richiesta o meno un'integrazione documentale, e ciò sia che il rigetto sia dipeso dalla ritenuta abusività di una o più clausole, ovvero dal dubbio circa la loro vessatorietà non risolvibile nell'ambito della tecnica monitoria. In entrambi i casi, come si diceva, l'esplicitazione del motivo del rigetto sarebbe ininfluenza in quanto il rigetto non crea mai un vincolo a carico delle parti.

<sup>(34)</sup> In questo caso, anche solo per un accoglimento parziale.

professionista. Non sarà sufficiente, dunque, una motivazione che si risolva nell'utilizzo di vuote formule standardizzate, in quanto devono al contrario ritenersi imposte sia una precisa (e, appunto, specifica) individuazione delle clausole concretamente esaminate in relazione a quanto reso necessario dal contenuto della domanda di condanna<sup>(35)</sup>, sia una (sommatoria) esplicitazione delle ragioni in fatto ed in diritto che escludono un giudizio di abusività<sup>(36)</sup>.

L'espressa motivazione contenuta nel decreto ingiuntivo con riferimento alla ritenuta non abusività delle clausole che hanno concreta e diretta incidenza sull'accoglimento della domanda del professionista<sup>(37)</sup>

---

<sup>(35)</sup> Evidentemente, non il semplice fatto che il contratto contenga una clausola di cui debba presumersi la vessatorietà ai sensi di quanto previsto dall'art. 33, comma 2, d.lgs. n. 205/2006 imporrà il rigetto del ricorso. Al di là di quanto osservato in precedenza circa la distinzione che deve molto probabilmente operarsi tra abusività in astratto ed abusività in concreto (v. la precedente nota 32), è sufficientemente chiaro che il perimetro del controllo officioso del giudice è segnato dalla domanda del professionista e dalla natura del credito fatto valere in via monitoria. E così, ad es., se il contratto contenga una clausola che consente al professionista di aumentare il prezzo del servizio reso senza attribuire al consumatore il diritto di recesso se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto, l'abusività di questa clausola (arg. ex art. 33, lett. o, d.lgs. n. 205/2006) non impedirà l'accoglimento del ricorso con cui il professionista abbia richiesto il pagamento del corrispettivo inizialmente convenuto.

<sup>(36)</sup> Il giudice del monitorio potrebbe, ad es., ritenere la clausola di elezione del foro competente in via esclusiva contenuta nel contratto non abusiva in quanto oggetto di trattativa individuale, risultante da una espressa dichiarazione in tal senso sottoscritta dallo stesso consumatore nel contratto (non essendo, invece, sufficiente la sua specifica approvazione per iscritto in caso di contratti conclusi per moduli o formulari; v. Cass. 28 aprile 2020, n. 8268). Ovvero valutare non abusiva la clausola che pure escluda il recesso del consumatore in caso di aumento del prezzo del servizio da parte del professionista, e ciò in ragione della ritenuta non manifesta eccessività dell'aumento stesso rispetto al corrispettivo inizialmente convenuto.

<sup>(37)</sup> Occorre, a tal riguardo, precisare che, ovviamente, ciò che rileverà sarà la presenza di una motivazione specifica, ancorché sommaria, che dia conto dell'esame condotto e dei suoi risultati. Non avrà, invece, alcuna rilevanza il fatto che la motivazione sia (anche) corretta. Se, ad es., il giudice del monitorio escludesse la vessatorietà di una clausola di elezione del foro dando rilevanza alla sua espressa approvazione per iscritto secondo quanto previsto dagli artt. 1341 e 1342 c.c. ciò costituirebbe, senza dubbio, un errore (v. la nota precedente) ma sarebbe certamente idoneo – se accompagnato dall'avvertimento di cui si dice subito *infra* nel testo e nelle note – a far sì che si formi l'ordinaria preclusione del deducibile in caso di mancata opposizione. Equiparabile, invece, ad un'omissione di motivazione (con le conseguenze che ne derivano in punto di mancata formazione di una preclusione a carico del consumatore; v. *supra*, nonché *infra*) sarà l'ipotesi in cui il giudice giustifichi espressamente l'accoglimento della domanda ritenendo che l'oggetto di essa non potrebbe, neppure in astratto, essere inciso da una clausola contrattuale eventualmente abusiva non essendo, dunque, neppure necessario acquisire il contratto. Poiché, come detto, il controllo officioso del giudice e la motivazione dovranno essere specifiche, ossia dovranno avere ad oggetto le singole clausole ritenute rilevanti per accogliere o rigettare (in rito o in

dovrà, peraltro, essere accompagnata da un avvertimento specificamente rivolto al consumatore-debitore ingiunto circa le conseguenze della sua inattività; in aggiunta a quanto previsto dall'art. 641 c.p.c., il decreto dovrà, appunto, avvertire il consumatore debitore ingiunto che, in caso di mancata opposizione nel termine indicato, egli decadrà dalla possibilità di far valere l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto posto a base del ricorso. Nel caso in cui il decreto ingiuntivo contenga sia l'espressa e specifica (ancorché sommaria) motivazione in ordine alla ritenuta non abusività delle clausole direttamente incidenti, in rito o nel merito, sull'accoglimento della domanda di condanna monitoria proposta dal professionista, sia l'avvertimento in ordine alla immutabilità della decisione relativa (anche) a questo profilo in caso di mancata opposizione, la tutela effettiva del consumatore potrà dirsi pienamente garantita di modo che, nell'ipotesi in cui il consumatore debitore ingiunto ometta di proporre tempestiva opposizione al decreto nel termine di legge, tornerà a trovare applicazione tanto la (ordinaria) preclusione del dedotto e del deducibile a protezione della stabilità della attribuzione patrimoniale oggetto del decreto ingiuntivo, quanto la (più discussa ma, alla fine, riaffermata) vigenza della regola che estende l'incontrovertibilità dell'accertamento agli antecedenti logico-giuridici della decisione tra cui proprio la (non) vessatorietà delle clausole del contratto di consumo posto a base del ricorso.

Qualora, al contrario, il decreto ingiuntivo non rispetti tali requisiti, l'abusività di una o più clausole del contratto da cui trae titolo il credito ingiunto potrà (e dovrà) essere rilevata d'ufficio, ovvero dedotta dal consumatore, (anche, se non soprattutto) al fine di rimettere in discussione

---

merito) il ricorso per ingiunzione del professionista, a noi sembra di dover poi rilevare che potranno residuare casi in cui il giudice del procedimento monitorio abbia mancato di percepire la specifica e concreta rilevanza di una certa clausola contrattuale con riferimento alla pretesa creditoria azionata in via monitoria e abbia, così, omesso di valutarne l'eventuale abusività. In questi casi, noi crediamo che al consumatore debba essere riconosciuto il potere di dare rilievo a questa clausola non valutata dal giudice del procedimento monitorio superando, se del caso, la definitività del decreto ingiuntivo non opposto. Non vi è, in altri termini, mai ed in nessun caso spazio per un «giudicato» implicito sulla validità di «tutte» le clausole del contratto, neppure quando il giudice del monitorio, conformandosi agli insegnamenti della Corte di Giustizia tradotti in pratica dalle Sezioni Unite, abbia espressamente motivato sulla ritenuta non vessatorietà di alcune specifiche clausole da lui ritenute rilevanti per (e concretamente incidenti sul) l'accoglimento della domanda (in questo senso E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, cit., 1064; egualmente M. Cirulli, *La tutela del consumatore ed il vaso di pandora*, in *Judicium On-line*, § 5; S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, cit., 1241, nota 23).

l'accertamento contenuto nel decreto ingiuntivo nonostante la sua definitività acquisita per effetto della mancata tempestiva opposizione, potendosene dedurre tanto l'invalidità, quanto la sua ingiustizia, a seconda del contenuto della clausola di cui si prospetti la nullità consumeristica<sup>(38)</sup>. Deve, tuttavia, precisarsi che, a nostro avviso, la mancanza della motivazione (espressa) o dell'avvertimento non cagionano, di per sé, un vizio formale del decreto ingiuntivo tale da determinarne in ogni caso l'invalidità. Diversamente, la loro omissione imporrà solamente di considerare non formatasi alcuna preclusione con specifico riferimento alla abusività di una o più clausole rilevanti per l'accoglimento della domanda, di talché sarà limitatamente a tale esclusivo profilo che l'accertamento di cui è d'ordinario portatore il decreto ingiuntivo non opposto potrà essere ridiscusso nonostante la sua definitività<sup>(39)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Nel senso che, nel caso di clausola abusiva che incida su di una condizione di decidibilità nel merito della domanda di condanna monitoria proposta dal professionista, il suo successivo rilievo (non impedito, in tale specifica ipotesi, dalla definitività del titolo formatasi per effetto della mancata tempestiva opposizione) condurrà ad una declaratoria di invalidità del decreto (per ulteriori precisazioni al riguardo v. *infra*), mentre in ipotesi di clausola che incide sul merito il successivo rilievo della sua abusività cagionerà l'ingiustizia della ingiunzione di pagamento e, dunque, un diverso accertamento relativo alla esistenza ed al modo di essere del diritto di credito oggetto del decreto.

<sup>(39)</sup> Correttamente, in questo senso, A. Crivelli, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, in *Riv. esec. forzata* 2023, 385, nota 4. Per C. Consolo, *Istruttoria monitoria 'ricarburata' e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica 'rimaneggiata' (specie) su invito del g.e.*, cit., la mancanza nel decreto ingiuntivo di un'espressa motivazione con riferimento al profilo della ritenuta non abusività delle clausole consisterebbe in un «vizio qualificabile essenzialmente come *error in procedendo*». V. anche A. Briguglio, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. – terza Puntata*, in *Judicium On-line*, nota 7, ove l'a. osserva che la sentenza *SPV Project* avrebbe dovuto essere ridimensionata «confinandone il portato pratico, pur con non poche difficoltà e con effetto comunque dirimente, ad un semplice problema di invalidità-inesistenza formale» del decreto ingiuntivo non opposto. V. anche quanto rilevato da M. Bove, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., § 6, nonché § 7, secondo il quale la mancanza della motivazione e dell'avvertimento renderebbero il decreto ingiuntivo viziato da un *error in procedendo* che sfugge al principio di conversione di cui all'art. 161, comma 1, c.p.c., con la conseguenza per cui spetterebbe senz'altro al giudice dell'esecuzione rilevare l'inesistenza del titolo esecutivo; l'a., peraltro, non nasconde il (grave, a nostro avviso) inconveniente di una tale ricostruzione, dato dal fatto che, così ragionando e tra l'altro, si impone al professionista di agire *ex novo* per il recupero del credito rimanendo così esposto a tutte le eccezioni e (mere) difese del consumatore che dovrebbero dirsi, invece, certamente precluse secondo l'ordinario modo di operare del procedimento monitorio nazionale.

4. – Qualora, nonostante la definitività acquisita dal decreto ingiuntivo per effetto della mancata opposizione tempestiva del consumatore, non sia preclusa, in ragione di quanto detto in precedenza, la possibilità di dare (ancora) rilievo alla vessatorietà di una o più clausole del contratto posto a base del ricorso del professionista, la questione diventa quella di comprendere quale sia lo strumento utilizzabile a tal fine.

Le Sezioni Unite ritengono che, tra le varie soluzioni prospettate dalla dottrina immediatamente dopo la sentenza *SPV Project*, debba essere privilegiata, in quanto ritenuta maggiormente idonea a salvaguardare, nella misura più ampia possibile, il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, quella dell'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.*, seppure con alcuni adattamenti resi necessari per tener conto delle peculiarità della fattispecie in questione. Più in particolare, il meccanismo messo a punto dalle Sezioni Unite per l'ipotesi in cui sia pendente un processo esecutivo fondato su di un decreto ingiuntivo non opposto che sia, però, privo della (espressa) motivazione di (non) vessatorietà e dell'avvertimento dell'immutabilità della decisione, anche e soprattutto per tale profilo consumeristico, in caso di inattività del debitore ingiunto, prevede che spetti, in prima battuta, al giudice dell'esecuzione il «(...) potere-dovere di rilevare d'ufficio l'esistenza di una clausola abusiva che incida sulla sussistenza o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo»<sup>(40)</sup>. Secondo quanto rilevato dalle Sezioni Unite, l'esercizio di questo (peculiare)<sup>(41)</sup> potere-dovere di rilievo officioso del giudice dell'esecuzione richiederebbe, innanzitutto, che questi di propria iniziativa (o su sollecitazione di una delle parti)<sup>(42)</sup> inviti il professionista a produrre il contratto da cui deriva il credito «così da instaurare (...) il contraddittorio delle parti sull'eventuale carattere abusivo delle clausole» del contratto stesso.

All'esito di tale contraddittorio, tuttavia, il giudice dell'esecuzione non deciderà tecnicamente su alcunché, in quanto quale che sia il convinci-

---

<sup>(40)</sup> § 8.2.1 della motivazione.

<sup>(41)</sup> V. *infra*.

<sup>(42)</sup> Le Sezioni Unite contemplano, infatti, in modo espresso l'ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione sia stato già precedentemente adito «dalle parti» (cfr. sempre il § 8.2.1 della motivazione). Tuttavia, l'idea che ciascuna delle parti possa tecnicamente rivolgersi al giudice dell'esecuzione per ottenere un provvedimento di quest'ultimo che, rispettivamente, metta al riparo l'esecuzione da successivi attacchi del debitore, ovvero ne consenta l'arresto in dipendenza della riscontrata fondatezza di una non preclusa censura di nullità di una o più clausole del contratto posto a base dell'ingiunzione di pagamento si scontra, a nostro avviso, con il contenuto e l'esatta natura del potere-dovere di rilievo officioso del giudice dell'esecuzione il cui esercizio, come vedremo, non conduce, in realtà, ad alcuna «decisione» propriamente relativa al «merito» della questione in esame (v. *infra*).

mento che questi si sia formato in ordine alla (in)sussistenza dei presupposti per concedere al debitore esecutato una seconda occasione di difesa avverso il decreto ingiuntivo divenuto definitivo per mancata opposizione, egli dovrà in ogni caso avvertire quest'ultimo che se intende far valere l'abusività di una o più clausole del contratto da cui deriva il credito ingiuntivo dovrà necessariamente farlo, pena (questa volta) un definitiva ed irrecuperabile decadenza, proponendo, appunto, opposizione tardiva ai sensi dell'art. 650 c.p.c. entro e non oltre il termine di quaranta giorni da tale avvertimento.

A nostro avviso, rispetto a tale scansione processuale si impongono le seguenti, rilevanti precisazioni con riguardo, come anticipato, al contenuto e dall'esatta funzione del controllo officioso che il giudice dell'esecuzione è chiamato a svolgere secondo la ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite. A nostro avviso, infatti, l'esercizio di questo potere officioso non mette capo ad alcuna decisione del giudice dell'esecuzione né circa la sussistenza di una o più clausole abusive del contratto, né circa la sussistenza dei presupposti<sup>(43)</sup> cui è ricollegata *europo iure* la possibilità per il debitore di contestare il decreto ingiuntivo in ragione dell'abusività di queste medesime clausole contrattuali nonostante sia decorso il termine originariamente concesso ai sensi dell'art. 641 c.p.c. e quello di cui all'art. 650, comma 3, c.p.c.

Poiché, come visto, il giudice dell'esecuzione deve avvertire il debitore che, per contestare (unicamente) l'eventuale esistenza di una o più clausole abusive che incidano sul fondamento di rito o di merito del decreto ingiuntivo divenuto definitivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c., egli può (ancora) proporre opposizione nel termine ordinario di quaranta giorni sia che rilevi «il possibile carattere abusivo di una clausola contrattuale, ma anche se ritenga che ciò non sussista», l'unica conseguenza giuridicamente rilevante di questo intervento del giudice dell'esecuzione sarà, dunque, quella di sterilizzare in modo definitivo l'eventuale sussistenza dei presupposti per il superamento del giudicato formatosi sul decreto ingiuntivo per effetto della mancata opposizione tempestiva. In altri e più chiari termini, nel caso di titolo esecutivo costituito da un decreto ingiuntivo non opposto reso contro una persona fisica, il giudice dell'esecuzione avrà (se si vuole,

---

<sup>(43)</sup> Vale a dire, il riconoscimento in capo al debitore (prima ingiunto e poi esecutato) della qualifica soggettiva di consumatore, nonché l'esistenza nel decreto ingiuntivo di una espressa e specifica motivazione sulla non vessatorietà di una o più clausole del contratto e del correlato avvertimento circa la definitività pure di questo accertamento per il caso di mancata opposizione.

semplicemente)<sup>(44)</sup> il potere di porre rimedio ad una (solo eventuale) carenza del decreto facendo in tal modo cessare quella (del pari eventuale) situazione di mancata informazione che le Sezioni Unite equiparano al caso fortuito e/o alla forza maggiore<sup>(45)</sup> e che, fino a quel momento, aveva impedito al debitore consumatore di proporre opposizione in relazione al profilo della abusività delle clausole contrattuali; e così, in definitiva, imponendo al debitore (prima ingiunto e poi esecutato) di esercitare questa ulteriore opportunità di difesa nelle forme dell'opposizione a decreto ingiuntivo senza che, però, ciò crei alcun vincolo circa la concreta ricorrenza nel caso di specie di un'ipotesi di superabilità del giudicato ancorché limitatamente al solo e specifico profilo della nullità consumeristica di una o più clausole del contratto. Se, infatti, il debitore si avvarrà di questa rinnovata opportunità di difesa proponendo l'opposizione, sarà unicamente il giudice di quest'ultima<sup>(46)</sup> a dover sindacare se ed in quale misura tale

---

(44) Sulla base di ciò che abbiamo osservato nel testo (e, in realtà, anche in ragione di quanto ritenuto dalle stesse Sezioni Unite circa l'«indifferenza», in ordine al successivo svolgersi della vicenda processuale, degli esiti del controllo officioso del giudice dell'esecuzione), deve ritenersi del tutto ultronea qualsiasi attività «istruttoria» volta ad ottenere copia del contratto di consumo posto a base del ricorso per ingiunzione depositato dal professionista. Se il convincimento (positivo o negativo che sia) del giudice dell'esecuzione è sempre e comunque irrilevante – nel senso che in ogni caso si dovrà avvertire il debitore della (solo eventuale) possibilità di proporre opposizione nel termine di quaranta giorni dal così reso avviso – questi (verosimilmente a ciò stimolato proprio dal creditore procedente) dovrebbe d'ordinario determinarsi ad agire in tal modo ogni qualvolta si trovi al cospetto di un titolo esecutivo costituito da un decreto ingiuntivo non opposto, senza che debba porsi alcun quesito circa la (anche solo verosimile) ricorrenza di una ipotesi di non operatività della preclusione dello specifico deducibile dato dalla nullità consumeristica di alcune clausole contrattuali. Questa attività – che difficilmente qualificherebbero in termini di rilievo officioso di una questione – avrà, infatti, solo ed esclusivamente l'effetto di una *provocatio ad opponendum* in precedenza (se del caso) mancata, non creerà alcun vincolo (v. *infra*) ed inciderà in maniera limitata sull'ulteriore corso dell'esecuzione. Per consimili rilievi, v. A. Auletta, *Le sezioni unite sul ruolo del giudice dell'esecuzione nel controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali*, in *www.giustiziacivile.com*, 8, il quale, tuttavia, esclude (a nostro avviso, non persuasivamente) che possa attribuirsi all'avvertimento che il giudice dell'esecuzione deve sempre formulare al debitore consumatore l'efficacia di determinare il passaggio in giudicato del decreto anche relativamente al profilo dell'abusività delle clausole (*op. ult. cit.*, 10).

(45) Non è un caso, a nostro avviso, che le Sezioni Unite, al punto 8.3.1 della motivazione, rilevino come sia soprattutto («specialmente») il mancato avvertimento circa la possibilità di far valere l'abusività delle clausole solo entro un certo termine a configurare una ipotesi riconducibile al caso fortuito o alla forza maggiore impeditivi della possibilità di proporre l'opposizione nel termine originariamente fissato nel decreto.

(46) Per consimile rilievo v. E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, cit., 1065, la quale, però, ritiene che il giudice dell'esecuzione debba verificare la sussistenza in capo all'esecutato della qualità di consumatore.

rimedio sia ammissibile<sup>(47)</sup> e fondato<sup>(48)</sup>; mentre nel caso in cui non venga proposta l'opposizione nonostante l'avvertimento, la (duplice e, oramai, informata) inattività del debitore (prima ingiunto, poi) esecutato farà sì che il titolo esecutivo sia definitivamente messo al riparo da qualsiasi ulteriore attacco collaterale idoneo a scalfirne la portata di accertamento (quantomeno) della singola coppia diritto-obbligo<sup>(49)</sup>, anche con riferimento al profilo della nullità consumeristica delle clausole del contratto da cui deriva il credito ingiunto.

È necessario, allora, precisare che, in realtà, il giudice dell'esecuzione non concede, né fissa al debitore (prima ingiunto, poi) esecutato alcun termine entro cui proporre l'opposizione. Osservato che, se così fosse, vi sarebbe una sin troppo evidente e, in fin dei conti, ingiustificata violazione del chiaro divieto per il giudice di concedere termini perentori se non espressamente previsto dalla legge, deve, infatti, ritenersi che il giudice

---

<sup>(47)</sup> In quanto effettivamente il debitore persona fisica che propone l'opposizione tardiva è un consumatore ed il decreto ingiuntivo è privo di specifica ed espressa (ancorché sommaria) motivazione in ordine alla non vessatorietà delle clausole impugnate dal debitore con l'opposizione tardiva stessa.

<sup>(48)</sup> In quanto le clausole (validamente) impugnate dal debitore consumatore siano effettivamente abusive, e così inefficaci.

<sup>(49)</sup> Diversamente da quanto si è detto *supra* (alla nota 37), la preclusione che maturerà una volta scaduto inutilmente il termine di quaranta giorni dall'avvertimento reso dal giudice dell'esecuzione riguarderà la questione dell'abusività di tutte le clausole del contratto proprio perché il giudice dell'esecuzione non procederà ad alcun sindacato di merito dell'abusività di una o più singole clausole specificamente individuate ma dovrà, appunto, limitarsi a rendere edotto il debitore della eventuale possibilità di una opposizione al decreto pure al di là del termine inizialmente fissato ai sensi dell'art. 641 c.p.c. limitatamente, si intende, al profilo dell'inefficacia delle clausole contrattuali perché vessatorie (così anche, E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, cit., 1064). Non ci sembra, del resto, che quanto andiamo dicendo nel testo confligga con i principi elaborati dalla Corte di Giustizia in merito alla tutela effettiva del consumatore. Se è vero, infatti, che d'ordinario, nei casi di procedimento monitorio, la facoltà di opposizione del consumatore al provvedimento reso *inaudita altera parte* non è considerata, di per sé, sufficiente (essendo, al contrario, necessario che il giudice eserciti, nella fase senza contraddittorio, un effettivo e motivato controllo officioso e ne renda edotto il consumatore medesimo), è anche altrettanto vero che, nell'ipotesi considerata, il mancato sfruttamento della seconda *chance* di contestazione da parte del debitore consumatore (in un termine più che congruo), pure in mancanza di un vero e proprio esercizio di un potere di rilievo officioso dell'abusività delle clausole, deve considerarsi idoneo a precludere qualsiasi ulteriore rilievo e contestazioni in dipendenza, se non altro, del fatto che non vi sarebbe qui «un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti» ma una sua «completa passività» (per usare le parole C. Giust. UE 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom* (in *Riv. arb.* 2009, 675, con nota di E. D'Alessandro, *La Corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*).

dell'esecuzione, secondo quanto abbiamo già detto, si limita a formulare al debitore quell'avvertimento che avrebbe dovuto rendere il giudice del procedimento monitorio così da innescare il decorso del termine per proporre l'opposizione che, a nostro avviso, non è una vera e propria opposizione tardiva<sup>(50)</sup>. In realtà, l'opposizione che il debitore consumatore può proporre avverso il decreto ingiuntivo ancorché divenuto definitivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c. è, a nostro avviso, sempre e comunque l'opposizione *ex art. 645 c.p.c.* il cui termine, in mancanza dello specifico avvertimento consumeristico, non può dirsi aver cominciato a decorrere<sup>(51)</sup> seppur limitatamente alla sola questione dell'abusività delle clausole oggetto dell'avvertimento stesso<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Per la cui proposizione si potrebbe, in effetti, porre la questione della lunghezza del relativo termine che, d'ordinario, dovrebbe essere comunque e quantomeno di dieci giorni dalla cessazione dell'impedimento, v. A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino 2000, 371.

<sup>(51)</sup> Si tratterebbe qui, in sostanza, di recuperare, mutato quel che c'è da mutare, la soluzione proposta (nel contesto della disciplina generale del procedimento monitorio) da A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 267, secondo il quale nel caso in cui il decreto ingiuntivo non rechi l'espresso avvertimento di cui all'art. 641, primo comma, c.p.c., si produce, ai sensi dell'art. 156, comma secondo, c.p.c., una nullità sanabile «o mediante l'inserimento dell'elemento mancante (...) e la notificazione dell'ingiunzione così emendata, oppure attraverso la stessa opposizione dell'ingiunto che, in qualunque momento interverga, rivelerà di per sé stessa che la facoltà di contestazione è stata esercitata e che il giudizio a cognizione piena sulla pretesa monitoriamente azionata può svolgersi oramai regolarmente». Poiché, però, nel nostro caso il decreto è comunque (correttamente) divenuto formalmente definitivo per mancata opposizione (ancorché un frammento di essa possa essere recuperata per garantire una tutela effettiva del consumatore), non varrà, secondo noi, l'ulteriore corollario che l'a. ricava dalla nullità del decreto privo dell'avvertimento, ossia la possibilità per l'ingiunto di opporsi all'esecuzione. Per consimili rilievi v. A. Crivelli, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., 400.

<sup>(52)</sup> Il termine sarà, allora, di quaranta giorni decorrenti dall'avvertimento perché questo è il termine che d'ordinario è previsto per opporsi al decreto ingiuntivo, non potendo qui venire in rilievo, per definizione, eventuali riduzioni di cui al comma secondo dell'art. 641 c.p.c. Quand'anche una tale riduzione, infatti, fosse contenuta nel decreto ingiuntivo poi non opposto, essa non varrebbe per l'opposizione consumeristica recuperatoria atteso che a rendere proponibile quest'ultima è la mancanza dell'avvertimento specifico relativo alla immutabilità della decisione anche con riferimento al profilo dell'abusività delle clausole, di modo che il termine ridotto non può operare rispetto a quel frammento di opposizione per la quale mancava il dovuto avvertimento. Da ciò si deduce altresì che il termine sarà di cinquanta giorni qualora il debitore esecutato consumatore risieda in un diverso Stato membro al momento in cui è reso l'avvertimento originariamente mancante, ovvero di sessanta giorni se questi risieda in uno stato terzo sempre in questo stesso momento. Da tanto ricaviamo, poi, che l'avvertimento reso dal giudice dell'esecuzione non potrà essere oggetto di una mera comunicazione da notificarsi in cancelleria in caso di mancata dichiarazione di residenza o di elezione di domicilio del debitore ai sensi dell'art. 492, secondo comma, c.p.c.; diversamente, non trattandosi di una comunicazione di un atto del processo

4.1. – Dalla ricostruzione che abbiamo offerto della soluzione delle Sezioni Unite in merito ai compiti che spettano al giudice dell'esecuzione discende, se non andiamo errati, che l'interesse a stimolare l'esercizio di questo potere-dovere del giudice dell'esecuzione sia tutto del creditore procedente, piuttosto che del debitore esecutato. È il primo, infatti, che aspira a fare in modo che il decreto, definitivo ed inattaccabile *in parte qua*<sup>(53)</sup>, lo divenga anche con riferimento al profilo dell'abusività delle clausole del contratto da cui deriva il credito ingiunto per effetto della «sanatoria» in cui in definitiva consiste l'avvertimento reso al debitore circa la (anche solo astratta) eventualità di poter proporre opposizione per contestare tale specifico profilo, ancorché già deducibile entro il termine originariamente indicato nel decreto. Un'eventuale istanza del debitore con cui questi si limitasse a richiedere al giudice dell'esecuzione di fare uso del potere di «concessione» del termine per la proposizione dell'opposizione tardiva<sup>(54)</sup>, al contrario, rischierebbe di arrecargli addirittura pregiudizio in quanto essa manifesterebbe la consapevolezza dei suoi diritti e della possibilità di recuperare un'opportunità di difesa (solo formalmente preclusa) e potrebbe, in definitiva, ben essere intesa quale atto che segna il momento in cui deve ritenersi cessato l'impedimento della forza maggiore (dato, appunto, dalla mancanza di adeguata e specifica informazione) e dal quale comincia, pertanto, a decorrere il termine di legge per fare opposizione al decreto<sup>(55)</sup>.

---

esecutivo in senso stretto (ma del completamento di una carenza originaria del decreto ingiuntivo), l'avvertimento dovrà, a nostro avviso, essere notificato personalmente al debitore (per la necessità di una notificazione personale, ancorché sulla base di argomenti diversi, M. Cirulli, *La tutela del consumatore ed il vaso di pandora*, cit., § 9; dubita della compatibilità con il principio di effettività della soluzione che consenta la comunicazione in cancelleria E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, cit., 1065; ritiene, invece, che la soluzione la comunicazione presso la cancelleria non confligga con l'effettività della tutela del consumatore P. Farina, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di Giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*, cit., 1481, nota 29; conforme a questa più rigorosa soluzione anche A. Auletta, *Le sezioni unite sul ruolo del giudice dell'esecuzione nel controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali*, in *www.giustiziacivile.com*, 11).

<sup>(53)</sup> Ossia con riferimento a tutte quelle difese ed eccezioni, di rito o di merito, tratte dal diritto comune e, dunque, diverse da quelle che traggono titolo dalla disciplina dettata dalla legislazione consumeristica contro l'utilizzo delle clausole abusive e/o vessatorie.

<sup>(54)</sup> Diverso è, invece, il caso in cui il debitore, in sede esecutiva, si dolga direttamente della abusività delle clausole del contratto posto a base del ricorso per ingiunzione (per questa distinzione e le conseguenze che ne derivano v. *infra*).

<sup>(55)</sup> Una eventuale risposta positiva del giudice dell'esecuzione non potrebbe, infatti,

Deve, poi, anche ritenersi che, nelle ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione non completi il meccanismo che, facendo venir meno il *deficit* informativo del debitore esecutato consumatore, è idoneo ad innescare, in ogni caso, il decorso del termine per la proposizione del frammento di opposizione eventualmente rimasto impregiudicato, questa opposizione potrà essere proposta senza termine<sup>(56)</sup>, ancorché nel frattempo l'esecu-

---

essere intesa (v. *supra*) come costitutiva del potere processuale del debitore esecutato consumatore di opporsi (pur dopo il decorso del termine inizialmente concesso) al decreto per far valere (esclusivamente) l'abusività di una o più clausole del contratto. A nostro avviso, quindi, il giudice dell'esecuzione dovrebbe astenersi dal provvedere su di una istanza del debitore esclusivamente volta ad ottenere la concessione del termine per l'opposizione recuperatoria, in quanto non è (e non può essere) questo (v. *supra*) il potere che compete al giudice dell'esecuzione. Ciò ci porta anche a ritenere che, in realtà, non sembrano sussistere rilevanti profili di eventuale contestabilità dell'esercizio (o mancato esercizio) del potere officioso che compete al giudice dell'esecuzione quanto al "completamento" della definitività del decreto ingiuntivo non opposto. Nel caso di istanza del creditore, una risposta "positiva" del giudice dell'esecuzione quanto alla (anche solo astratta) sanatoria (mediante integrazione) del decreto mediante la previsione dello specifico avvertimento consumeristico eventualmente mancante sarà, diciamo così, tendenzialmente obbligata, dovendo questi (come già visto) avvisare il debitore della possibilità di proporre opposizione tanto nel caso in cui si convinca della verosimile sussistenza dei presupposti per la superabilità del giudicato formatosi in relazione al decreto non opposto, tanto nel caso contrario (in quanto nell'uno e nell'altro caso quanto da lui ritenuto non vincolerà in alcun modo il giudice dell'opposizione che sia poi effettivamente proposta dal debitore). Nella remota ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione dovesse rifiutare di concedere la richiesta sanatoria perché, ad es., ritenga che il decreto ingiuntivo contenga la motivazione e l'avvertimento (ora) richiesti, ciò non dovrebbe dar luogo ad una situazione di (vera e propria) soccombenza del creditore o del debitore che possa legittimare una contestazione del provvedimento negativo nelle forme dell'opposizione agli atti esecutivi *ex art.* 617 c.p.c. Il debitore, fatto salvo quanto detto in precedenza in merito all'eventuale rilevanza della sua istanza per far ritenere cessata la situazione di impedimento (v. *supra*), non riceve alcun pregiudizio da tale mancato avvertimento, in quanto egli sarà (allora) libero di proporre l'opposizione tardiva in qualsiasi momento (secondo noi anche dopo la conclusione del processo esecutivo; v. subito *infra*) e spetterà al giudice di questa verificare se ricorrono o meno i presupposti per l'ammissibilità e fondatezza del rimedio così esperito (ritiene, invece, che nel caso in cui il giudice dell'esecuzione «all'esito dell'istruttoria, non conceda il termine», il debitore esecutato avrebbe «l'alternativa di introdurre l'opposizione consumeristica autonomamente nel rispetto del termine previsto dalle Sezioni Unite o chiedere al g.e. la fissazione del termine» P. Farina, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di Giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*, cit., 1484). Il creditore, invece, riceve un pregiudizio solo astratto ed eventuale, nel senso che, se la valutazione (che, per noi, non è dovuta; v. *retro*) del giudice dell'esecuzione circa la non ricorrenza dei presupposti per la superabilità del giudicato è corretta, egli potrà fondatamente respingere l'eventuale iniziativa oppositoria che il debitore si determinasse egualmente ad instaurare; mentre, nel caso in cui quel giudizio fosse errato, rimarrebbe semplicemente esposto ad una ammissibile opposizione tardivamente proposta di cui rimarrebbe comunque da valutare la fondatezza nel merito.

<sup>(56)</sup> Così anche E. D'Alessandro, *Dir.* 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le

zione si sia conclusa con la distribuzione del ricavato in favore del creditore procedente (nel caso di esecuzione immobiliare o mobiliare presso il debitore), ovvero con l'assegnazione del credito a quest'ultimo (in caso di espropriazione presso terzi di crediti). Quanto ritenuto dalle Sezioni Unite, sulla base del richiamo alla pronuncia *Ibercaja*<sup>(57)</sup>, in ordine al fatto che, una volta che si sia completata la vendita o l'assegnazione del credito, il giudice dell'esecuzione non ha più il potere di rilevare d'ufficio (o su istanza del consumatore) l'abusività delle clausole del contratto da cui deriva il credito del professionista non è, a nostro avviso, condivisibile in quanto la Corte di Giustizia ha escluso tale potere di rilievo officioso nei limiti in cui il suo positivo esercizio condurrebbe «all'annullamento degli atti di trasferimento della proprietà e a rimettere in discussione la certezza giuridica del trasferimento di proprietà già effettuato nei confronti di un terzo»<sup>(58)</sup>. È, dunque, (solo) la stabilità dell'aggiudicazione in favore del terzo acquirente che la Corte di Giustizia vuole che sia tutelata ed assicurata. Nei limiti in cui, quindi, l'ammissibile e fondato esercizio del potere del debitore esecutato consumatore di proporre, in costanza di esecuzione e pure una volta che essa sia arrivata alla fase della distribuzione del ricavato, l'opposizione recuperatoria al decreto ingiuntivo non incide (come in effetti non incide) sulla stabilità dell'acquisto del terzo, non v'è evidentemente ragione per escludere che il giudice dell'esecuzione possa (e, anzi, debba) procedere nel senso delineato dalle Sezioni Unite (e così come da noi ricostruito) anche nella fase della distribuzione del ricavato, così da impedire<sup>(59)</sup> che essa avvenga (anche) in favore del professionista<sup>(60)</sup>.

---

*Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, cit., 1064, nonché 1065, nota 42.

<sup>(57)</sup> V. la precedente nota 9.

<sup>(58)</sup> Punto 57 della motivazione della sentenza *Ibercaja*.

<sup>(59)</sup> Nel caso di tempestiva ed utile proposizione dell'opposizione da parte del debitore, se del caso anticipata da un provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto (v. a tal proposito anche quanto si dirà *infra*).

<sup>(60)</sup> Così anche A. Crivelli, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., 409 s. Per E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, cit., 1067, quanto osservato dalle Sezioni Unite dovrebbe implicare l'impossibilità di riconoscere al debitore di ottenere tutela, diciamo così, in forma specifica al momento della distribuzione del ricavato, dovendo egli proporre l'opposizione tardiva (senza alcun termine) per ivi richiedere una tutela risarcitoria. In senso contrario, A. Auletta, *Le sezioni unite sul ruolo del giudice dell'esecuzione nel controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali*, in *www.giustiziacivile.com*, 5 s. A noi pare che la soluzione corretta

Se, invece, l'esecuzione termini senza che nel corso di essa si sia posto rimedio all'eventuale mancanza nel decreto ingiuntivo (non opposto) della motivazione e, soprattutto, dello specifico avvertimento rivolto al debitore consumatore, ciò implicherà la possibilità per il debitore esecutato di proporre l'opposizione a decreto ingiuntivo sostanzialmente senza nessun termine al fine di ottenere la caducazione, in tutto o in parte, del titolo esecutivo giudiziale posto a base dell'esecuzione nel frattempo conclusasi con la soddisfazione del credito del professionista. Sarà in tale giudizio che il debitore potrà proporre la domanda di ripetizione di quanto versato, appunto, in esecuzione del decreto ingiuntivo sul presupposto del suo venir meno in tutto<sup>(61)</sup> (o anche solo in parte) per effetto dell'integrale o solo parziale accoglimento dell'opposizione<sup>(62)</sup>.

---

sia quella di ammettere l'esercizio del potere del giudice dell'esecuzione anche una volta disposta la vendita e perfezionata l'aggiudicazione in conformità all'insegnamento di Cass., sez. un., 28 novembre 2012, n. 21110 (in *Corriere giur.* 2013, con nota di B. Capponi, *Espropriazione forzata senza titolo esecutivo (e relativi conflitti)*). Poiché l'esecuzione forzata si suppone iniziata sulla base del decreto ingiuntivo non opposto e per ciò dichiarato definitivamente esecutivo (quindi, sulla base di un titolo esecutivo valido ed esistente) e la tutela del consumatore è rimessa al giudizio di opposizione che può, eventualmente, condurre alla caducazione (in tutto o anche solo in parte) del decreto ingiuntivo stesso, a noi pare che l'accertamento del carattere abusivo delle clausole che può condurre a tale caducazione non possa mai determinare il venir meno dell'aggiudicazione. Nel senso prospettato nel testo v. gli opportuni e condivisibili rilievi di M. Cirulli, *La tutela del consumatore ed il vaso di pandora*, cit., par. 4.

<sup>(61)</sup> Nel caso in cui l'opposizione sia proposta per far valere l'abusività della clausola di elezione esclusiva del foro competente, l'accoglimento dell'opposizione per tale ragione farà (definitivamente) venir meno il decreto e, dunque, a prescindere dal fatto che nel giudizio che potrà proseguire (previa riassunzione) dinanzi al giudice indicato come competente potrà formarsi una nuova condanna a favore del professionista, il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, se richiesto, dovrà pronunciare condanna di quest'ultimo alla restituzione di quanto ricevuto in esecuzione del decreto ingiuntivo stesso.

<sup>(62)</sup> A noi pare che, una volta individuato nell'opposizione a decreto ingiuntivo il rimedio necessariamente a disposizione del debitore consumatore per far valere (ancorché, fino a quando non sia stata sanata l'eventuale mancanza dello specifico avvertimento consumeristico, senza termine) l'abusività delle clausole per contrastare il fondamento di rito e/o di merito dell'accertamento che si innesta nel decreto non opposto, la questione della prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito di quanto ottenuto dal professionista per effetto dell'esecuzione (spontanea o forzata) del decreto ingiuntivo stesso non abbia, in realtà, modo di porsi (si pone la questione della prescrizione del diritto alla ripetizione E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, cit., 1067, aderendo alla soluzione prospettata da L. Baccaglini, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., 78, la quale, scrivendo prima della pronuncia delle Sezioni Unite e valorizzando quanto deciso da C. Giust. UE, 8 settembre 2022, in causa C-81/21 e C-82/21, ha sostenuto che la ripetizione dell'indebito non dovrebbe necessariamente prescriversi in dieci anni dal momento in cui è divenuto definitivo l'ordine di pagamento del giudice dell'esecuzione, decorrendo il termine di pre-

5. – Una volta, invece, che il giudice dell'esecuzione abbia formulato l'avvertimento, le Sezioni Unite precisano che questi dovrà astenersi dal procedere alla vendita (del bene pignorato) o all'assegnazione (del credito) fino alle determinazioni del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 649 c.p.c. <sup>(63)</sup>, di modo che detta stasi liquidatoria (*i*) verrà

---

scrizione dal giorno in cui il consumatore è venuto a conoscenza della nullità del contratto per l'abusività delle sue clausole). A nostro avviso, il diritto alla restituzione sorgerà non per effetto del pagamento che si assume non dovuto ma in ragione del venir meno del titolo esecutivo che aveva sorretto l'esecuzione. A far sorgere il diritto alla ripetizione sarà, come detto, il venir meno del decreto per effetto della sentenza di accoglimento dell'opposizione, cosicché sarà dal momento del passaggio in giudicato di tale decisione di riforma del titolo che comincerà a decorrere il termine decennale di prescrizione (per l'affermazione, in giurisprudenza, che «il diritto alla restituzione sorge direttamente in conseguenza della riforma della sentenza, la quale, facendo venir meno *ex tunc* e definitivamente il titolo delle attribuzioni in base alla prima sentenza, impone di porre la controparte nella medesima situazione in cui si trovava in precedenza» v., tra le altre, Cass. 12 aprile 2018, n. 9171; per l'affermazione, invece, del principio che la prescrizione del diritto alla restituzione delle somme pagate in virtù di un titolo giudiziale annullato comincia a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza che ha annullato il titolo stesso v. Cass. 15 febbraio 2018, n. 3706). A meno che non sia già intervenuto un giudicato che ha (già) negato ammissibilità o fondatezza ad un rimedio esercitato dal consumatore per contrastare, in dipendenza della prospettata abusività di una o più clausole contrattuali, l'accertamento recato dal decreto ingiuntivo non opposto tempestivamente (v. *infra* nel testo e nelle note), ciò significa che anche pagamenti intervenuti ben più di dieci anni fa potranno essere ridiscussi a seguito e per effetto della proposizione (come si diceva, sostanzialmente senza termine) della (straordinaria) opposizione ultra-tardiva al decreto concessa dalle Sezioni Unite al debitore consumatore. Probabilmente, una soluzione per evitare il protrarsi di una tale situazione di incertezza potrebbe rinvenirsi nel concedere al professionista il diritto di rivolgersi al giudice che ha emesso l'ingiunzione non opposta (priva di motivazione e dell'avvertimento) affinché corregga il decreto provvedendo (non all'esame officioso dell'abusività delle clausole ma) all'inserimento di quello specifico avvertimento consumeristico che avrebbe dovuto rendere il giudice dell'esecuzione; la notificazione del decreto corredato di questo ulteriore e nuovo avvertimento specifico farà decorrere il termine di quaranta giorni per l'opposizione tardiva (sempre limitata al solo profilo dell'abusività delle clausole), con conseguente definitiva stabilizzazione dell'attribuzione patrimoniale per il caso di mancato sfruttamento da parte del consumatore (anche) di questa ulteriore occasione di difesa.

<sup>(63)</sup> Si è opportunamente e correttamente precisato che tale «doverosa stasi liquidatoria» (per questa definizione, C. Consolo, *Istruttoria monitoria 'ricarburata' e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica 'rimaneggiata' (specie) su invito del g.e., cit., 1057*) non si produrrà, tuttavia, qualora nell'esecuzione siano intervenuti altri creditori muniti di titolo esecutivo, avendo in tal caso il creditore professionista diritto all'accantonamento della quota eventualmente spettantegli nel riparto qualora il giudice dell'opposizione sospenda l'esecutività del decreto ai sensi dell'art. 649 c.p.c. (così, M. Cirulli, *La tutela del consumatore ed il vaso di pandora*, cit., § 9; nello stesso senso P. Farina, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di Giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*, cit., 1493, nota 33; egualmente B. Capponi, *Il G.E. e la Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479*, in *Judicium On-line*). Il fatto che le Sezioni Unite abbiano previsto che questa situazione di arresto della liquidazione duri fino alle determinazioni del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo sulla istanza *ex art.* 649

meno nel caso in cui l'opposizione non venga proposta entro il termine di quaranta giorni<sup>(64)</sup> o nel caso di rigetto dell'istanza di sospensione *ex art.* 649 c.p.c., (ii) mentre si convertirà in vera e propria sospensione dell'esecuzione nel caso di accoglimento di detta medesima istanza<sup>(65)</sup>.

Dell'avvertimento che deve rendere il giudice dell'esecuzione (al fine di innescare il termine per la proposizione dell'opposizione da parte del debitore esecutato consumatore) e della conseguente stasi liquidatoria non vi sarà, invece, alcun bisogno nei casi in cui avverso il decreto ingiuntivo

c.p.c. pone un problema relativo ai tempi di proposizione di detta istanza. Non vi è, infatti, alcuna norma che imponga al debitore opponente di formulare l'istanza di sospensione unitamente all'atto introduttivo del giudizio, ovvero che impedisca di esaminare tale medesima istanza una volta celebrata, ad es., la prima udienza del giudizio di opposizione stesso. Dunque, il ragionamento delle Sezioni Unite funziona benissimo con riferimento all'ipotesi del mancato rispetto *tout court* del termine per la proposizione dell'opposizione (anche se v. *infra* alla prossima nota per qualche ulteriore considerazione a tale specifico proposito), mentre dimostra qualche non lieve criticità nel caso in cui l'opposizione sia proposta e si debba allora aspettare che il giudice si pronunci su di una istanza che il debitore potrebbe, a questo punto, opportunisticamente astenersi dal proporre, senza per questo decadere da alcunché e rimanendo, quindi, sempre in grado di formularla nel corso del successivo svolgersi del processo. Si potrebbe, pertanto, essere indotti a credere che nel pensiero delle Sezioni Unite sia, tutto sommato, implicito il fatto che l'istanza di sospensione debba essere proposta unitamente all'atto introduttivo della opposizione di modo che su di essa il giudice possa pronunciare, al più tardi, alla prima udienza (con possibilità, in questo caso, di ammettere il creditore a richiedere che sull'istanza il giudice si pronunci anche prima). Ne dovrebbe, allora, conseguire che, al fine di mantenere la stasi liquidatoria impressa al processo esecutivo per effetto dell'inizio del decorso del termine per l'opposizione (innescato dall'avvertimento reso dal giudice dell'esecuzione), non sarà sufficiente che sia stata proposta l'opposizione ma anche che unitamente ad essa sia stata formulata l'istanza di sospensione. Se ciò non accadrà, il giudice dell'esecuzione riacquisterà il potere di far progredire oltre il processo, senza pregiudizio, beninteso, della facoltà del debitore di proporre in altro e successivo momento l'istanza di sospensione ed aspirare ad ottenere un vero e proprio arresto temporaneo dell'esecuzione ai sensi dell'art. 623 c.p.c.

<sup>(64)</sup> Qualora l'opposizione sia stata proposta ma sorga controversia innanzi al giudice dell'esecuzione circa il se sia stato o meno rispettato il termine (magari in dipendenza di una contestazione relativa all'esatta data di decorrenza del termine stesso), a noi pare che il giudice dell'esecuzione debba comunque attendere che il giudice dell'opposizione si pronunci sull'istanza *ex art.* 649 c.p.c.; è in quella sede, infatti, che il giudice dell'opposizione (cui unicamente compete il potere di sindacare, sotto ogni profilo, ammissibilità e fondatezza del rimedio; v. *retro*) valuterà le *chance* di successo dell'opposizione e negherà il provvedimento inibitorio nel caso in cui ritenga inammissibile, perché tardiva (rispetto anche all'ulteriore termine che ha cominciato a decorrere per effetto dell'avvertimento consumeristico; v. *supra*), l'opposizione.

<sup>(65)</sup> Nel senso che, più precisamente, una volta sospesa l'esecuzione del decreto ingiuntivo opposto ai sensi dell'art. 649 c.p.c., si verificherà automaticamente un'ipotesi di sospensione (c.d. esterna) del processo esecutivo *ex art.* 623 c.p.c. che il giudice di quest'ultimo dovrà limitarsi a recepire, senza che il suo provvedimento di natura ricognitiva produca gli effetti di cui al terzo comma dell'art. 624 c.p.c. o risulti, comunque, impugnabile ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c.

sia stata già resa pendente – al momento dell’inizio dell’esecuzione – opposizione, tempestiva o tardiva, al decreto ingiuntivo; e ciò tanto nei casi in cui con l’opposizione sia stata proposta proprio per far valere l’abusività di una o più clausole, quanto nel caso in cui invece l’opposizione sia stata proposta senza dedurre siffatta questione consumeristica<sup>(66)</sup>. L’esigenza dell’avvertimento e, più in generale, la possibilità per il debitore esecutato consumatore di contestare il decreto in ragione dell’abusività di una o più clausole del contratto di consumo da cui deriva il credito ingiunto, del resto non sussisterà, a nostro avviso, neppure nel caso in cui l’esecuzione si fondi su di un decreto ingiuntivo confermato, in tutto o anche solo in parte, con sentenza passata in giudicato resa all’esito del giudizio di opposizione (tempestiva o tardiva) già proposta e conclusasi ben prima della esecuzione (e delle sentenze della Corte di Giustizia del maggio 2022 e della pronuncia delle Sezioni Unite dell’aprile 2023)<sup>(67)</sup>.

---

<sup>(66)</sup> Nel primo caso, ovviamente, non vi sarà l’esigenza di informare il debitore di un diritto che ha già esercitato. Nel secondo caso, invece, crediamo che sia sufficiente, a tutelare il debitore consumatore, il potere di rilievo officioso della abusività delle clausole che deve essere, senz’altro, riconosciuto al giudice dell’opposizione a decreto ingiuntivo già proposta e pendente. Se, poi, l’opposizione proposta per motivi diversi dalla abusività, venisse rigettata in primo grado senza che si sia dato ivi rilievo alla vessatorietà di una o più clausole incidenti sul fondamento di rito e/o di merito dell’ingiunzione, di tale omissione il debitore consumatore opponente potrà e dovrà dolersi in sede di impugnazione della sentenza mediante appello (che, peraltro, pure se proposta per altri motivi, dovrebbe comunque abilitare il giudice di appello a rilevare di ufficio l’abusività al fine di rigettare la domanda di condanna del professionista, e così revocare il decreto ingiuntivo).

<sup>(67)</sup> Nella giurisprudenza di merito successiva (anche) alla decisione delle Sezioni Unite si è, invece, ritenuto che il giudice dell’esecuzione debba determinarsi nel senso indicato dalla S.C. anche qualora il titolo esecutivo sia costituito da un decreto ingiuntivo già inutilmente opposto in via tempestiva ma per motivi diversi dalla abusività, così Trib. Ivrea 16 maggio 2023, in *Judicium On-line*, con osservazioni di B. De Santis, *L’opposizione tardiva ‘consumeristica’ dopo – e oltre – i dicta delle Sezioni Unite n. 9479/2023 (Tribunale Ivrea, 16 Maggio 2023)*. Nel senso del testo, v. A. Auletta, *Le sezioni unite sul ruolo del giudice dell’esecuzione nel controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali*, cit., 5; sul punto v. anche C. Consolo, *Istruttoria monitoria ‘ricarburata’ e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica ‘rimaneggiata’ (specie) su invito del g.e.*, cit., 1056. Aderisce, invece, alla soluzione adottata dal Tribunale di Ivrea, S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, cit., 1242-1243. Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c. del Tribunale di Lodi (la cui ordinanza è reperibile sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)) avente ad oggetto la (parzialmente diversa) questione relative al se i principi affermati dalle Sezioni Unite siano applicabili anche al caso di decreto ingiuntivo divenuto definitivo per effetto (non della mancata opposizione ma) della dichiarazione di inammissibilità (per tardività) dell’opposizione stessa, è stato dichiarato inammissibile con decreto del primo presidente del 7 novembre 2023 (anch’esso reperibile sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)) per mancanza del requisito della serialità della questione.

Al debitore consumatore, poi, non parrebbe essere concesso alcun rimedio per ottenere una tutela specifica di annullamento del decreto, ovvero per agire in ripetizione di indebito nei confronti del professionista, neppure nel (remoto, invero) caso in cui ad essere già stata rigettata – con sentenza passata in giudicato prima della esecuzione (e delle sentenze della Corte di Giustizia del maggio 2022 e della pronuncia delle Sezioni Unite dell'aprile 2023) e per il motivo della inammissibilità di una tale iniziativa per insussistenza dei presupposti di cui all'art. 650 c.p.c. (e, più in generale, per l'impossibilità di dare rilievo a questa specifica questione già deducibile una volta che sia scaduto il termine per l'opposizione tempestiva) – sia una opposizione che il debitore consumatore ha deliberatamente proposto in via tardiva proprio per far valere l'abusività di una o più clausole del contratto concluso con il professionista; in tale peculiare ipotesi potrebbe, al più, residuare l'eventualità della proposizione di un'azione risarcitoria per responsabilità civile del giudice agli artt. 2 e 4, l. 13 aprile 1988, n. 117 così come modificata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18, ancorché in concreto non sia per nulla agevole riscontrarne i presupposti di applicabilità<sup>(68)</sup>.

5.1. – Una volta prescelto l'angolo visuale della ritenuta necessità ed esclusività del rimedio della opposizione a decreto ingiuntivo (da proporsi, quindi, innanzi al giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo), con conseguente non praticabilità del rimedio dell'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.<sup>(69)</sup>, la decisione delle Sezioni Unite si incarica

---

<sup>(68)</sup> Innanzitutto, crediamo, la decisione passata in giudicato che nega al consumatore un rimedio contro il decreto già divenuto definitivo anche qualora sia dedotta l'abusività delle clausole dovrebbe essere stata emessa, quantomeno, a seguito della decisione della Corte di Giustizia nel caso *Finanmadrid* (v. la precedente nota 8) che ha sancito espressamente la superabilità del giudicato formatosi in relazione ad un provvedimento monitorio emesso *inaudita altera parte* in relazione allo specifico profilo della abusività delle clausole. Solo a seguito di tale pronuncia, in effetti, sembrerebbe potersi dire che violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione Europea sia sufficientemente caratterizzata in base agli elementi indicati nei commi 3 e 3-bis dell'art. 2, l. n. 117/1988 come modificata nel 2015. Ulteriormente, il rimedio risarcitorio in questione non sarà ammissibile allorché ad essere passata in giudicato sia una decisione di primo o secondo grado, e dunque nei casi in cui il debitore consumatore non abbia esaurito i mezzi ordinari di impugnazioni disponibili (arg. ex art. 4, comma 2, l. n. 117/1988).

<sup>(69)</sup> Le ragioni che le Sezioni Unite individuano per ritenere preferibile la tesi della opposizione a decreto ingiuntivo, piuttosto che quella dell'opposizione all'esecuzione sono contenute al punto 9.1 della motivazione. A nostro avviso, l'opposizione a decreto ingiuntivo si lascia preferire rispetto a quella della opposizione all'esecuzione quantomeno perché la prima consente di dare risposta sistematicamente soddisfacente e coerente ai casi in cui l'abusività riguardi una clausola che incida sul fondamento di rito dell'ingiunzione non

anche di delineare la soluzione da adottare allorché, in vista o nell'ambito dell'esecuzione (da iniziare o già) iniziata sulla base di un decreto ingiuntivo non opposto, sia proposta dal debitore una opposizione all'esecuzione.

La prima ipotesi prospettata dalle Sezioni Unite è quella della opposizione all'esecuzione c.d. preventiva proposta dal debitore ai sensi del primo comma dell'art. 615 c.p.c. al fine di far valere l'abusività di una o più clausole del contratto da cui deriva il credito ingiunto. In tal caso non vi sarà, come evidente, alcun bisogno di attivare il meccanismo, per così dire, sanante che inneschi il decorso del termine per la proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo<sup>(70)</sup>. Diversamente, vi è la semplice necessità – secondo quanto ritenuto dalle Sezioni Unite che hanno individuato nella opposizione a decreto ingiuntivo lo strumento esclusivo di tutela del consumatore – di (ri)qualificare il rimedio azionato dal debitore quale opposizione a decreto ingiuntivo, così da (eventualmente) rimetterne la decisione al giudice competente per quest'ultima. Seppure nelle due ipotesi considerate l'oggetto immediato del giudizio è, formalmente, diverso<sup>(71)</sup>, non sembrano esservi, in effetti e ragionando sostanzialmente,

---

opposta. Se, infatti, nei casi di clausola che incida sul fondamento di merito non vi sarebbero, in effetti, problemi particolari nel riconoscere l'ammissibile deduzione in sede di opposizione all'esecuzione di una contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata per ragioni, appunto, di merito ancorché già deducibili (e in questo starebbe, ovviamente, la deviazione rispetto alla regola generale) – potendo l'opposizione, quale giudizio ordinario a cognizione piena, condurre ad un accertamento dell'esistenza e del modo di essere del credito per cui si agisce esecutivamente, nei casi, appunto, di contestazioni di merito (e non di ordine o di forma) – negli altri casi (in cui la clausola determina una invalidità processuale formale del decreto) sarebbe più complicato conformare l'oggetto del giudizio di opposizione all'esecuzione con questa eccezionale (e che pure deve essere garantita) successiva contestazione di una (mera) nullità formale. Dubita che la soluzione della necessità ed esclusività della opposizione a decreto ingiuntivo sia conforme a quanto richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, cit., 376 s. Critico, in parte, anche A. Crivelli, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto europolitano trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., 390 ss.

<sup>(70)</sup> La contestazione già svolta dal debitore è indice inequivocabile e più che sufficiente per escludere la necessità di un avvertimento che faccia cessare lo stato di non adeguata o non effettiva conoscenza dei propri diritti in capo al debitore che consegue alla mancanza di motivazione e di avvertimento nel decreto ingiuntivo. Né rileva il fatto che la contestazione del debitore si appunti su una sola clausola, residuando, dunque, l'esigenza dell'avvertimento rispetto ad altre clausole non considerate né dal giudice del decreto, né dallo stesso debitore. Nel giudizio a cognizione piena cui dà luogo questa contestazione (previa sua riqualificazione, v. *infra*), il giudice avrà il potere-dovere di rilevare, in senso proprio, officiosamente l'abusività di clausole diverse da quelle individuate dal debitore opponente, e ciò deve ritenersi sufficiente per una tutela effettiva del consumatore.

<sup>(71)</sup> Per il rilievo che la riqualificazione di cui discorrono le Sezioni Unite dia luogo ad

difficoltà nell'ammettere che la contestazione operata dal debitore del diritto di procedere ad esecuzione forzata del professionista in ragione, ad es., dell'abusività della clausola penale da cui trae fondamento il decreto ingiuntivo al tempo non opposto equivalga, in definitiva, alla (medesima) contestazione di merito che il debitore avrebbe potuto proporre nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Seppure, come si diceva, in vista ed in funzione di una diversa pronuncia formalmente parametrata al tipo di rimedio azionato, in entrambi i casi la contestazione riguarda il fondamento di merito della pretesa creditoria del professionista e sarà proprio l'esistenza ed il modo di essere di quest'ultima ad essere oggetto dell'accertamento che, in ogni caso, si forma all'esito dei due giudizi. Poco importa, quindi, che il debitore, proponendo opposizione all'esecuzione ed ivi deducendo l'abusività di una clausola incidente sul fondamento di merito dell'ingiunzione non opposta per una questione già previamente deducibile, abbia così omesso di manifestare la volontà di impugnare il decreto e di ottenere, quindi, una pronuncia di annullamento e/o revoca di quest'ultimo in ragione della infondatezza nel merito, in tutto o in parte, del credito del professionista ed abbia, invece, posto tale motivo (di opposizione) alla base della domanda di accertamento negativo dell'esistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata. La riqualificazione di cui discorrono le Sezioni Unite farà sì, in definitiva, che in tale ultimo caso la riscontrata fondatezza della contestazione del debitore circa l'abusività di una o più clausole contrattuali reagirà non (solo) sull'accertamento negativo del diritto di procedere ad esecuzione forzata ma (prima ancora) determinerà – sempre in ragione, però, della pur così accertata infondatezza, anche solo in parte, della pretesa creditoria del professionista – anche e conseguentemente il venire meno (o, se si preferisce, la revoca e/o l'annullamento) dell'ingiunzione.

Non sembra, in effetti, che possa obiettarsi a tale soluzione il fatto che, attraverso detta attività di (ri)qualificazione, si mancherebbe di rispettare il principio della domanda o della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato: qualora si abbia a che fare con un decreto ingiuntivo non opposto che, eccezionalmente e straordinariamente, possa essere (ancora) contestato sulla base di (determinate) ragioni ancorché già interamente deducibili al momento della scadenza del termine per l'opposizione tempestiva,

---

una «riassunzione innovativa e talora trasformativa in radice dell'oggetto da decidere e degli effetti (caducazione del decreto ingiuntivo e non solo dell'esercizio dell'azione esecutiva)», C. Consolo, *Istruttoria monitoria 'ricarburata' e, residualmente, opposizione tardiva consumistica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e., cit., 1057.*

ciò darà sempre luogo – assecondando il meccanismo escogitato dalle Sezioni Unite – ad un giudizio a cognizione piena avente ad oggetto, limitatamente si intende allo specifico profilo dell'abusività delle clausole, l'esistenza ed il modo di essere del credito ingiunto e la conseguente pronuncia di annullamento (in tutto o in parte) del decreto ingiuntivo potrà ben essere resa d'ufficio dal giudice in quanto, appunto, imposta dalla consentita e, anzi, dovuta (ri)qualificazione del rimedio esercitato<sup>(72)</sup>.

Deve, peraltro, precisarsi che a siffatta qualificazione in termini di opposizione a decreto ingiuntivo dovrà procedersi pure nei casi in cui l'azione di accertamento negativo del diritto di credito ingiunto sia stata proposta dal debitore qualificatosi consumatore, sul presupposto dell'abusività di una o più clausole contrattuali, ancor prima della notificazione dell'atto di precetto<sup>(73)</sup> e che, a nostro avviso, a siffatta (ri)qualificazione

---

(72) Se, in linea generale, il debitore reso destinatario della notificazione di un decreto ingiuntivo proponesse (nei quaranta giorni dalla notificazione) un giudizio dinanzi al giudice di primo grado (eventualmente diverso da quello che ha reso l'ingiunzione; v. *infra*) deducendo la prescrizione del credito e intitolando la sua iniziativa quale (mera) azione di accertamento negativo del credito, a noi pare che il giudice di tale processo ben potrebbe (e, anzi, dovrebbe) qualificare tale iniziativa quale opposizione a decreto ingiuntivo, non essendo a ciò di ostacolo né il fatto che l'atto di citazione introduttivo di questo giudizio non venga espressamente nominato dall'attore quale atto di opposizione, né la circostanza che nelle conclusioni manchi la richiesta di una pronuncia demolitoria del decreto (che, a ben vedere, è una mera conseguenza dell'accertamento della fondatezza della contestazione del debitore e della conseguente inesistenza in tutto o in parte del credito ingiunto). Al più, potrebbe, semmai, ritenersi necessario, per tale qualificazione, che l'atto di citazione contenga un riferimento al decreto ingiuntivo, ancorché poi a ciò non consegua né l'espressa manifestazione di volontà di opporsi ad esso, né la richiesta di annullamento dello stesso. Ma tale precisazione sarebbe, per il caso che ci occupa, irrilevante in quanto, per definizione diremmo, l'opposizione all'esecuzione proposta conterrà il riferimento al titolo esecutivo (ossia, proprio al decreto ingiuntivo) posto a base dell'esecuzione il cui fondamento di merito viene contestato per effetto della dedotta abusività di una o più clausole del contratto. A maggior ragione, la medesima conclusione si impone allorché la contestazione del debitore-consumatore riguardi la pretesa abusività di una clausola incidente sul fondamento di rito dell'ingiunzione non opposta tempestivamente. In tal caso, l'aggressione al titolo in quanto tale (ritenuto viziato perché emesso, ad es., da giudice incompetente perché individuato in una clausola di elezione esclusiva del foro non oggetto di trattativa individuale) sarà verosimilmente ancora più evidente anche nella prospettazione a base della opposizione all'esecuzione.

(73) E, dunque, anche qualora sia stata proposta quella a cui (a nostro avviso, impropriamente; v. *supra*) ci si riferisce quale *actio nullitatis* del decreto ingiuntivo. Se il debitore consumatore ha proposto un'azione dinanzi al giudice competente in primo grado deducendo espressamente di voler così sperimentare un'*actio nullitatis* ma, in realtà, deducendo l'ingiustizia (o la mera nullità) del decreto ingiuntivo a cagione della abusività di una o più clausole, anche tale azione (ancorché proposta dopo la notificazione del precetto o dopo l'inizio dell'esecuzione) andrà a nostro avviso (ri)qualificata come opposizione a decreto ingiuntivo (con le stesse conseguenze in punto di eventuale incompetenza e di contenuto

potrà e dovrà conseguire un provvedimento declinatorio della competenza solo ed esclusivamente nei casi in cui la questione sia rilevata entro la prima udienza del giudizio<sup>(74)</sup> senza che, peraltro, da tale (eventuale) declaratoria di incompetenza in favore del giudice che ha emesso il decreto ed è per ciò funzionalmente competente a decidere l'opposizione a decreto ingiuntivo possa farsi discendere un vincolo quanto all'ammissibilità di tale rimedio per come (ri)qualificato<sup>(75)</sup>.

In ragione di quanto siamo venuti fin qui dicendo, a noi pare anche che il giudice dell'opposizione a precetto proposta dal debitore per contestare (nel merito) il diritto di procedere ad esecuzione forzata – in ragione della dedotta inesistenza, in tutto o in parte, del credito del professionista per effetto della riscontrata abusività di una o più clausole – potrà rendere il provvedimento inibitorio eventualmente richiestogli ai sensi di quanto previsto dal secondo e terzo periodo dell'art. 615, comma primo, c.p.c., ancorché, all'esito della tempestiva (ri)qualificazione del rimedio esercitato dal consumatore in termini di opposizione a decreto ingiuntivo, egli debba dichiararsi funzionalmente incompetente in favore dell'ufficio giudiziario che ha emesso il decreto. A nostro avviso, potrà venire in tal caso in rilievo la regola di cui all'art. 669-*quater* c.p.c. che, come noto, è comunemente interpretata nel senso di concedere, comunque, al giudice della causa di merito il potere di concedere un provvedimento cautelare, quantunque

---

ed effetti della decisione si cui si dice nel testo per l'ipotesi espressamente considerata dalle Sezioni Unite, ossia l'opposizione all'esecuzione).

<sup>(74)</sup> Pertanto, se il debitore ha proposto opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615, comma primo, c.p.c., deducendo l'inesistenza del diritto di credito per cui il professionista ha agito esecutivamente in ragione dell'abusività della clausola penale contenuta nel contratto da cui deriva il credito oggetto del decreto ingiuntivo non opposto, e si è già svolta (non importa se prima o dopo la decisione delle Sezioni Unite) la prima udienza *ex art.* 183 c.p.c. alla pur dovuta (ri)qualificazione in termini di opposizione a decreto ingiuntivo non potrà, comunque, conseguire una pronuncia di incompetenza funzionale del giudice dell'opposizione a precetto nell'ipotesi in cui sia diverso (a livello di ufficio giudiziario, beninteso) da quello che ha emesso l'ingiunzione.

<sup>(75)</sup> Dal fatto, cioè, che il giudice dell'opposizione a precetto (dichiaratamente) proposta dal debitore dopo la notificazione del precetto (ma prima dell'inizio dell'esecuzione) si dichiari incompetente in favore del diverso ufficio giudiziario che ha emesso il decreto ingiuntivo non potrà, cioè, dedursi che il primo ha positivamente valutato l'ammissibilità (sotto il profilo della qualifica di consumatore del debitore opponente e della mancanza nel decreto ingiuntivo della motivazione e dell'avvertimento consumeristici) dell'opposizione a decreto ingiuntivo e, quindi, della astratta possibilità di far valere *post rem iudicatam* una specifica questione già precedentemente deducibile. Al contrario, a questa dichiarazione di incompetenza il giudice perverrà, comunque, sulla base della (mera) prospettazione dell'attore (di essere consumatore e di aver diritto a contestare pur dopo la definitività il decreto non opposto), ancorché di tale prospettazione il giudice stesso fornisca, *ex officio*, (solo) una diversa qualificazione in termini di rimedio concretamente esercitato.

egli non sia in effetti competente. Il giudice dell'opposizione a precetto è, in tale ottica, il giudice di una opposizione a decreto ingiuntivo proposta innanzi ad un giudice incompetente (in ciò dovendosi ravvisare, in definitiva, la ri-qualificazione cui si riferiscono le Sezioni Unite) e, come tale, non incontra particolari limiti nel rendere un provvedimento che incide in via provvisoria sull'esecutività del titolo in ragione di una sommaria valutazione di fondatezza dei motivi di opposizione.

Resta da precisare che, nel caso in cui la questione della competenza funzionale dell'ufficio giudiziario che ha emesso il decreto ingiuntivo venga tempestivamente rilevata entro la prima udienza<sup>(76)</sup> ed il giudice dell'opposizione a precetto, per effetto della riqualificazione<sup>(77)</sup>, si dichiari di conseguenza incompetente, ciò che potrà essere riassunta sarà proprio una opposizione a decreto ingiuntivo con il corollario che l'estinzione che maturerà qualora non sia rispettato il termine di cui all'art. 50 c.p.c. produrrà gli effetti di cui all'art. 653, comma primo, c.p.c. e, dunque, la definitività del decreto anche (oramai) in relazione al profilo dell'abusività di (tutte) le clausole del contratto da cui deriva il credito ingiunto.

L'ulteriore ipotesi prospettata dalle Sezioni Unite è quella della pendenza di una «opposizione esecutiva» nel cui corso emerge un problema di abusività delle clausole del contratto concluso tra consumatore e professionista. In tal caso, secondo quanto rilevato nella motivazione della pronuncia delle Sezioni Unite, il giudice dell'opposizione avrà il potere-dovere di rilevare d'ufficio siffatta questione ed interpellare il consumatore se intenda o meno avvalersi della nullità relativa così rilevata e segnalata; nel caso di risposta affermativa del debitore opponente consumatore, il giudice (della opposizione) non potrà (e non dovrà) decidere la relativa questione ma dovrà, al contrario, limitarsi – dicono le Sezioni Unite – a «dare» al consumatore termine di quaranta giorni per proporre l'opposizione tardiva ai sensi dell'art. 650 c.p.c. L'idea che le Sezioni Unite hanno in mente, come disvelato nel dispositivo, è quella del debitore che, qualificatosi come consumatore, abbia proposto un'opposizione all'esecuzione c.d. successiva, vale a dire con ricorso diretto al giudice dell'esecuzione ai sensi del secondo comma dell'art. 615 c.p.c. per far valere l'abusività di una o più clausole del contratto da cui deriva il credito oggetto del decreto ingiuntivo non opposto, azionato come titolo esecutivo dal professionista.

---

<sup>(76)</sup> V. *supra* nel testo, nonché *retro* alla precedente nota 74.

<sup>(77)</sup> Che, come già rilevato, non creerà alcun vincolo in capo al giudice della causa riassunta, che sarà libero di sindacare i presupposti di ammissibilità del rimedio così come riqualificato.

Se questa è l'ipotesi considerata<sup>(78)</sup>, sembra, allora, innanzi tutto necessario distinguere a seconda che la causa sia già transitata alla fase di merito per effetto dei provvedimenti di cui all'art. 616 c.p.c., ovvero si trovi ancora nella fase sommaria (invariabilmente) destinata a svolgersi innanzi al giudice dell'esecuzione ai fini della concessione del provvedimento di sospensione del processo esecutivo *ex art.* 624 c.p.c. Nel primo caso, la situazione che si verifica ci pare esattamente uguale a quella dinanzi prospettata di opposizione all'esecuzione proposta ai sensi del primo comma dell'art. 615 c.p.c. per contestare il diritto di procedere ad esecuzione forzata per inesistenza del diritto di credito<sup>(79)</sup> cagionata dall'abusività di una o più clausole del contratto da cui deriva il decreto ingiuntivo non (tempestivamente) opposto<sup>(80)</sup>.

Nella seconda ipotesi, invece, si tratta di comprendere come debba comportarsi il giudice dell'esecuzione al quale è devoluta, nella sostanza, una contestazione che, come detto in precedenza, non si fatica a ricondurre (a riqualificare, per usare la terminologia adoperata dalle Sezioni Unite) nei termini di un'opposizione a decreto ingiuntivo<sup>(81)</sup> e che, però, rispetto al caso dell'opposizione preventiva<sup>(82)</sup>, presenta l'indubbia com-

<sup>(78)</sup> A dire il vero, nella motivazione sembra che le Sezioni Unite vogliano riferirsi (anche) all'ipotesi di opposizione all'esecuzione proposta dal debitore per motivi diversi dalla abusività delle clausole. In tal caso, in effetti, il giudice dell'opposizione (che è il giudice dell'esecuzione) potrà esercitare quello stesso potere che gli compete pure nei casi in cui non è adito con ricorso in opposizione *ex art.* 615, comma secondo, c.p.c. e che abbiamo detto risolversi – più che in una vera e propria attività di rilievo officioso della questione dell'abusività – nel rendere al debitore (persona fisica) l'avvertimento eventualmente mancante nel decreto ingiuntivo non opposto che costituisce il titolo esecutivo azionato dal professionista. Deve, quindi, ritenersi che nulla muti rispetto a quanto detto in precedenza se detto meccanismo sanante venga innescato dal giudice dell'esecuzione allorché è adito con un ricorso in opposizione all'esecuzione *ex art.* 615, secondo comma, c.p.c., anziché autonomamente.

<sup>(79)</sup> Ovvero per invalidità del titolo esecutivo, nel caso di clausola abusiva incidente sul presupposto di rito dell'ingiunzione non opposta.

<sup>(80)</sup> Opererà, insomma, anche qui il fenomeno della riqualificazione per come già *supra* descritto e ricostruito.

<sup>(81)</sup> Per tale intendendosi ogni azione in cui si contesta il fondamento di rito o di merito del decreto ingiuntivo stesso per questioni già deducibili al momento della scadenza del termine per opporsi tempestivamente (e, quindi, la sua giustizia o invalidità). Nel caso in cui, infatti, si facesse valere il fatto estintivo del pagamento successivo alla scadenza di detto termine la contestazione non equivarrebbe, nella sostanza, ad una impugnazione del decreto (di cui non si mette in dubbio la giustizia) ma ad un'azione di accertamento negativo del diritto di credito per come (in)esistente in un momento successivo al referente temporale del giudicato.

<sup>(82)</sup> O di quella già transitata alla fase di merito per effetto della già avvenuta pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 616 c.p.c.

plicazione di essere stata proposta in forme diverse da quelle di un giudizio a cognizione piena.

Ciò nonostante, a noi sembra che possa funzionare anche qui – seppure con taluni adattamenti – l'idea di una (ri)qualificazione dell'azione esercitata dal debitore, sin dal principio, quale (sostanziale) opposizione a decreto ingiuntivo rispetto alla quale, però, si porrà la necessità di trasformarsi in giudizio a cognizione piena dinanzi al giudice funzionalmente competente ed eventualmente diverso da quello dell'esecuzione. A tal fine, pertanto, il giudice dell'esecuzione emetterà i provvedimenti di cui all'art. 616 c.p.c. misurando, però, la competenza cui ivi ci si riferisce non all'opposizione all'esecuzione ma all'opposizione a decreto ingiuntivo, con la conseguenza per cui se il decreto ingiuntivo è stato emesso dallo stesso ufficio giudiziario cui appartiene pure il giudice dell'esecuzione questo si limiterà a concedere il termine (non necessariamente di quaranta giorni) per l'introduzione (meglio, per la prosecuzione) del giudizio di merito nelle forme della cognizione piena, mentre nel caso di mancata coincidenza dei due uffici giudiziari il giudice dell'esecuzione concederà il termine per la riassunzione della causa innanzi al giudice funzionalmente competente. In entrambe le ipotesi, è bene precisare, il mancato rispetto del termine (perentorio) determinerà l'estinzione (non di una opposizione all'esecuzione ma) della opposizione a decreto ingiuntivo ultra-tardiva straordinariamente concessa al debitore consumatore con conseguente definitività, a tutti gli effetti e sotto ogni profilo, dell'ingiunzione<sup>(83)</sup>.

---

(83) Deve anche precisarsi che il giudice dell'esecuzione non esercita in tal caso alcun potere cautelare – interinale ai sensi dell'art. 624 c.p.c. (o dell'art. 649 c.p.c., in ragione della riqualificazione) perché, stando alla ricostruzione delle Sezioni Unite, la pronuncia dei provvedimenti necessari per far transitare la causa alla cognizione piena dinanzi all'eventualmente diverso giudice funzionalmente competente implica, di per sé, quella medesima stasi liquidatoria che consegue all'adozione da parte del giudice dell'esecuzione (non adito con ricorso in opposizione) del meccanismo sanante idoneo ad innescare il decorso del termine per l'opposizione di cui si è diffusamente detto in precedenza. Anche in tale ipotesi, quindi, il giudice dell'esecuzione non potrà procedere alla vendita o all'assegnazione, fin tanto che non siano adottati i provvedimenti di cui all'art. 649 c.p.c. (vale, pertanto, anche qui quanto già notato *retro* alla nota 63).

## ATTUALITÀ LEGISLATIVA

---

DANIELA D'ADAMO

Ricercatore nell'Università di Bergamo

### LA CONTUMACIA NEL NUOVO GIUDIZIO ORDINARIO DI PRIMO GRADO DINANZI AL TRIBUNALE

SOMMARIO: 1. *L'iter* della riforma – 2. L'esegesi della disciplina novellata – 3. Conclusioni

1. – La legge 26 novembre 2021, n. 206 di delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata<sup>(1)</sup> ed il decreto legislativo di attuazione 10 ottobre 2022, n. 149<sup>(2)</sup> non hanno modificato la disciplina del processo contumaciale, la quale ha subito solo alcuni interventi di coordinamento, come vedremo non sempre puntuali, dovuti al nuovo assetto del processo di cognizione.

Il legislatore riformatore non ha dato seguito alla proposta di radicale modifica del procedimento contumaciale formulata della Commissione per

---

<sup>(1)</sup> La disciplina, pubblicata il 9 dicembre 2021, si colloca nell'ambito del PNRR; in attuazione della legge delega, il Governo è stato delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della stessa, decreti legislativi per il riassetto formale e sostanziale del processo civile, mediante riforme al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, finalizzate al raggiungimento degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile, nel rispetto della garanzia del contraddittorio, attenendosi ai principi e criteri direttivi previsti dalla delega. L'intervento prevede anche alcune norme – commi da 27 a 36 dell'unitario articolo su cui è modulata – di immediata applicazione, seppur con differimento al centottantesimo giorno successivo a quello dell'entrata in vigore della legge (art. 1, comma 37) e, quindi, entrate in vigore il 22 giugno 2022. Per la lettura della legge delega si veda, tra gli altri, P. Biavati, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna 2022; Aa.Vv., *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. Costantino, Bari 2022; E. Merlin, *È legge la delega al governo per gli interventi sulla giustizia civile (Legge 26 novembre 2021, n. 206)*, in questa *Rivista* 2022, 258 ss.; S. Boccagna, *Le norme sul giudizio di primo grado nella delega per la riforma del processo civile: note a prima lettura*, in *Dir. proc. civ. it. e comp.* 2022, 253 ss.; C. Cavallini, *Verso un nuovo modello del procedimento ordinario di cognizione*, in questa *Rivista* 2022, 161 ss.

<sup>(2)</sup> Pubblicato in G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022, entrato in vigore il 18 ottobre 2022.

l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, presieduta dal Prof. Francesco Paolo Luiso<sup>(3)</sup>.

La proposta Luiso prevedeva, in primo luogo, due ipotesi alternative di modifica della fase iniziale del processo, preordinate ad eliminare i tempi morti del giudizio con particolare riguardo alla prima udienza, il cui unico incombente si riduceva, sostanzialmente, alla concessione dei termini di cui all'art. 183 c.p.c.

Sulla stessa linea e con la medesima finalità si è, poi, proposta la rimodulazione della fase decisoria attraverso l'eliminazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni.

La prima proposta<sup>(4)</sup>, più conservativa, muoveva dal corretto assunto che i tempi irragionevoli del nostro processo civile dipendono essenzialmente da problemi organizzativi e, in particolare, dall'insufficienza del numero dei magistrati rispetto al volume del contenzioso.

Si delinea una netta distinzione tra il rito ordinario e quello semplificato coniato per le cause «semplici», le cui preclusioni maturano già nella fase iniziale del procedimento.

Sotto quest'ultimo profilo, la proposta prevede che il «procedimento sommario di cognizione», introdotto negli artt. 702-*bis*, 702-*ter* e 702-*quater* c.p.c. dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, muti denominazione in «semplificato» e venga trasferito nel libro secondo, quale procedimento a cognizione piena.

Ne consegue che nella fase introduttiva e di trattazione del giudizio ordinario di primo grado, una volta stabilita la coesistenza tra il rito ordinario quello semplificato di cognizione, non occorre apportare alcuna sistematica modifica all'assetto che consente di delimitare il perimetro della materia del contendere in un momento successivo agli atti introduttivi.

Di qui il mantenimento delle tre memorie successive alla prima udienza, più adatto alle cause complesse sotto il profilo soggettivo ed oggettivo. Resta ferma, così, la collocazione delle preclusioni istruttorie in un momento posteriore alla prima udienza, sotto il controllo del giudice.

---

<sup>(3)</sup> Si veda la Relazione della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi presieduta dal Prof. F. P. Luiso, Proposte normative e note illustrative, in [www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione\\_LUISO\\_relazione\\_finale\\_24mag21.pdf](http://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf).

<sup>(4)</sup> Cfr. punto 2, 2.1., art. 3, Fase introduttiva e di trattazione, Proposta A Commissione Luiso.

In questo contesto, i ritocchi sono andati nella direzione di incrementare la flessibilità del processo, consentendo al giudice di rimettere in decisione la causa già in sede di prima udienza, allorché ritenga che la stessa possa essere immediatamente decisa, anche su una questione pregiudiziale o preliminare, di rito o di merito; di rimettere la causa in decisione, senza concedere le memorie; nonché attribuendo al giudicante il potere di modulare, con ampia discrezionalità e tenuto conto delle circostanze del caso, i termini per il deposito delle memorie, fino alla metà di quelli previsti.

La proposta contempera l'esigenza di ragionevole durata del processo, secondo i parametri dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con la salvaguardia del diritto di difesa delle parti.

La solidità di questa impostazione poggia anche sulla negativa esperienza del processo societario che induce a non incorrere nei medesimi errori.

La seconda proposta<sup>(5)</sup>, invece, fa del rito societario il modello di riferimento.

Si prospetta una revisione degli snodi processuali della fase introduttiva e di trattazione, con la definizione del *thema decidendum* e *probandum* in un momento antecedente alla prima udienza di comparizione delle parti, con l'obiettivo della riduzione della durata dei procedimenti, anche attraverso la piena responsabilizzazione di tutti i soggetti coinvolti: gli avvocati, onerati a predisporre una difesa completa sotto il profilo delle allegazioni, difese, domande e dell'apparato probatorio; ed i giudici i quali, avendo il perimetro della controversia, devono concentrare tutte le attività processuali nella prima udienza.

In materia di procedimento contumaciale, operando un drastico cambiamento di rotta rispetto al regime vigente, si è estesa anche al contumace la regola per cui la mancata contestazione rende i fatti allegati dalla controparte non bisognosi di essere provati<sup>(6)</sup>.

Si è optato per l'adozione del principio della *ficta confessio* – già fatto proprio dall'abrogato rito societario di cui all'abrogato d.lgs. n. 5 del 2003 – in luogo di quello della *ficta litiscontestatio*, con la proposta di applicazione al contumace del principio della non contestazione in relazione alle controversie vertenti su diritti disponibili, già vigente nel nostro ordina-

---

<sup>(5)</sup> Cfr. punto 2, 2.2, art. 3, Fase introduttiva e di trattazione, Proposta B Commissione Luiso.

<sup>(6)</sup> Cfr. art. 4 Proposta Commissione Luiso.

mento e consacrato nel comma 1° dell'art. 115 c.p.c., introdotto con la l. 18 giugno 2009, n. 69.

Su questa linea, in materia di diritti disponibili, si considerano non bisognosi di prova per il giudice i fatti allegati da una parte e non specificatamente contestati dalla controparte, anche laddove la non specifica contestazione derivi dalla sua mancata costituzione<sup>(7)</sup>.

In applicazione di tale principio, la proposta prevede, all'art. 3, 3), la modifica del contenuto dell'atto di citazione disciplinato dall'art. 163 c.p.c., inserendo l'avvertimento per il convenuto che la contumacia implica, per le cause aventi ad oggetto diritti disponibili, la non contestazione dei fatti posti a fondamento della domanda.

Strettamente correlata alle proposte che precedono è la revisione della disciplina dell'ordinanza di condanna al pagamento delle somme non contestate, di cui all'art. 186-*bis* c.p.c. per il processo ordinario, ed all'art. 423 c.p.c. per il processo del lavoro, estendendone l'applicabilità alla parte contumace.

Nella legge delega n. 206/2021 e nel d.lgs. n. 149/2022<sup>(8)</sup> vengono individuati prima, ed attuati poi, – almeno negli intenti del legislatore – gli obiettivi di «semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile»<sup>(9)</sup>, nel rispetto della garanzia del contraddittorio. In particolare, si

(7) Non è qui possibile approfondire le diverse concezioni di contumacia come *ficta litiscontestatio* e *ficta confessio*, entrambe legate ad una finzione giuridica della posizione della parte inattiva nel processo: sul tema ci sia permesso il richiamo sul tema a D. D'Adamo, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano 2012 ed i riferimenti ivi annotati. Lo studio compiuto in quella sede dei due modelli di procedimento contumaciale ha messo in rilievo le criticità dei due sistemi: quello adottato dal nostro ordinamento, ispirato alla *ficta litiscontestatio* – e conservato nella riforma – rivela uno squilibrio tra le posizioni rispettivamente della parte costituita e del contumace, a favore di quest'ultimo, che può sfociare nella violazione dei principi cardine che involgono il processo civile. Parimenti squilibrato, questa volta a favore della parte attiva, è il sistema della *ficta confessio*, il quale si giustifica, come il primo, su una finzione giuridica che mina le fondamenta. In generale sulla disciplina della contumacia prima della riforma si veda, tra gli altri, C. Delle Donne, *Tra neutralità e concludenza. La contumacia nel processo civile*, Torino 2019; D. D'Adamo, *Il procedimento in contumacia*, in *Trattato di diritto processuale civile*, diretto dal L. Dittrich., II, Milano 2019, 2311ss.; F. Ferrari, *Commenti artt. 290-294 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, Milano 2012, vol. III, tomo II, 400 ss.

(8) Cfr. la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022 recante attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206 di delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata è reperibile sul sito [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), spec. p. 6 ss.

(9) Cfr. art. 1, comma 1, l. n. 206/2021.

prevedono interventi normativi finalizzati ad operare dentro e fuori al processo, su tre livelli complanari: la revisione del codice di procedura civile, assicurando la semplicità, la concentrazione e l'effettività della tutela e della ragionevole durata del processo<sup>(10)</sup>; l'incentivo all'uso degli strumenti complementari alla giurisdizione; nonché interventi di natura organizzativa, prevedendo e finanziando l'aumento del personale amministrativo ed il potenziamento tecnologico.

In punto di processo civile, la riforma, proseguendo sulla strada tracciata dalla Commissione Luiso, ha ridisegnato il rito ordinario di cognizione, perseguendo l'obiettivo della riduzione dei tempi del processo che deve essere necessariamente temperata con la necessità imprescindibile che il giudice emetta una decisione giusta, basata su un accurato accertamento dei fatti.

Nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022<sup>(11)</sup> si legge che le nuove disposizioni relative al processo ordinario di primo grado<sup>(12)</sup>, finalizzate al perseguimento delle finalità dinanzi indicate, intervengono sulla disciplina della fase introduttiva, con lo scopo di perseguire una maggiore concentrazione e giungere alla prima udienza con la definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*. Siffatta rimodulazione consente al giudice, attraverso le verifiche preliminari anticipate, di compiere un più completo *case management* che può sfociare anche nel passaggio dal rito ordinario a quello semplificato.

Il nuovo modello prevede, inoltre, in attuazione della legge delega, la soppressione di alcune udienze, come quella per il giuramento del consulente tecnico d'ufficio<sup>(13)</sup> e quella di precisazione delle conclusioni, sostituita dallo scambio di note scritte<sup>(14)</sup>.

Anche la fase decisoria del giudizio di primo grado è stata riscritta integralmente, con l'introduzione di termini difensivi finali ridotti e – a ritroso – della finale rimessione della causa in decisione<sup>(15)</sup>.

Il decreto legislativo, all'art. 3, sempre recependo le direttive della legge delega<sup>(16)</sup>, ha rafforzato il modello processuale già esistente, il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., denominato procedimento semplificato di cognizione e reso obbligatorio per

---

(10) Cfr. art. 1, comma 5, lett. a), l. n. 206/2021.

(11) Cfr. Relazione illustrativa, cit., p. 7.

(12) Art. 3 Relazione illustrativa, cit.

(13) Art. 1, comma 17, lett. n), l. n. 206/2021.

(14) Art. 1, comma 5, lett. i), l. n. 206/2021.

(15) Art. 1, comma 17, lett. l), l. n. 206/2021.

(16) Art. 1, comma 5, lett. n), l. n. 206/2021.

ogni controversia, anche di competenza del tribunale in composizione collegiale, quando i fatti di causa non siano controversi, oppure quando la domanda sia fondata su prova documentale o di pronta soluzione o comunque richieda un'attività istruttoria non complessa.

La riforma ci ha, dunque, consegnato un nuovo rito ordinario di cognizione, modulato sulla base di una delle due proposte della Commissione Luiso, nel cui solco si sono collocate la legge delega prima, ed il decreto delegato poi, seppur con qualche correttivo, costituito dall'introduzione, all'art. 171-*bis* c.p.c. (17), di una fase di verifiche preliminari, effettuate dal giudice dopo il deposito dell'atto di citazione e della comparsa di risposta, relative ai presupposti processuali, alle condizioni dell'azione, alle condizioni di procedibilità della domanda, alla validità degli atti introduttivi, alla corretta instaurazione del contraddittorio ed alla sussistenza di litisconsorti pretermessi. Tale fase non era presente nella l. n. 206/2021, il che ha ingenerato dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega (18).

---

(17) L'art. 171-*bis* c.p.c., inserito dall'art. 3, comma 12, lett. i), D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 così prevede: «Scaduto il termine di cui all'art. 166, il giudice istruttore, entro i successivi quindici giorni, verificata d'ufficio la regolarità del contraddittorio, pronuncia, quando occorre, i provvedimenti previsti dagli articoli 102, secondo comma, 107, 164, secondo, terzo, quinto e sesto comma, 167, secondo e terzo comma, 171, terzo comma, 182, 269, secondo comma, 291 e 292, e indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, anche con riguardo alle condizioni di procedibilità della domanda e alla sussistenza dei presupposti per procedere con rito semplificato. Tali questioni sono trattate dalle parti nelle memorie integrative di cui all'art. 171-*ter*. Quando pronuncia i provvedimenti di cui al primo comma, il giudice, se necessario, fissa la nuova udienza per la comparizione delle parti, rispetto alla quale decorrono i termini indicati dall'art. 171-*ter*. Se non provvede ai sensi del secondo comma, conferma o differisce, fino ad un massimo di quarantacinque giorni, la data della prima udienza rispetto alla quale decorrono i termini indicati dall'art. 171-*ter*. Il decreto è comunicato alle parti costituite a cura della cancelleria».

(18) Cfr. l'ordinanza Trib. Verona 22 settembre 2023, dott. Massimo Vaccari, che ha ritenuto la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 171-*bis* c.p.c. per suo contrasto con la legge delega e per contrasto con i principi di cui agli artt. 76 e 77 Cost. In estrema sintesi, il provvedimento evidenzia che la legge delega, pur contenendo, all'art. 1, comma 5, lett. i), alcuni principi molto dettagliati relativi alla fase di trattazione, non prevede alcun intervento anticipato del giudice prima dell'udienza di comparizione delle parti e, parimenti, i principi di cui all'art. 1, comma 5, lett. da c) a g), che disciplinano il contenuto degli atti di parte e i termini del loro deposito, non indicano tra i contenuti delle memorie delle parti, successive agli atti introduttivi, anche la trattazione delle questioni rilevate d'ufficio dal giudice. In altri termini, la l. n. 206/2021, che ha dedicato alla fase preliminare diversi principi di dettaglio, non può aver trascurato un momento processuale così rilevante. Peraltro, le stesse indicazioni della Corte Costituzionale, riportate nel provvedimento di rimessione, per la verifica di conformità delle scelte effettuate del decreto legislativo delegato alla legge delega, sembrano minare la fondatezza della questione solle-

Inopinatamente, però, rispetto alla Proposta della Commissione Luiso, è stata espunta dall'articolato la novella sul procedimento contumaciale ispirata alla mutata concezione di contumacia quale *ficta confessio*.

Ne deriva che, pur a seguito della riforma, la contumacia è considerata alla stregua di una *ficta litiscontestatio* ed i ritocchi della disciplina rispondono unicamente all'esigenza di coordinamento con il nuovo modello processuale della fase introduttiva del giudizio.

Peraltro, come anticipato, il sistema ridefinito in rapporto alla parte inattiva presenta alcune aporie.

2. – Volgendo uno sguardo d'insieme alla fase introduttiva<sup>(19)</sup>, la costituzione delle parti avviene, per l'attore, ai sensi dell'art. 165 c.p.c.,

---

vata. Infatti i principi secondo cui «il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante, condotto alla stregua dell'art. 76 Cost., si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, l'uno relativo alla norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto di norme in cui si collocano e individuando le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione, e l'altro relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega» (cfr. *ex multis* Corte Cost. n. 7 e n. 15 del 1999; n. 276, n. 163, n. 126, n. 425, n. 503 del 2000; n. 54 e n. 170 del 2007) e secondo cui la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati dalla legge delega ed alla *ratio* ad essa sottesa (cfr., *ex multis*, Corte Cost. n. 230 del 2010; n. 98 del 2008; nn. 340 e 170 del 2007, e, più recentemente, n. 272 del 2012), inducono a ritenere la legislazione delegata emanata nell'alveo disegnato da quella di delega. Invero, l'introduzione delle verifiche preliminari da parte del giudice trova spazio nell'esercizio della discrezionalità del legislatore delegato ed è perfettamente coerente con le esigenze di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile che modella la fase introduttiva in modo da favorire una maggiore concentrazione e giungere alla prima udienza, momento centrale del nuovo rito, con la definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, nel rispetto della garanzia del contraddittorio. La novella, invece, persegue evidentemente l'intento di prevenire le storture del sistema che si sono verificate nella vigenza del rito societario nel quale si giungeva di sovente alla prima udienza con un broglio di atti processuali che determinavano rinvii per districarli e porre rimedio a vizi degli atti ed irregolarità od incompletezza dell'instaurazione del contraddittorio. La norma colliderebbe poi, per il tribunale veronese, con il principio del contraddittorio, dunque, con l'art. 24 Cost. laddove consente al giudice di provvedere senza aver consentito alle parti di prendere posizione sulla questione processuale rilevata; tale interlocuzione, peraltro, a parere del giudice rimettente, diversamente a quanto ritenuto dal legislatore delegato, eviterebbe la dilazione dei tempi del processo. Nella stessa ordinanza si rileva anche il contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevolezza, in quanto prevede la decisione del giudice, *inaudita altera parte*, per le questioni rilevabili d'ufficio correlate ai presupposti processuali, condizioni dell'azione, vizi degli atti e difetto di contraddittorio, mentre per tutte le altre non elencate nella norma, pur rilevabili d'ufficio, differisce la decisione alla udienza di prima comparizione.

<sup>(19)</sup> Per uno sguardo d'insieme della fase introduttiva si veda, tra gli altri, F. P. Luiso, *Il nuovo processo civile, Commentario breve agli articoli riformati del c.p.c.*, Milano 2023, 52

entro dieci giorni dalla notificazione della citazione al convenuto e per quest'ultimo, *ex art.* 166 c.p.c.<sup>(20)</sup>, almeno settanta giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, depositando la comparsa di cui all'art. 167 c.p.c. con la copia della citazione notificata, la procura ed i documenti che offre in comunicazione<sup>(21)</sup>.

La valutazione della regolare costituzione delle parti è compiuta, in sede di verifiche preliminari di cui all'art. 171-*bis* c.p.c., nei quindici giorni successivi alla scadenza del termine di costituzione tempestiva del convenuto; in difetto, il giudice dichiara la contumacia della parte inattiva.

Sempre in sede di verifiche preliminari, il giudice accerta la presenza di eventuali atti da notificare al contumace, ai sensi dell'art. 292 c.p.c., ad opera dell'art.171-*bis* c.p.c.

In virtù del novellato art. 171 c.p.c.<sup>(22)</sup>, se nessuna delle parti si costituisce nei termini stabiliti, si applicano le disposizioni dell'art. 307 c.p.c., primo e secondo comma; diversamente, se una delle parti si è costituita entro il termine rispettivamente a lei assegnato, l'altra parte può costituirsi successivamente, ma restano ferme per il convenuto le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.

Infine, la parte che non si costituisce entro il termine di cui all'art. 166 c.p.c. è dichiarata contumace con ordinanza del giudice istruttore, salva la disposizione dell'art. 291 c.p.c.

Dal tenore letterale della norma si desume che il termine ultimo per la costituzione della parte sarebbe quello di settanta giorni prima dell'udienza di comparizione; di talché, la parte che non si costituisce entro tale

---

ss.; S. Menchini, E. Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in questa *Rivista* 2023, 578 ss.; C. Delle Donne, in *La riforma Cartabia del processo civile, Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di R. Tiscini, con il coordinamento di M. Farina, Pisa 2023, 271 ss.; B. Capponi, *Note sulla fase introduttiva del nuovo rito di ordinaria cognizione*, in *Giustiziavivile.com*; P. Lai, *Le nuove regole per l'introduzione della causa nel rito ordinario di cognizione*, in *www.judicium.it*; S. Izzo, *Il giudizio a cognizione piena innanzi al tribunale*, in *Questione Giustizia* 2023, 1, p. 57 ss.

<sup>(20)</sup> Disposizione modificata dall'art. 3, comma 12, lett. e), D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, a decorrere dal 18 ottobre 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 52, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 149/2022.1, comma 17, lett. l), l. n. 206/2021.

<sup>(21)</sup> Disposizione modificata dall'art. 3, comma 12, lett. d), D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, a decorrere dal 18 ottobre 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 52, comma 1, D.Lgs. n. 149/2022, per coordinamento con la modifica dell'art. 163-*bis* c.p.c. da cui è stata espunta la possibilità di richiedere, ad opera dell'attore, l'abbreviazione dei termini.

<sup>(22)</sup> Disposizione modificata dall'art. 3, comma 12, lett. d), D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, a decorrere dal 18 ottobre 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 52, comma 1, D.Lgs. n. 149/2022, per coordinamento con la modifica dell'art. 163-*bis* c.p.c. da cui è stata espunta la possibilità di richiedere, ad opera dell'attore, l'abbreviazione dei termini.

termine è dichiarata contumace dal giudice, in sede in sede di verifiche preliminari *ex art. 171-bis c.p.c.*, nei quindici giorni successivi alla scadenza del termine di costituzione tempestiva del convenuto.

Sotto questo profilo, la Relazione illustrativa al decreto delegato chiarisce che la disposizione dell'art. 171 c.p.c., che disciplina la ritardata costituzione delle parti, è stata oggetto di interventi di coordinamento.

Dal secondo comma della norma in commento è stato infatti eliminato l'inciso in base al quale, nell'ipotesi in cui una delle parti si sia costituita nei termini per essa stabiliti dalla legge, è consentito alla controparte di costituirsi successivamente "fino alla prima udienza". Tale estromissione è giustificata dal fatto che per permettere al giudice di svolgere le verifiche preliminari anteriormente all'udienza, il termine per la costituzione del convenuto deve essere necessariamente fissato in quello tempestivo di cui all'art. 166 c.p.c.; ciò tenuto conto anche della previsione di cui all'art. 291 c.p.c., in punto di costituzione del convenuto, il quale può costituirsi anche successivamente, accettando il processo nello stato in cui si trova e le decadenze ormai maturate, e salve naturalmente le ipotesi di possibile rimessione in termini. Per analoghe ragioni il terzo comma contiene a sua volta una modifica formale, con l'espunzione dell'inciso "neppure entro tale termine" e la sostituzione dell'inciso "entro il termine di cui all'art. 166", a precisare che, dopo tale termine, la parte è dichiarata contumace con ordinanza del giudice istruttore.

In relazione a tale ultima disposizione, posto che il rilievo della contumacia deve essere effettuato dal giudice in sede di verifica preliminare di cui all'art. 171-*bis* c.p.c., la forma del provvedimento dichiarativo è quella del decreto emesso a conclusione dell'attività preliminare: il riferimento all'ordinanza, contenuto nell'ultimo comma dell'art. 171 c.p.c. e già presente nella previgente disposizione, è, all'evidenza, frutto del mancato coordinamento con le disposizioni riformate<sup>(23)</sup>.

La disciplina novellata lascia immutata la possibilità che, a fronte della costituzione tempestiva di una delle parti, le altre parti si costituiscano successivamente *ex art. 293 c.p.c.*, accettando il processo nello stato in cui si trova; l'applicazione della predetta disposizione di legge, rimasta immutata, presuppone che la facoltà di costituzione accordata sino al momento

---

<sup>(23)</sup> La questione è posta in termini problematici in *Relazioni sulle novità normative della riforma "Cartabia", Diritto e procedura civile*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, 118, secondo cui, «se il giudice è tenuto a dichiarare la contumacia subito dopo le verifiche preliminari, e non più all'esito della prima udienza, può porsi il problema se tale provvedimento abbia la natura di decreto o di ordinanza».

dell'udienza di precisazione delle conclusioni – oggi soppressa – debba intendersi, superando ancora una volta un difetto di coordinamento, come possibilità di costituzione tardiva sino alla rimessione della causa in decisione.

Parimenti non modificate sono la disciplina di cui all'art. 292 c.p.c. in punto di notificazione e comunicazione di atti al contumace, nonché quella della rimessione in termini, dettata dall'art. 294 c.p.c.

L'analisi d'insieme delle disposizioni dianzi illustrate suscita alcuni rilievi critici.

In primo luogo, stando alla lettera dell'art. 171, comma 3°, c.p.c., il termine ultimo di costituzione accordato all'attore ed al convenuto è il medesimo e coincide con il termine di costituzione tempestiva del convenuto dei settanta giorni prima dell'udienza, oltre il quale quest'ultimo è esentato dal partecipare attivamente al giudizio: invero la norma prescrive la dichiarazione di contumacia della parte non costituita nel predetto termine.

Peraltro, da una lettura appena attenta del nuovo articolato emerge che il convenuto può beneficiare dell'ulteriore termine nel quale il giudice effettua le verifiche preliminari (di quindici giorni dopo la scadenza del termine di costituzione tempestiva del convenuto o del diverso termine utilizzato dal giudice per l'emissione del decreto preliminare).

Difatti, qualora al momento in cui il giudice effettua le valutazioni preliminari la parte convenuta risulti costituita, seppur tardivamente, il giudice non può dichiarare la contumacia<sup>(24)</sup>; ciò fermo restando che il convenuto tardivamente costituito, come già chiarito, accetta il processo nello stato in cui si trova e decade, ai sensi del combinato disposto degli artt. 166 e 167 c.p.c., dalla possibilità di sollevare eccezioni processuali non rilevabili d'ufficio, di proporre domande riconvenzionali e di chiamare terzi, salva la rimessione in termini di cui all'art. 294 c.p.c.

---

(24) Si veda sulla stessa linea, E. Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario*, cit., 594 ss. Cfr., in senso contrario S. Izzo, *Il giudizio a cognizione piena*, cit., 57 ss., spec. 59, secondo cui il fatto che la costituzione del convenuto avviene oltre il termine indicato dall'art. 166 c.p.c., ma prima che il giudice provveda ai sensi dell'art. 171-bis c.p.c., non evita la dichiarazione di contumacia, posto che, a parer suo, la mancata costituzione nei termini di legge è un dato puramente oggettivo e fattuale e che prescinde dal tempo in cui è dichiarata. Senonché pare irragionevole imporre la dichiarazione di contumacia di una parte che, invece, è costituita in giudizio, seppur tardivamente, in quanto questa soluzione, incoerente con il sistema e con la disciplina di riferimento, imporrebbe la pronuncia contestuale della revoca del provvedimento con cui è dichiarata la contumacia.

L'interpretazione ora proposta è confermata dal nuovo tenore del secondo comma dell'art. 171 c.p.c., poc'anzi illustrato, in virtù del quale, se una delle parti si è costituita entro il termine rispettivamente a lei assegnato, l'altra parte può costituirsi successivamente e, quindi, dopo la scadenza del termine di settanta giorni prima dell'udienza previsti dall'art. 166 c.p.c. <sup>(25)</sup>.

Un'altra aporia del sistema si rinviene in relazione alla disciplina della contumacia dell'attore di cui all'art. 290 c.p.c.

La norma, rimasta intatta a seguito della riforma, stabilisce che, nel dichiarare la contumacia dell'attore a norma dell'art. 171, ultimo comma, c.p.c., il giudice ordina la prosecuzione del giudizio, dando le disposizioni di cui all'art. 187 c.p.c., solo se il convenuto ne fa richiesta; diversamente, viene disposta la cancellazione della causa dal ruolo, e il processo si estingue.

Nel vecchio rito, tale incombente veniva espletato alla prima udienza *ex art.* 183 c.p.c., mentre oggi l'anticipazione delle attività e delle verifiche processuali impone di rimeditare sull'assetto complessivo della disciplina.

La previsione della coincidenza del termine ultimo di costituzione delle parti di settanta giorni prima dell'udienza – fatte salve le considerazioni che precedono in ordine alla possibilità per il convenuto di poter evitare la declaratoria di contumacia in caso di costituzione prima della pronuncia del decreto preliminare – priva il convenuto della possibilità di impostare la sua strategia processuale sulla base della condotta del suo avversario: in altri termini, il convenuto, se l'attore non si è costituito preventivamente, si costituisce al buio, senza sapere se il suo contraddittore rispetterà o meno il termine ultimo di costituzione dei settanta giorni prima dell'udienza.

A fronte di questa evidente falla del sistema e di *vulnus* del diritto di difesa del convenuto che, stando alla lettera della norma, condurrebbe *tout court* alla cancellazione da parte del giudice della causa dal ruolo ed alla estinzione del processo, ai sensi degli artt. 171 e 307 c.p.c. <sup>(26)</sup>, si può tentare di effettuare una ricostruzione differente: si potrebbe attribuire al convenuto – che ha interesse ad ottenere il rigetto della domanda attorea,

---

<sup>(25)</sup> Nei medesimi termini si veda ancora E. Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario*, cit., 595.

<sup>(26)</sup> Così, se dopo la notificazione della citazione nessuna delle parti si è costituita entro il termine stabilito dall'art. 166 c.p.c., il processo deve essere riassunto davanti allo stesso giudice nel termine perentorio di tre mesi, che decorre rispettivamente dalla scadenza del termine per la costituzione del convenuto a norma dell'art. 166 c.p.c., o dalla data del provvedimento di cancellazione; altrimenti il processo si estingue.

la pronuncia di un provvedimento di accertamento negativo del diritto vantato dall'attore o l'accoglimento della domanda riconvenzionale –, in sede di comparsa di risposta, la facoltà di proporre preventivamente al giudice istanza di prosecuzione del giudizio, a fronte dell'eventuale inattività dell'avversario<sup>(27)</sup>.

In questo scenario, con il decreto emesso ai sensi dell'art. 171-*bis* c.p.c., il giudice, dichiarata la contumacia dell'attore, assegnerà i termini per le successive memorie, di cui all'art. art. 171-*ter* c.p.c., fissando la data della prima udienza.

Diversamente, nel silenzio del convenuto in comparsa di risposta sul punto della possibile inerzia dell'attore, si potrebbe ammettere il convenuto medesimo, interessato alla prosecuzione del processo, alla proposizione della relativa istanza nella prima memoria di cui all'art. 171-*ter* c.p.c., magari previa sollecitazione in tal senso ad opera del giudice nel decreto *ex* art. 171-*bis* c.p.c.; così che, a seguito del mancato deposito di tale atto difensivo o della dichiarazione espressa di non voler proseguire il giudizio, il giudice provveda, senza attendere la prima udienza, alla cancellazione della causa dal ruolo, con conseguente estinzione del giudizio<sup>(28)</sup>.

Nel tentativo di coordinamento tra il nuovo rito di cognizione e la contumacia, le disarmonie, purtroppo, proseguono laddove la riforma è intervenuta sull'art. 291 c.p.c., in punto di contumacia del convenuto<sup>(29)</sup>.

In virtù di tale disposizione di legge, se il convenuto non si costituisce e il giudice rileva un vizio che importi nullità nella notificazione della citazione, lo stesso giudice fissa all'attore un termine per rinnovarla, impedendo, in tal modo, ogni decadenza.

---

<sup>(27)</sup> Si veda per questa soluzione C. Delle Donne, in *La riforma del processo civile*, cit., a cura di R. Tiscini, p. 284. L'Autrice prospetta anche una soluzione alternativa in base alla quale il convenuto, scaduto il termine dei settanta giorni precedenti all'udienza in assenza di costituzione dell'attore, depositi in cancelleria un'istanza di prosecuzione del processo. Tale via sarebbe praticabile in considerazione del fatto che dal maturare del termine ultimo di costituzione e la pronuncia del decreto giudiziale di verifica intercorre, di regola, un lasso temporale tale da consentire la presentazione di detta istanza. Questa strada non codificata rende, per la verità, ancora più macchinoso il congegno della fase preparatoria e di trattazione del processo e si potrebbe scontrare con l'eventualità, seppur remota, che la pronuncia giudiziale del decreto avvenga immediatamente dopo il termine ultimo di costituzione delle parti.

<sup>(28)</sup> Cfr. per questa interpretazione F. Luiso, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 65; S. Izzo, *Il giudizio a cognizione piena innanzi al tribunale*, cit., 57 ss., spec. 59. Rileva l'aporia del sistema E. Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario*, cit., 595.

<sup>(29)</sup> In punto di contumacia del convenuto *ex* art. 291 c.p.c. alla luce della riforma cfr. G. Tombolini, in *La riforma del processo civile*, cit., a cura di R. Tiscini, p. 368 ss.

La norma, *in parte qua* riformata<sup>(30)</sup>, subordina la declaratoria di contumacia non più alla mancata costituzione del convenuto all'udienza fissata dal giudice in sede di ordine di rinnovazione, bensì alla mancata costituzione del convenuto "anteriormente alla pronuncia del decreto di cui all'art. 171-*bis*, 2° comma".

La riformulazione della norma è, all'evidenza, poco perspicua.

Lo sforzo esegetico impone di andare oltre la lettera della norma: la nuova disciplina può allora essere ricostruita nel senso che, qualora il Giudice, in sede di verifiche preliminari, dovesse ravvisare la nullità della notifica della citazione, ne dovrà disporre la rinnovazione, fissando la data di una nuova prima udienza, a decorrere della quale dovrà essere effettuato il nuovo computo dei termini relativi alla costituzione del convenuto e dello scambio delle memorie *ex art. 171-ter* c.p.c.

In siffatta ipotesi, l'intero meccanismo si reitera con la conseguenza che, nei quindici giorni successivi alla scadenza del nuovo termine assegnato al convenuto per la sua costituzione in giudizio, il giudice dovrà effettuare nuovamente le verifiche preliminari di cui all'art. 171-*bis* c.p.c. ed emettere un nuovo decreto. In questo caso, naturalmente, le decadenze dalle facoltà processuali del convenuto di cui all'art. 167 c.p.c. matureranno in relazione al nuovo termine di costituzione a lui accordato<sup>(31)</sup>.

Se l'ordine di rinnovazione della citazione non è ottemperato dall'attore, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue a norma dell'art. 307, comma 3°, c.p.c.

3. – Considerazioni di ordine generale in relazione alla scelta del legislatore di mantenere la contumacia come *ficta litiscontestatio*, a fronte del tentativo in sede di *iter* normativo di approdare, con finalità acceleratorie, all'antitetica concezione di *ficta confessio*, mi paiono, allo stato, oziose.

Basti in questa sede il rilievo che la contumacia della parte non comporta, di per sé, nel sistema ridisegnato dalla riforma, nessuna riduzione dei tempi del processo.

---

<sup>(30)</sup> Il secondo comma dell'art. 291 c.p.c. è stato modificato dall'art. 3, comma 23°, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Il testo precedentemente in vigore era il seguente: "Se il convenuto non si costituisce neppure all'udienza fissata a norma del comma precedente, il giudice provvede a norma dell'articolo 171, ultimo comma".

<sup>(31)</sup> Del medesimo avviso sono G. Tombolini, in *La riforma del processo civile*, a cura di R. Tiscini, cit., 368 ss.; C. Delle Donne, in *La riforma del processo civile*, a cura di R. Tiscini, cit., 280 ss.

Sotto questo profilo, essa può tuttalpiù determinare la conversione del rito ordinario nel rito semplificato<sup>(32)</sup>, ai sensi dell'art. 183-*bis* c.p.c., ma senza che questo conduca alla pronuncia della sentenza in tempi più rapidi, posto che la conversione avviene in udienza e le fasi successive di trattazione e decisione tra i due riti sono sovrapponibili<sup>(33)</sup>.

Per volgere uno sguardo di sintesi, la contumacia, dunque, non comporta, di per sé, nessuna accelerazione del processo e la sua disciplina sconta i rilevati problemi di coordinamento con il nuovo modello della fase preparatoria e di trattazione del processo.

La riforma avrebbe dovuto, in un contesto così articolato, prevedere degli addentellati normativi ad ogni snodo processuale, necessari per garantire alle parti la facoltà di scegliere liberamente la miglior strategia processuale, decidendo se e quando partecipare attivamente al giudizio, anche sulla base della condotta processuale avversaria e conoscendo, *ex ante*, i propri poteri e facoltà processuali e le conseguenze del proprio comportamento.

Si tratta, evidentemente, di temi fondamentali che sottendono la salvaguardia del diritto di difesa e che esigono un *corpus* normativo coerente e completo.

Credo che le soluzioni interpretative proposte, atte a superare *l'impasse* della normativa, richiedano conferma in un decreto correttivo volto ad armonizzare il sistema ed a superare le lacune interpretative; sotto questo profilo, la prassi giudiziaria che si sta via via formando sulle nuove norme non conferisce certezza perché disomogenea e sempre passibile di revisione.

---

<sup>(32)</sup> Sul rito semplificato di cognizione si veda, tra gli altri, R. Tiscini, in *La riforma del processo civile*, a cura di R. Tiscini, cit., 395 ss.; A. Carratta, *La riforma del processo civile*, cit., 76 ss.; A. Giussani, *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione*, in questa *Rivista* 2023, 632 ss.; B. Gambineri, *Il procedimento semplificato di cognizione (o meglio il "nuovo" processo di cognizione di primo grado)*, in *Questione Giustizia* 2023, n. 1, 67 ss.

<sup>(33)</sup> L'accelerazione del processo si otterrebbe solo aderendo alla tesi adombrata da parte della dottrina, ma contraria a tenore letterale della norma, che intravede la possibilità per il giudice, di convertire il rito, in sede di emanazione del decreto 171-*bis* c.p.c., dopo aver verificato la contumacia della parte, come esercizio del suo potere di direzione *ex art.* 175 c.p.c.

GIAMPAOLO FABBRIZZI

Magistrato

## CONSIDERAZIONI SUL PROCEDIMENTO SEMPLIFICATO DI COGNIZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ambito di applicazione. – 3. Meccanismi di conversione del rito. – 4. La fase introduttiva. – 5. Le preclusioni e la fase di trattazione. – 6. La fase istruttoria. – 7. La fase decisoria e le impugnazioni. – 8. Conclusioni.

1. – La gestazione del procedimento semplificato di cognizione è stata portata a compimento non senza qualche esitazione del legislatore delegato.

Nel disegno di legge 1662/S, presentato al Senato dal Governo in data 9 gennaio 2020, nel corso della XVIII legislatura, all'art. 3, comma 1°, lett. b), si immaginava infatti non solo una sostanziale sopravvivenza, ma addirittura un parziale primato del procedimento sommario di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., elevato a rango di rito esclusivo ed obbligatorio<sup>(1)</sup> per tutte le cause in cui il tribunale avesse giudicato in composizione monocratica, con esclusione delle controversie assoggettate al rito del lavoro, in guisa da soppiantare integralmente, in tale ambito, il procedimento ordinario di cognizione.

Le cose, però, sono andate diversamente.

Sulla spinta della relazione finale della commissione Luiso, in attuazione dei criteri direttivi stabiliti dalla legge delega (art. 1, comma 5°, lett. n, l. 26 novembre 2021, n. 206), il rito sommario di cognizione, inserito nel capo III-*bis* del titolo I del libro IV del codice di rito, è stato abrogato e con l'art. 3, comma 1°, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, nel codice di procedura civile è stato introdotto, al titolo I del libro II, dopo il capo

---

<sup>(1)</sup> Sul quale v. R. Tiscini, *Nuove proposte di tutela sommaria tra il progetto Luiso e il suo "brutto anatroccolo"*, in *Nuove Leggi civ. comm.* 2021, 1217 ss., spec. 1221 s.; A. Carratta, *Le riforme del processo civile (D.Lgs. 10 ottobre 2022, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206)*, Torino 2023, 77, spec. nota 68.

III-ter, un nuovo capo III-quater, che reca gli articoli da 281-*decies* a 281-*terdecies*.

Con il ripensamento del legislatore, il procedimento semplificato di cognizione coesiste adesso con il rito ordinario<sup>(2)</sup>, disciplinando altresì le forme di proposizione della domanda nelle controversie devolute alla competenza per materia o per valore del giudice di pace (art. 316, comma 1°, c.p.c.).

La nuova collocazione sistematica – all'interno del libro II del codice – la definizione con sentenza, l'attitudine alla cosa giudicata sostanziale, il doppio meccanismo di conversione da rito ordinario a semplificato e viceversa, rappresentano tutti indici che accentuano l'alternatività tra i due procedimenti nell'attuazione della tutela dichiarativa dei diritti, per le cause di minore complessità<sup>(3)</sup>. Ciò è pienamente coerente con l'idea che, come ieri con il rito sommario<sup>(4)</sup>, ci si trovi oggi, con il procedimento

<sup>(2)</sup> Anch'esso interessato da importanti modifiche, sulle quali v. S. Menchini, E. Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al Tribunale*, in questa *Rivista* 2023, 578 ss.

<sup>(3)</sup> Il che, nella prospettiva del legislatore, giustificerebbe una contrazione dei termini per lo svolgimento delle attività assertive e per le deduzioni istruttorie, come emerge a chiare lettere dall'art. 1, comma 5°, lett. n), n. 4, l. 26 novembre 2021, n. 206, nel «prevedere che il procedimento previsto dagli articoli 702-*bis* e seguenti del codice di procedura civile (...) sia disciplinato mediante l'indicazione di termini e tempi prevedibili e ridotti rispetto a quelli previsti per il rito ordinario per lo svolgimento delle difese e il maturare delle preclusioni, nel rispetto del contraddittorio fra le parti». Ma contro questa illusione – risultando inutile, onde contenere la durata dei processi, l'anticipato innalzamento delle barriere preclusive, che si risolvono a svantaggio del diritto di difesa e della corrispondenza tra verità processuale e verità materiale – si è schierata, con diverse sfumature, larga parte della dottrina. Cfr. A. Briguglio, *Avanti con l'ennesima riforma del rito civile (purché sia solo tutt'altro che decisiva ma) modestamente utile e non dannosa*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com) 28.6.2021, 68 ss., spec. 73 ss.; C. Consolo, *Pro futuro. Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile (titolava Franz Klein, 1891). Un mero flash qui e ora ad instar sulla tormentata fase introduttiva*, in *Politica del dir.* 2021, 547 ss., spec. 555; A. Dondi, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 927 ss.; I. Pagni, *Gli obiettivi del progetto di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, in *Politica del dir.* 2021, 573 ss.

<sup>(4)</sup> Nel dibattito dottrinale era infatti ben salda l'idea che gli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. non realizzassero una forma di tutela sommaria, bensì da iscriverne sotto le insegne della cognizione piena, con l'accento posto su di una maggiore snellezza procedimentale. Cfr., tra gli altri, M. Abbamonte, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano 2017, 80; A. Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna 2013, 142, 376; P. Biavati, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 185 ss.; M. Bove, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.* 2010, 447; S. Menchini, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corriere giur.* 2009, 1025 ss.; G. Balena, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*

semplificato, al cospetto di un processo a cognizione piena ed esauriente, anche se con forme più agili di quelle del rito ordinario di cognizione, ma con un più elevato tasso di predeterminazione delle regole di svolgimento, rispetto ai soppressi artt. 702-*bis* ss. c.p.c. <sup>(5)</sup>.

Resta invece escluso ogni possibile connubio tra procedimento semplificato e controversie – a prescindere dalla materia – assoggettate al rito del lavoro di cui agli artt. 409 e 442 c.p.c., sol che si consideri che la relazione di alternatività è postulata nella legge delega soltanto con riguardo al rito ordinario di cognizione, nel mentre è il procedimento semplificato a cedere il passo al rito del lavoro nei casi di connessione qualificata di cui agli artt. 31, 32, 34, 35, 36 c.p.c. tra cause cumulativamente proposte o successivamente riunite (art. 40, comma 3°, secondo periodo, c.p.c.). A tacer d'altro, in caso di conversione del rito semplificato per l'insussistenza dei presupposti di applicabilità, è previsto il transito verso il solo rito ordinario, non già verso altri riti speciali a cognizione piena ed esauriente <sup>(6)</sup>.

2009, V, 324 ss.; R. Caponi, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis seg. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 1115 ss. Nello stesso senso era schierata la giurisprudenza: v. Cass., sez. un., 5 ottobre 2022, n. 28975, in *Foro it. Rep.* 2022, voce *Impugnazioni civili in genere*, n. 26; Cass. 27 giugno 2018, n. 16893, *ivi Rep.* 2018, voce *Procedimento civile*, n. 260; Cass. 14 maggio 2013, n. 11465, *ivi Rep.* 2013, voce *Procedimento civile*, n. 232; Cass., sez. un., 10 luglio 2012, n. 11512, *ivi Rep.* 2013, I, 3561.

<sup>(5)</sup> In questo senso è la dottrina intervenuta nel dibattito. Cfr. E. Dalmotto, *Il procedimento semplificato*, in Aa.Vv., *Lezioni sul nuovo processo civile*, a cura di E. Dalmotto, Bologna 2023, 93; B. Gambineri, *Il procedimento semplificato di cognizione (o meglio "il nuovo" processo di cognizione di primo grado)*, in *www.questionegiustizia.it* 31.5.2023, 12; G. Balena, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *Il Foro italiano – Gli Speciali – 4/2022*, *La Riforma del Processo civile*, a cura di D. Dalfino, Piacenza 2023, 156; A. Carratta, *op. loc. cit.*; F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano 2023, 144; A. Motto, *Prime impressioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *www.judicium.it* 16.1.2023, 1; C. Taraschi, *Riforma processo civile: il nuovo rito semplificato di cognizione*, in *www.ilprocessocivile.it* 8.11.2022, 3; R. Masoni, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *www.giustiziacivile.com* 7.12.2022, 3; A.R. Mingolla, *Il processo semplificato*, in Aa.Vv., *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. Cecchella, Bologna 2023, 170 ss.; R. Tiscini, *Nuove proposte di tutela sommaria*, cit., 1221; Id., *Il procedimento semplificato di cognizione*, 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, 407 ss., spec. p. 410; C. Vellani, *Brevi note alle norme in materia di processo semplificato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 1034 s.

<sup>(6)</sup> Per questi argomenti a favore dell'infungibilità del rito lavoristico, cfr. A. Motto, *op. cit.*, 2 s. Per l'incompatibilità tra il rito del lavoro ed il rito semplificato di cognizione, v. anche la *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione del 1° dicembre 2022*, p. 82, che valorizza il diverso regime delle preclusioni che scandiscono le attività assertive ed istruttorie nei due riti. Su tale regime, v. *amplius*, par. 5.

2. – Nei due commi di cui si compone, l'art. 281-*decies* c.p.c. si occupa di definire il perimetro applicativo del procedimento semplificato di cognizione.

Al primo comma viene previsto che «quando i fatti di causa non sono controversi, oppure quando la domanda è fondata su prova documentale, o è di pronta soluzione o richiede un'istruzione non complessa, il giudizio è introdotto nelle forme del procedimento semplificato».

Ricalcando il dettato dell'art. 1, comma 5°, lett. n), n. 3, l. 26 novembre 2021, n. 206, questa previsione elenca i casi di rito semplificato obbligatorio anche laddove il tribunale giudichi in composizione collegiale.

Il secondo comma, nello stabilire invece che «nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica la domanda può sempre essere proposta nelle forme del procedimento semplificato», rappresenta la valvola di sicurezza di un sistema che sembra mostrare un deciso *favor* per il rito semplificato, rimettendo alle scelte discrezionali del ricorrente la facoltà di introdurre il giudizio nelle forme di cui all'art. 281-*undecies* c.p.c., pur in mancanza delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 281-*decies* c.p.c.

La discontinuità con il previgente regime dettato in tema di rito sommario è apparentemente evidente, riscontrandosi, rispetto all'abrogato art. 702-*bis*, comma 1°, c.p.c., l'allargamento del nuovo rito alle controversie devolute alla cognizione del tribunale in composizione collegiale, nei casi previsti dal primo comma dell'art. 281-*decies* c.p.c., nonché la tipizzazione, ad opera della disposizione da ultimo richiamata, del novero di cause con istruttoria semplificata, che fa da contraltare alla vaghezza della «sommarietà dell'istruttoria richiesta dalle difese delle parti», concetto che, a norma dell'art. 702-*ter*, comma 3°, c.p.c., condizionava debolmente la scelta del giudice, invero ampiamente discrezionale, in ordine alla prosecuzione della trattazione della causa con il rito sommario (7).

Guardando più nel dettaglio, il primo comma dell'art. 281-*decies* c.p.c. istituisce una forma di rito semplificato obbligatorio, operativo anche per le cause devolute alla cognizione del tribunale in composizione collegiale, che scatta: (i) quando «tutti» i fatti di causa sono non contestati, cioè sia i fatti costitutivi, sia i fatti impeditivi, modificativi o estintivi del rapporto dedotto in giudizio, dibattendo le parti su questioni diverse dal nucleo dei fatti posti

---

(7) Comunque, critica nei confronti della nuova formulazione legislativa, che continua a riservare ampi margini di discrezionalità al giudice nell'individuazione delle controversie assoggettabili al rito semplificato di cognizione, si mostra R. Tiscini, *op. ult. cit.*, 412.

a base delle domande e delle eccezioni<sup>(8)</sup>; (ii) quando «la domanda» – qui muta il termine di riferimento, di tal che occorrerà guardare alle domande, principali o riconvenzionali, ovvero svolte da o contro terzi chiamati o intervenuti, dovendo i presupposti sussistere per tutte le domande proposte in causa<sup>(9)</sup> – è fondata su prova documentale; (iii) o è di pronta soluzione; (iv) ovvero richieda un'istruzione non complessa.

Le ultime due ipotesi sono quelle che sollevano la maggior quantità di problemi.

In vero, attesa la formulazione lata e omnicomprendente della fattispecie di chiusura – l'istruzione non complessa, che riecheggia, come per l'abrogato rito sommario, un'attività istruttoria non laboriosa, compatibile anche con l'assunzione di prove costituenti<sup>(10)</sup> – si potrebbe essere indotti a pensare che la non complessità dell'istruttoria<sup>(11)</sup> rappresenti il fulcro comune a tutti i casi di ricorso obbligatorio al rito semplificato. In quest'ottica, allora, anche il presupposto della «pronta soluzione» andrebbe riferito, più che alla domanda, alla prova dei fatti posti a fondamento della domanda stessa<sup>(12)</sup>.

Se però si vuole attribuire al requisito un senso nel quale il lessico legislativo si rispecchi – ove la pronta soluzione è riferita alla domanda,

<sup>(8)</sup> È chiaro, in questo senso, il tenore della legge delega.

<sup>(9)</sup> Lo si desume dall'art. 281-*duodecies*, comma 1°, c.p.c. – norma sulla quale torneremo a breve – quando afferma che il giudice, alla prima udienza, dispone, con ordinanza non impugnabile, la conversione del rito, quando per la domanda principale «o» per la domanda riconvenzionale, non sussistono i presupposti di cui all'art. 281-*decies*, comma 1°, c.p.c., come a significare che si prosegue con il rito semplificato solo se i presupposti sussistono per entrambe le domande. Nella stessa direzione, converge il testo dell'art. 183-*bis* c.p.c., quando, ai fini della conversione dal rito ordinario in semplificato, esige che i presupposti di cui al primo comma dell'art. 281-*decies* c.p.c. sussistano per «tutte le domande proposte».

<sup>(10)</sup> In questo senso, v. Cass. 10 maggio 2022, n. 14734, in *Foro it.* 2023, I, 1620.

<sup>(11)</sup> Elemento non verificabile *a priori*, ciò che rende claudicante l'effettività dei casi di obbligatorietà del rito semplificato, come nota acutamente F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, cit., 133, quando osserva che «al momento della proposizione della domanda non è certo che i presupposti sopra indicati sussistano. Tutto, o quasi tutto, dipenderà dalla posizione del convenuto. Sicuramente ciò avviene per i fatti non controversi; ma anche con riferimento alle altre due condizioni, finché il convenuto non si costituisce non sapremo se esse veramente sono presenti». Nello stesso senso, A. Giussani, *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione*, in questa *Rivista* 2023, 632 ss., spec. 635.

<sup>(12)</sup> Così sembrano orientati A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 78 e E. Dalmotto, *Il procedimento semplificato*, cit., 94, quando, ad ipotesi paradigmatica di domanda di «pronta soluzione», elevano i casi di prove costituenti di rapida assunzione, quali l'esibizione di documenti in possesso della controparte o di terzi, ovvero l'ispezione giudiziale. Se così è, ci riesce però davvero difficile immaginare in che cosa si differenzi la domanda di pronta soluzione dalla domanda che si fonda su di un'istruttoria non complessa.

non già alla prova – verrà fatto di condividere l'opinione di chi annette al testo della norma un significato semantico che allude alla manifesta fondatezza, ovvero infondatezza della domanda, in ragione di una questione preliminare di rito o di merito<sup>(13)</sup>.

Questa chiave di lettura, oltre ad avere il pregio di restituire al requisito della «pronta soluzione» autonomia ed individualità rispetto all'ipotesi residuale della non complessità dell'istruttoria, reca evidenti implicazioni sistematiche, perché introduce tra i casi di ricorso obbligatorio al procedimento semplificato una condizione che guarda alla non complessità della causa, piuttosto che alla semplicità dell'istruttoria<sup>(14)</sup>, in tal guisa creando un duplice elemento di raccordo: (a) il primo, che giustifica il collegamento logico con i parametri – tra i quali figura, appunto «la complessità della lite» – in base ai quali orientare la scelta del giudice adito per la conversione da rito semplificato a rito ordinario e viceversa (art. 281-*duodecies*, comma 1°, c.p.c. e art. 183-*bis* c.p.c.); (b) il secondo, che ancora i presupposti della conversione a criteri non dissimili a quelli elaborati dalla giurisprudenza di legittimità per dare corpo al concetto di «istruttoria (non) sommaria», quando afferma che «la verifica della compatibilità tra istruzione sommaria propria del procedimento di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. e fattispecie concretamente portata in giudizio va effettuata con riferimento non alle sole deduzioni probatorie formulate dalle parti, bensì all'intero complesso delle difese ed argomentazioni che vengono svolte in quel dato giudizio, tenendo conto, tra l'altro, della complessità della controversia, del numero e della natura delle questioni in discussione»<sup>(15)</sup>.

3. – Per chiarire il senso del discorso e sviluppare ulteriormente l'analisi che si va conducendo, conviene muovere dall'esame delle condizioni al ricorrere delle quali scatta il duplice meccanismo di conversione del rito.

Il primo meccanismo è fissato nell'art. 183-*bis* c.p.c., come sostituito dall'art. 3, comma 13°, lett. c), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che testualmente recita: «all'udienza di trattazione il giudice, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria e sentite le parti, se rileva che in relazione a tutte le domande proposte ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 281-*decies*, dispone con ordinanza non impu-

<sup>(13)</sup> In questo senso, A. Motto, *Prime impressioni*, cit., 5.

<sup>(14)</sup> Per l'erroneità del parallelismo tra il concetto di complessità della causa e quello di complessità dell'istruttoria, cfr. A. Dondi, *Obiettivi e risultati*, cit., 938.

<sup>(15)</sup> Cass. 14 marzo 2017, n. 6563, in *Foro it. Rep.* 2017, voce *Procedimento civile*, n. 231, cui *adde* la sopra citata Cass. 10 maggio 2022, n. 14734.

gnabile la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato e si applica il comma quinto dell'articolo 281-*duodecies*».

Il secondo meccanismo è invece recato dall'art. 281-*duodecies*, comma 1°, c.p.c. nel quale è sancito che «alla prima udienza il giudice se rileva che per la domanda principale o per la domanda riconvenzionale non ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 281-*decies*, dispone con ordinanza non impugnabile la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario fissando l'udienza di cui all'articolo 183, rispetto alla quale decorrono i termini previsti dall'articolo 171-*ter*. Nello stesso modo procede quando, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, ritiene che la causa debba essere trattata con il rito ordinario».

Queste disposizioni, che non possono definirsi esattamente simmetriche, ma neppure antitetiche, mobilitano una considerevole quantità di riflessioni, che occorre esaminare separatamente.

L'art. 183-*bis* c.p.c. contempla in via esclusiva il tramutamento del rito ordinario nel procedimento semplificato obbligatorio, quando, in relazione a tutte le domande proposte, ricorrono i presupposti di cui all'art. 281-*decies*, comma 1°, c.p.c. (16).

Per vero, è stato sostenuto che i casi tassativi di procedimento semplificato obbligatorio integrerebbero, per definizione, controversie con istruzione non complessa (17).

Se su quest'assunto si può convenire, non è però accettabile l'idea che con ciò si esaurirebbe anche il distinto sindacato di complessità della lite (18), complessità che si pone in antitesi con la natura semplificata del procedimento di cui agli artt. 281-*decies* ss. c.p.c.

Intendiamo dire che se all'udienza di trattazione il giudice è comunque tenuto a valutare la complessità della controversia, ciò significa che quando anche ricorrono le condizioni di obbligatorietà di cui all'art. 281-*decies*, comma 1°, c.p.c., alla conversione potrà sempre ostare l'elevata difficoltà della causa (19).

(16) Non poteva invece essere contemplata una transizione verso il rito semplificato facoltativo, per le cause devolute alla cognizione del tribunale in composizione monocratica, per l'ovvio rilievo che la primitiva opzione per il rito ordinario palesa l'assenza di interesse dell'attore verso il procedimento, per l'appunto in tale ipotesi facoltativo, di cui agli artt. 281-*decies* ss. c.p.c.

(17) A.R. Mingolla, *Il processo semplificato*, cit., 179.

(18) Sul concetto di «lite complessa», v. R. Caponi, *Processo civile e nozione di controversia «complessa»: impieghi normativi*, in *Foro it.* 2009, V, 136 ss.

(19) *Contra*, A.R. Mingolla, *op. cit.*, 181, il quale osserva che nel processo introdotto con il rito ordinario, all'udienza di comparizione e trattazione il giudice non sarà tenuto ad effettuare la valutazione sulla complessità della causa in generale, ma dovrà declinarla al solo

Specularmente, dalla valutazione di complessità della lite il giudice non può mai esimersi anche nella fattispecie speculare regolata dall'art. 281-*duodecies*, comma 1°, c.p.c.: tanto nel caso in cui ricorrano i presupposti di cui al primo comma dell'art. 281-*decies* c.p.c., quanto nell'ipotesi di procedimento semplificato facoltativo, introdotto nelle cause attribuire alla cognizione del tribunale in composizione monocratica, di cui al secondo comma del medesimo articolo.

Siamo consapevoli che è autorevolmente sostenuta un'opinione diversa, che, leggendo *a contrario* l'art. 281-*duodecies*, comma 1°, c.p.c., primo periodo, intende il sindacato di complessità della lite confinato alle sole ipotesi di rito semplificato facoltativo, laddove, in caso di procedimento semplificato obbligatorio, la positiva verifica dei presupposti di cui all'art. 281-*decies* c.p.c. realizzerebbe la condizione necessaria e sufficiente onde procedere con il rito semplificato<sup>(20)</sup>.

Tuttavia, in sintesi di quanto sopra esposto, ci sembra che, superando l'apparente antinomia di una formula legislativa tutt'altro che perspicua, una pluralità di convincenti argomenti militino nella direzione che è stata tracciata<sup>(21)</sup>: (a) anzitutto, muovendo dal dato letterale dell'art. 183-*bis* c.p.c., complessità della lite e dell'istruzione probatoria rappresentano concetti distinti, l'uno insuscettibile di obliterare l'altro; (b) ad un'istruttoria semplice, che ricalchi i casi tipizzati del primo comma dell'art. 281-*decies* c.p.c., non è escluso corrisponda una lite complessa per la pluralità di parti, per il numero di domande cumulate, ovvero per la complessità della *quaestio facti* o della *quaestio iuris*, ben potendo anche soltanto quest'ultima mal conciliarsi con il modulo decisorio agile di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c. – che non prevede il deposito di scritti difensivi finali – imposto con vincolo di esclusività per la definizione del procedimento semplificato nelle cause devolute al tribunale in composizione monocratica; (c) a meno di non voler cedere ad una surrettizia *interpretatio abrogans*, se il legislatore ha imposto al giudice di valutare la complessità della lite (da una parte) e la complessità dell'istruttoria (dall'altra), significa che, per

---

scopo di verificare che sussistano (o meno) i requisiti dell'art. 281-*decies*, comma 1°, c.p.c., che comportano, in ogni caso, l'utilizzo del procedimento semplificato. Nel senso del testo, invece, G. Balena, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 157; E. Dalmotto, *Il procedimento semplificato*, cit., 95.

<sup>(20)</sup> A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 83; R. Tiscini, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 430.

<sup>(21)</sup> Direzione condivisa da A. Motto, *op. loc. cit.*, nonché da C. Taraschi, *Riforma processo civile*, cit., par. 4. Nello stesso senso è la *Relazione dell'Ufficio del Massimario*, cit., 81.

decidere se adottare un'ordinanza di conversione *ex art. 183-bis c.p.c.*, tale sindacato è logicamente e giuridicamente prioritario rispetto alla verifica dei presupposti di obbligatorietà del rito semplificato di cui all'art. 281-*decies*, comma 1°, c.p.c., perché, ove se ne potesse prescindere, sfuggirebbero il senso e l'utilità della loro menzione nel testo del medesimo art. 183-*bis c.p.c.*; (d) poiché lo scrutinio preliminare di complessità della lite è essenziale per procedere al mutamento del rito ordinario in semplificato, quantunque sussista una delle condizioni di obbligatorietà di quest'ultimo rito, mutando quel che vi è da mutare, non si vede perché una tale essenzialità non debba essere predicata anche nell'ipotesi inversa, cioè a dirsi quando, a parità di esistenza delle condizioni di obbligatorietà del procedimento semplificato, emergano profili di complessità della lite che potrebbero indurre verso l'opzione del rito ordinario; (e) nessun dato letterale dell'art. 281-*duodecies*, comma 1°, c.p.c., autorizza a ritenere che la complessità della lite rappresenti un parametro per l'esercizio del potere giurisdizionale di conversione nel solo caso in cui il mutamento riguardi il procedimento semplificato facoltativo.

Un ultimo sguardo dev'essere rivolto a quanto accade nel caso in cui venga adottata un'ordinanza di conversione del rito.

Anzitutto, tale ordinanza, ricalcando la previgente disciplina in tema di rito sommario di cognizione, non è impugnabile – e, quindi, neppure revocabile *ex art. 177*, comma 3°, n. 2, c.p.c. – tanto se adottata ai sensi dell'art. 183-*bis c.p.c.*, quanto se emanata a norma dell'art. 281-*duodecies c.p.c.* Atteso il carattere non decisorio, ancorché definitivo, non è neppure ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 101, comma 7°, Cost. (22).

Inoltre, ancorché adottata in assenza dei relativi presupposti, l'ordinanza di conversione, coinvolgendo un'attività discrezionale del giudice, è insuscettibile di riflettersi *ad instar* di una causa di nullità del giudizio. Tale principio, affermato dalla giurisprudenza in tema di rito sommario di cognizione (23), deve essere mantenuto fermo anche con riguardo al procedimento semplificato, sempre che la parte non deduca e dimostri che dall'erronea adozione del rito le sia derivata una lesione del diritto di difesa (24).

---

(22) Così, nel solco del previgente orientamento formatosi in tema di rito sommario di cognizione, R. Tiscini, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 431.

(23) Cass. 5 settembre 2019, n. 22158.

(24) Cass. 10 ottobre 2017, n. 23682, in *Foro it. Rep.* 2017, voce *Procedimento civile*, n. 17; Cass. 27 gennaio 2012, n. 1201, *ivi Rep.* 2012, voce cit., n. 214.

Ciò chiarito, nel caso in cui sia il rito semplificato ad essere convertito in rito ordinario, l'art. 281-*duodecies*, comma 1°, c.p.c. stabilisce che il giudice fissa contestualmente l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., rispetto alla quale decorrono i termini per le memorie di cui all'art. 171-*ter* c.p.c.<sup>(25)</sup>. La disposizione risente di un evidente difetto di coordinamento con l'art. 171-*bis* c.p.c., perché non è stabilito in quale momento debbano essere effettuate le verifiche preliminari, momento che in dottrina si è pensato di differire all'udienza di prima comparizione delle parti *ex art.* 183 c.p.c.<sup>(26)</sup>. Tuttavia, tale impostazione ci sembra collidere con l'essenza stessa delle c.d. «verifiche preliminari», che, per loro stessa natura, appaiono tutte prodromiche al regolare svolgimento della prima udienza del procedimento ordinario, sicché è doveroso siano compiute dal giudice prima di provvedere in ordine (ovvero contestualmente) alla conversione<sup>(27)</sup>.

Nell'ipotesi inversa, cioè a dirsi quando sia il rito ordinario ad essere convertito in semplificato – che di semplificato avrà ben poco, trascinandosi tutto il peso di ben tre appendici scritte per ciascuna parte *ex art.* 171-*ter* c.p.c. – l'art. 183-*bis* c.p.c. prevede che si applichi l'art. 281-*duodecies*, comma 5°, c.p.c., il quale stabilisce che «se non provvede ai sensi del secondo e del quarto comma e non ritiene la causa matura per la decisione il giudice ammette i mezzi di prova rilevanti per la decisione e procede alla loro assunzione»<sup>(28)</sup>.

<sup>(25)</sup> Le preclusioni collegate all'esaurimento della prima udienza vengono dunque meno con il passaggio dal procedimento semplificato al rito ordinario, atteso che la complessità della lite giustifica che il contraddittorio si distenda con i termini e le forme di cui all'art. 171-*ter* c.p.c. Sopravvivono peraltro alla conversione del rito, come acutamente rileva G. Balena, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 160, le preclusioni che scattano con gli atti introduttivi.

<sup>(26)</sup> A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 84.

<sup>(27)</sup> Nel senso del testo, v. E. Dalmotto, *Il procedimento semplificato*, cit., 101.

<sup>(28)</sup> Sfugge il senso dell'*incipit* con il quale la disposizione esordisce. Il rinvio al secondo comma è infatti riferito alla chiamata in causa del terzo ad opera dell'attore, mentre il rinvio al quarto comma concerne il termine concesso dal giudice, su istanza di parte, in presenza di un giustificato motivo, per l'appendice scritta della prima udienza, con cui esercitare lo *ius poenitendi* ed ulteriori richieste di prova. Consentire tali attività all'esito della conversione del rito implicherebbe riaprire i termini per l'esercizio di poteri ormai esauriti con il deposito delle memorie *ex art.* 171-*ter* c.p.c. Giustamente critica verso il testo della norma ci sembra quindi R. Tiscini, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 402, la quale, precisa che «pensare che, una volta disposta la conversione, torni a necessitarsi un potere di precisazione e modificazione delle domande (in astratto residuale anche nel rito ordinario) è ipotesi che non ben si concilia con la prospettiva dell'accelerazione dei tempi del processo e della semplificazione delle sue dinamiche».

Ad integrare motivo di conversione del rito, come già si è rilevato, ben può concorrere l'ampliamento dell'oggetto del processo conseguente alla proposizione di domande riconvenzionali. Ma, pure in tal caso, evidente è la discontinuità rispetto al previgente regime dettato dall'art. 702-ter c.p.c.

Oltre a decretare la fine della declaratoria di inammissibilità per il caso di domande riconvenzionali proposte al di fuori dei casi stabiliti dal combinato disposto degli abrogati artt. 702-bis, comma 1°, 702-ter, comma 2°, c.p.c., la nuova disciplina in tema di procedimento semplificato ha opportunamente superato un ulteriore ostacolo al *simultaneus processus*, in passato rappresentato dall'art. 702-ter, comma 4°, c.p.c., che sanciva la necessità di separare la domanda riconvenzionale per la quale soltanto, al contrario della domanda principale, fosse necessaria un'istruttoria non sommaria.

L'art. 281-duodecies, comma 1°, c.p.c. stabilisce ora per entrambe il mutamento del rito nel caso in cui per la domanda principale «o per la domanda riconvenzionale» non sussistano le condizioni di obbligatorietà del ricorso al rito semplificato, in tal guisa recependo le indicazioni di Corte cost. 26 novembre 2020, n. 253<sup>(29)</sup>, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 702-ter, comma 2°, ultimo periodo, c.p.c., nella parte in cui non prevede che, qualora con la domanda riconvenzionale sia proposta una causa pregiudiziale a quella oggetto del ricorso principale e la stessa rientri tra quelle in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, il giudice adito possa disporre il mutamento del rito fissando l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., ed anzi andando oltre, poiché l'omesso riferimento alla tipologia di connessione ben può assurgere a elemento rivelatore della *voluntas legis* di preferire il *simultaneus processus* anche per le ipotesi di domande riconvenzionali non connesse, o comunque avvinte alla domanda principale da una connessione diversa da quella per pregiudizialità, ovvero per incompatibilità<sup>(30)</sup>.

A tal proposito, riterremmo opportuna una puntualizzazione: quella per la quale, se il cumulo oggettivo di cause diventa anche soggettivo, per effetto di una chiamata in causa di terzo, i presupposti del rito semplificato dovranno sussistere per tutte le domande proposte, ivi compresa quella rivolta contro il terzo, pena la conversione del rito. Non lo dice espressamente l'art. 281-duodecies, comma 1°, c.p.c., ma lo si ricava per analogia

---

<sup>(29)</sup> In *Foro it.* 2021, I, 19, con nota di R. Metafora, *La parziale incostituzionalità dell'art. 702-ter c.p.c. e il mutamento di rito nel caso di domanda riconvenzionale legata da un nesso di pregiudizialità-dipendenza con quella principale.*

<sup>(30)</sup> R. Tiscini, *op. ult. cit.*, 433.

dall'art. 183-*bis* c.p.c.: quel che vale per mutare da rito ordinario in semplificato deve valere, per simmetria, per continuare con la trattazione semplificata sin dall'origine prescelta.

4. – La fase introduttiva, declinata nella disciplina delle forme della domanda, dell'instaurazione del contraddittorio e della costituzione delle parti, ricalca, sia pur con talune differenze ed alcune opportune precisazioni, quella approntata per il previgente rito sommario di cognizione dall'abrogato art. 702-*ter* c.p.c.

L'atto introduttivo condivide in larga parte lo schema dell'atto di citazione.

A norma del primo comma dell'art. 281-*undecies* c.p.c., il ricorso, infatti, mutua i propri referenti contenutistici dal nuovo testo dell'art. 163 c.p.c., con il rinvio ai nn. da 1 a 6 – incluso il nuovo 3-*bis*, che prevede la necessaria indicazione dell'assolvimento dell'eventuale condizione di procedibilità – ed agli avvertimenti di cui al n. 7 del comma 3°, escluso ogni rimando alle altre prescrizioni (indicazione del giorno dell'udienza, invito al convenuto a costituirsi almeno settanta giorni prima) incompatibili con la disciplina del rito semplificato.

L'imperare degli algoritmi informatici per l'assegnazione automatica dei procedimenti e la generalizzazione dell'obbligo di deposito telematico degli atti processuali e dei documenti (ivi compresa la nota di iscrizione a ruolo), a norma dell'art. 196-*quater* disp. att. c.p.c., hanno giustificato l'eliminazione, nel nuovo testo dell'art. 281-*undecies* c.p.c., del secondo comma dell'art. 702-*ter* c.p.c., avendo la digitalizzazione soppiantato la formazione fisica del fascicolo da parte del cancelliere e la trasmissione al presidente del Tribunale per la designazione, nel rispetto dei criteri oggettivi e predeterminati cristallizzati nelle tabelle di organizzazione degli Uffici giudiziari, del magistrato affidatario della trattazione del procedimento.

Il giudice designato, in base al nuovo art. 281-*undecies*, comma 2°, c.p.c., entro cinque giorni dalla designazione, fissa ora direttamente con decreto l'udienza di comparizione delle parti, assegnando il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire (oggi come allora) non oltre dieci giorni prima dell'udienza. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto a cura dell'attore. Tra il giorno della notificazione del ricorso e quello dell'udienza di comparizione debbono intercorrere termini liberi non minori di quaranta giorni se il luogo della notificazione si trova in Italia e di sessanta giorni se si trova all'estero.

I termini di comparizione, di cui è stata espressamente indicata l'indole di termini liberi, sono stati incrementati dunque da 30 a 40 giorni (60 se la notifica ha da eseguirsi all'estero).

Non sembra convincente l'idea, pur autorevolmente sostenuta, che il giudice non possa assegnare un termine per la costituzione, da calcolarsi a ritroso dalla data dell'udienza, più ampio dei dieci giorni (venti o trenta, ad esempio) previsti dalla legge, idea che si reggerebbe sul presupposto che, diversamente, si comprimerebbe il termine a difesa, intercorrente tra la notificazione del ricorso e l'udienza, a disposizione del convenuto<sup>(31)</sup>.

In realtà, la norma fornisce all'interprete una duplice chiave di lettura: (i) è stabilito un termine «minimo»<sup>(32)</sup> a comparire di quaranta o sessanta giorni, a seconda che la notifica sia destinata in Italia o all'estero; (ii) è indicato un termine per la costituzione che non può essere fissato «oltre» – *scilicet*: meno di – dieci giorni prima dell'udienza.

Nulla vieta quindi che il termine di comparizione ecceda quello minimo, così come nulla autorizza a ritenere che il termine per la costituzione del convenuto non possa essere determinato ancor più a ritroso rispetto ai dieci giorni prima dell'udienza<sup>(33)</sup>.

Se questi termini sono mobili, allora, ciò che davvero ci sembra sia impedito è (soltanto) comprimere l'effettivo termine minimo a difesa per il convenuto, che per differenza, si determina in trenta giorni, se la notifica deve essere effettuata in Italia, ed in cinquanta giorni, per l'eventualità di notifica all'estero.

Ciò posto, sancisce l'art. 281-*undecies*, comma 3°, c.p.c. che il convenuto si costituisce mediante deposito della comparsa di risposta, nella quale deve proporre le sue difese e prendere posizione in modo *chiaro e specifico* sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comu-

<sup>(31)</sup> F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, cit., 136.

<sup>(32)</sup> Che si tratti di termine minimo lo si ricava dalla piana dicitura della relazione illustrativa del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

<sup>(33)</sup> In questo, senso, sotto l'imperio dell'abrogato art. 702-*bis*, comma 3°, c.p.c. – che avvertiva che la costituzione del convenuto «deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza» – cfr. Cass. 24 settembre 2018, n. 22495, *Foro it. Rep.* 2018, voce *Procedimento civile*, n. 259, secondo la quale l'inciso era da intendersi non già nel senso che la costituzione dovesse avvenire non prima del decimo giorno anteriore all'udienza; al contrario, poiché la disposizione era volta a garantire che all'udienza di comparizione le parti arrivassero già preparate sui temi di lite e, quindi, che la parte ricorrente avesse avuto il tempo sufficiente per esaminare approfonditamente le difese della parte intimata, si imponeva di interpretare detto disposto normativo nel senso di «non più tardi del decimo giorno anteriore all'udienza».

nicazione, nonché formulare le conclusioni. A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non sono rilevabili d'ufficio.

Rinviando al paragrafo successivo la trattazione organica delle preclusioni e della definizione del *thema probandum* attraverso il meccanismo della non contestazione all'interno del procedimento semplificato, possiamo qui limitarci ad osservare che l'elemento innovativo del modo di essere – «chiaro e specifico» – della presa di posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento del ricorso, non sembra spartire alcunché con il principio generale di chiarezza e sinteticità – enunciato enfaticamente nell'art. 121 c.p.c. per gli atti processuali nel loro complesso – incarnando piuttosto, attraverso un'endiadi, i requisiti che la negazione dei fatti allegati dal ricorrente deve possedere affinché quei medesimi fatti possano definirsi controversi e, dunque, bisognosi di prova onde essere posti a fondamento della decisione.

Il quarto ed ultimo comma dell'art. 281-*undecies* c.p.c., nel disciplinare la chiamata in causa del terzo ad istanza del convenuto, ricalca pedissequamente il previgente art. 702-*ter*, comma 5°, c.p.c., apportando tuttavia un importante correttivo, cancellando cioè l'espressa limitazione alla sola chiamata del terzo in garanzia, chiamata che è ora possibile anche nelle ipotesi di comunanza di causa, secondo il dettato dell'art. 106 c.p.c. (34).

5. – L'introduzione di un maggior coefficiente di determinatezza nella disciplina delle preclusioni costituiva uno degli obiettivi che il legislatore delegante aveva fissato per l'esercizio della delega.

A mente dell'art. 1, comma 5°, lett. n), n. 4, l. 26 novembre 2021, n. 206, il procedimento semplificato avrebbe dovuto essere infatti «disciplinato mediante l'indicazione di termini e tempi prevedibili e ridotti rispetto a quelli previsti per il rito ordinario per lo svolgimento delle difese e il maturare delle preclusioni, nel rispetto del contraddittorio fra le parti».

---

(34) E, pertanto, nessun impedimento potrà opporsi, ad esempio, alla chiamata in causa del terzo «vero legittimato passivo», ossia del terzo al quale il convenuto, negandola per sé stesso, imputi l'effettiva titolarità dal lato passivo del rapporto controverso, introducendo una causa connessa per alternatività con quella azionata nei confronti dello stesso convenuto. E sarà altresì consentita la chiamata in causa non innovativa del terzo coobbligato in solido con il convenuto, all'interno della causa principale introdotta dall'unico creditore contro uno dei debitori in solido, al fine di estendere all'altro condebitore l'accertamento del modo di essere del debito solidale, in modo da non doverne più ridiscutere nel caso di futuro esperimento dell'azione di regresso.

L'intento del legislatore delegante era dunque evidente: colmare, sul punto, le – da più parti denunciate – lacune nella disciplina del rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., con particolare riguardo ad una delle questioni cruciali per l'esercizio del diritto di difesa, cioè a dirsi la predeterminazione delle barriere preclusive per le deduzioni istruttorie<sup>(35)</sup>, in guisa da introdurre un modulo procedimentale in cui si rispecchiasse la garanzia del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

Se tale era dunque il *quid novi* che ci si sarebbe potuti ragionevolmente attendere nell'attuazione della delega, ebbene, non si può esitare nel dire come quell'obiettivo non sia stato per nulla centrato<sup>(36)</sup>.

Infatti, con l'entrata in vigore del procedimento semplificato e l'abrogazione del rito sommario di cognizione, persiste l'incognita concernente il termine entro cui è possibile per il ricorrente, per il resistente e per il terzo chiamato in causa, dedurre prove costituenti e depositare documenti, con l'aggiunta dell'ulteriore complicazione rappresentata dall'introduzione dell'art. 281-*duodecies*, comma 4°, c.p.c., che stabilisce che «se richiesto e sussiste un giustificato motivo, il giudice può concedere alle parti un termine perentorio non superiore a venti giorni per precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni, per indicare i mezzi di prova e produrre documenti, e un ulteriore termine non superiore a dieci giorni per replicare e dedurre prova contraria».

---

<sup>(35)</sup> Il serrato contrasto all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità aveva visto contendersi il campo tra pronunce che ponevano l'accento sull'esigenza che le parti – ed in primo luogo il ricorrente – deducessero sin dagli atti introduttivi tutte le istanze istruttorie ritenute necessarie per adempiere all'onere probatorio ex art. 2967 c.c. (Cass. 5 settembre 2019, n. 22158; Cass. 5 ottobre 2018, n. 24538, in *www.judicium.it* 19.1.2019, con nota di A. Mengali, *La Corte di Cassazione interviene sulle preclusioni istruttorie e sui poteri del giudice nel procedimento sommario di cognizione*) e decisioni che, per converso, pur confermando come fosse pur sempre il vincolo di strumentalità delle deduzioni istruttorie rispetto alla delibazione preliminare sulla conversione del rito, il baricentro del ragionamento in ordine all'individuazione delle barriere preclusive in tema di articolazione dei mezzi di prova, ritenevano compatibile con la struttura del procedimento sommario imporre che le richieste di prova potessero essere formulate, al più tardi, anche nel corso dell'udienza destinata all'assunzione della predetta decisione interinale, ovvero fino alla pronuncia dell'ordinanza di cui all'art. 702-*ter*, comma 3°, c.p.c. (Cass. 31 agosto 2021, n. 23677, in *www.lanuovaproceduracivile.com* 3.11.2021; Cass. 26 aprile 2021, n. 10987; Cass. 7 gennaio 2021, n. 46, in *Guida dir.* 2021, 6, 36, con nota di G. Finocchiaro, *Il principio del contraddittorio impone di individuare il limite delle preclusioni*; in *Giur. it.* 2021, 2122, con nota di E. Ebau, *Preclusioni istruttorie nel rito sommario di cognizione*; Cass. 18 dicembre 2015, n. 25547, in *Foro it.* 2016, I, 2156). In generale, sul tema delle preclusioni nel rito sommario di cognizione, sia consentito il rinvio al nostro *Termini e preclusioni nel rito sommario di cognizione*, in *Giur. it.* 2021, 1766 ss.

<sup>(36)</sup> Dello stesso tenore è l'opinione di E. Dalmotto, *Il procedimento semplificato*, cit., 103.

Su questo snodo centrale del procedimento semplificato si registrano già idee largamente divergenti.

Secondo una prima opinione, avallata, per quanto è dato constare, dall'Ufficio del Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione<sup>(37)</sup>, la barriera preclusiva per le richieste di prova sarebbe da riconnettere, per entrambe le parti, già agli atti introduttivi. Il fatto che per poter indicare mezzi di prova e produrre documenti, nonché per dedurre prova contraria, oltre la prima udienza, sia posta una condizione, rappresentata dal ricorrere di un «giustificato motivo», non starebbe a significare altro che l'implicita volontà del legislatore di onerare le parti di compiere quest'attività sin dai primi atti introduttivi. A rafforzare questa convinzione soccorrerebbe l'analogia con il rito del lavoro, perché anche l'art. 420, comma 5°, c.p.c., consentirebbe alle parti, in udienza, di richiedere le prove che non abbiano potuto proporre prima<sup>(38)</sup>.

Altra dottrina nega siano configurabili preclusioni sin dagli atti introduttivi per le attività istruttorie, potendo le parti chiedere ed ottenere dal giudice la fissazione di un doppio termine all'uopo strumentale, sol che si deduca, quale giustificato motivo «una maggiore complessità della vicenda processuale sulla base delle argomentazioni difensive, eccezioni e domande riconvenzionali già spiegate, nonché della correlata esigenza di tutelare il diritto al contraddittorio e di difesa delle parti», purché la complessità non sia tale da giustificare il mutamento del rito<sup>(39)</sup>.

Per altra autorevole opinione, invece, così come nell'abrogato rito sommario di cognizione – almeno secondo la tesi allora maggioritaria in giurisprudenza – le preclusioni per le deduzioni istruttorie dovrebbero essere calibrate in modo da risultare funzionali alla decisione del giudice in ordine alla conversione del rito, ovvero alla prosecuzione nelle forme semplificate, alla stregua del vigente parametro valutativo della «comples-

<sup>(37)</sup> *Relazione dell'Ufficio del Massimario*, cit., 82 s.

<sup>(38)</sup> A. Motto, *Prime impressioni*, cit., 7 s., il quale, del tutto coerentemente, individua sempre negli atti introduttivi, il termine ultimo per le allegazioni in fatto: con riguardo all'attore – o al convenuto che propone domanda riconvenzionale – di tutti i fatti costitutivi della domanda, anche se non identificativi del diritto eteroindividuato fatto valere; con riguardo al convenuto, di tutti i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi posti a base delle eccezioni. Nello stesso senso sembra orientato anche Dalmotto, *op. cit.*, 102, quando ritiene che, se non sussistono giustificati motivi per la concessione del termine per lo svolgimento dell'appendice scritta, le attività che ivi sarebbero consentite non sono permesse neppure in prima udienza.

<sup>(39)</sup> C. Taraschi, *Riforma processo civile*, cit., 9 s. e, per quanto è dato intendere, A.R. Mingolla, *Il processo semplificato*, cit., 184, 192; R. Masoni, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 8.

sità dell'istruttoria», cosicché le decadenze scatterebbero con l'esaurirsi della prima udienza di trattazione<sup>(40)</sup>.

Infine, secondo altra dottrina, le preclusioni per le attività istruttorie non maturerebbero che con il decorso dei termini per l'appendice scritta di cui all'art. 281-*duodecies*, comma 4°, c.p.c., termini che dovrebbero essere sempre concessi per l'indicazione di prove ammissibili e rilevanti, in relazione alle quali il giustificato motivo – se non riferito esclusivamente allo *ius corrigendi* – dovrebbe per ciò solo dirsi sempre *in re ipsa*<sup>(41)</sup>.

Riepilogate le principali impostazioni sin qui emerse, cominceremmo con l'osservare che se disconoscere l'arretramento della barriera preclusiva in punto di deduzioni istruttorie sino agli atti introduttivi, come fa la seconda tesi, ci trova concordi, altrettanto non possiamo dire con riguardo alla delimitazione dell'insidioso perimetro (o meglio, doppiamente insidioso) del «giustificato motivo», perché da un lato rimette all'arbitrio del giudice, senza l'ausilio di criteri sufficientemente predeterminati, la verifica circa la sussistenza del presupposto; dall'altro, è invece foriero di inevitabili commistioni con il concetto di complessità della lite rilevante ai fini della conversione del rito, costringendo il giudice, ogni volta, ad una defatigante *actio finium regundorum*.

Peraltro, neppure la prima e l'ultima tesi sembrano davvero persuasive.

Non l'ultima.

Equiparare il giustificato motivo alla necessità di dedurre una prova ammissibile e rilevante conduce dritti verso l'*interpretatio abrogans* del presupposto legittimante la concessione del termine per l'appendice scritta. Se il legislatore ha ritenuto necessario introdurlo, l'interprete non può esimersi dall'attribuirgli un qualche significato utile. Farlo coincidere con l'ammissibilità e rilevanza della prova costituenda implicherebbe degradarlo ad un ruolo meramente esornativo, cioè a dirsi ad inutile duplicato delle condizioni di ammissibilità dei mezzi di prova.

Invero, per quanto ben argomentata, neanche la prima impostazione ci sembra convincente.

Anzitutto, se si guarda al rito semplificato obbligatorio, viene immediatamente fatto di opporre il paradosso tra l'introduzione di una causa ai sensi dell'art. 281-*decies*, comma 1°, c.p.c., deducendo a sostegno del ricorso la prognosi circa la non contestazione dei fatti costitutivi della

<sup>(40)</sup> A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 82. In senso analogo, G. Balena, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 162.

<sup>(41)</sup> R. Tiscini, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 424, 435 s.

domanda, e la necessità di dedurre al contempo le istanze istruttorie<sup>(42)</sup>. Le due cose, in tutta evidenza, non sono agevolmente conciliabili sul piano della logica.

In secondo luogo, prova troppo poco dire che, siccome la concessione del termine *ex art. 281-duodecies*, comma 4°, c.p.c., è subordinata al riconoscimento di un giustificato motivo, allora le istanze istruttorie dovrebbero essere necessariamente inserite negli atti introduttivi, perché la conclusione non rappresenta affatto un'implicazione automatica della premessa. Una tale dimostrazione verrebbe infatti congruamente avvalorata solo attraverso l'argomentata esclusione di altre fasi idonee al compimento di quell'attività.

In terzo luogo, non potrebbe non apparire un'anomalia – ovvero, a tutto concedere, una curiosa coincidenza – la scelta di modulare il regime delle preclusioni istruttorie all'interno del procedimento semplificato proprio ad immagine di quel rito laburistico rispetto al quale, come anticipato in premessa, nessuno dubita vi sia un'assoluta incompatibilità, impeditiva di qualsiasi forma di tramutamento.

Ora, non ci nascondiamo che l'elaborazione del parallelismo tra l'art. 420, comma 5°, c.p.c. e l'art. 281-*duodecies*, comma 4°, c.p.c., sia capace di esercitare una qualche suggestione.

Ma questa suggestione ci sembra dal fiato corto, perché, in primo luogo, vi è un disallineamento cronologico, nella configurazione della barriera preclusiva dei due riti, che non può rimanere senza ripercussioni. Nel rito del lavoro, le prove che la parte non ha potuto dedurre prima, giustificate dalle difese della controparte, devono essere proposte in udienza<sup>(43)</sup>, in logica consecuzione al dato pacifico che, altrimenti, come regola generale, le prove vanno richieste negli atti introduttivi, che ne rappresentano il primo momento utile antecedente. Stando così le cose, tramutando lo stesso principio nel procedimento semplificato, viene allora da immaginare che se le prove che non si sono potute dedurre prima sono consentite all'interno dell'appendice scritta, che si svolge come diramazione della prima udienza, il primo momento antecedente utile per dedurle è proprio la prima udienza. Se quindi si fosse voluto davvero ricalcare la disciplina del rito del lavoro in punto di preclusioni istruttorie, anticipandole agli atti introduttivi, sarebbe stato logico reiterare la stessa disciplina anche per la deduzione delle prove consequenziali alle sopravvenienze processuali.

---

<sup>(42)</sup> Nello stesso senso, C. Vellani, *Brevi note*, cit., 1036.

<sup>(43)</sup> Cass. 26 febbraio 2008, n. 5026, in *Foro it. Rep.* 2008, voce *Lavoro e previdenza (controversie in materia di)*, n. 89.

In secondo luogo, è radicalmente diverso il contesto della prima udienza (di comparizione o di discussione) in cui quelle norme vanno ad incasellarsi.

Nel rito del lavoro, vi è una concentrazione delle attività da svolgere (ammissione e assunzione delle prove, fatto salvo il rinvio ad un'udienza nei giorni feriali immediatamente successivi, *ex art.* 420, comma 8°, c.p.c., nonché decisione della causa) nella – tendenzialmente unica – udienza di discussione.

Non così, invece, nel procedimento *ex art.* 281-*decies* ss. c.p.c.

Nella prima udienza, nel fondamentale vaglio preliminare focalizzato sulla verifica delle condizioni di ammissibilità del rito semplificato e sull'eventuale mutamento in favore del rito ordinario, continua ancora oggi a rivendicare una predominante centralità lo scrutinio che concerne la complessità dell'istruttoria<sup>(44)</sup>.

Pertanto, se si ripudia l'idea dell'ancoraggio delle preclusioni istruttorie agli atti introduttive se, al contempo, si è disposti a concedere che la prima udienza continui ancora oggi ad incarnare teleologicamente un meccanismo di predisposizione della più conveniente base decisoria per l'eventuale esercizio del potere di conversione del rito, non potrà che aderirsi all'impostazione teorica che individua nell'esaurimento di quella stessa udienza il termine ultimo per (fisiologicamente) dedurre prove costituente e depositare documenti<sup>(45)</sup>.

Dell'adesione a questo inquadramento non può non risentire, in chiave sistematica, la risoluzione di altri problemi che, al modo corollari, si presentano in logica consecuzione alla fissazione di questa prima premessa.

Anzitutto, viene in considerazione la decodificazione del significato del «giustificato motivo» a sostegno della richiesta di concessione del doppio termine per l'appendice scritta della prima udienza.

A tali fini, un dato ermeneutico essenziale non può essere trascurato: tutte le attività difensive espressamente regolate dall'*art.* 281-*duodecies*

---

<sup>(44)</sup> Il parametro valutativo viene infatti in gioco: (a) sempre, nei casi di procedimento semplificato obbligatorio, trattandosi di fattispecie tipizzate di istruttoria non complessa, fatto salvo il caso, se si accede all'impostazione già proposta nel testo, della domanda di pronta soluzione; (b) nei casi di procedimento semplificato introdotto ai sensi dell'*art.* 281-*decies*, comma 2°, c.p.c., congiuntamente allo scrutinio di (non) complessità della lite.

<sup>(45)</sup> A nostro avviso, quest'ordine di idee riesce ulteriormente convincente nel quadro di una tendenziale unitarietà di matrice tra procedimento semplificato e rito sommario di cognizione, unitarietà fatta palese dalla stessa legge delega, laddove, all'*art.* 1, comma 5°, lett. n), l. 26 novembre 2021, n. 206, si proclama con enfasi che «l'*art.* 702-*bis* e seguenti del codice di procedura civile: 1) sia sistematicamente collocato nel libro II del codice di procedura civile; 2) assuma la denominazione di 'procedimento semplificato di cognizione'».

c.p.c. sono percorse dall'elemento unificante della strumentalità all'attuazione del contraddittorio<sup>(46)</sup>. Se così è, non possiamo credere che con la formula del «giustificato motivo» il legislatore abbia inteso distaccarsi da questo solco<sup>(47)</sup>, perché siamo persuasi che, diversamente, non avrebbe impiegato una dicitura di tale vaghezza. Ed allora, ricorre un giustificato motivo, quante volte, durante lo svolgimento della prima udienza, il processo subisca uno sviluppo dialettico tale da innescare il bisogno della replica consequenziale all'altrui attività difensiva, attività, quest'ultima, che, laddove svolta nella stessa udienza, giustifica un'attuazione differita del contraddittorio, a tutela del diritto di difesa, nel doppio termine di cui all'art. 281-*duodecies*, comma 4°, c.p.c.<sup>(48)</sup>.

È anche chiaro che la norma, al suo interno, non fa alcuna distinzione a seconda dell'attività processuale da compiere. L'indole sopra descritta del «giustificato motivo» non oscilla quindi sol perché il doppio termine viene richiesto al fine di precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già proposte<sup>(49)</sup>. Pertanto, per regola di base, quest'attività

<sup>(46)</sup> Così F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, cit., 142.

<sup>(47)</sup> In questo senso, A. Motto, *Prime impressioni*, cit., 9, che, alla diversa formulazione letterale del terzo e del quarto comma dell'art. 281-*duodecies* c.p.c., fa corrispondere la *voluntas legis* di attribuire un'effettiva diversità di significato alle due disposizioni, nel senso che sola la prima regolerebbe le possibilità di replica alle attività difensive dell'avversario, mentre la seconda risponderebbe alla logica di consentire una «migliore messa a fuoco delle difese, indipendentemente dallo svolgimento del giudizio».

<sup>(48)</sup> Nello stesso senso, cfr. B. Gambineri, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 23. Per alcuni esempi di sopravvenienze in prima udienza, suscettibili di integrare «giustificato motivo», v. F.P. Luiso, *op. loc. cit.*, che cita la tardiva costituzione del convenuto o il rilievo d'ufficio di eccezioni in senso lato. A quest'elenco potremmo aggiungere, tra le altre, l'esercizio, in udienza, dello *ius poenitendi*, la proposizione di eccezioni che sono conseguenza delle domande riconvenzionali o delle eccezioni proposte dalle altre parti, l'intervento volontario di un terzo che si costituisca con comparsa in prima udienza o in prossimità della stessa. Si tratta quindi di sopravvenienze che impediscono alla parte di procedere in un momento anteriore alle richieste di prova, ovvero alla modificazione ed alla precisazione delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni proposte.

<sup>(49)</sup> Sul concetto di domanda nuova o modificata, v. la fondamentale Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in questa *Rivista* 2016, 807, con nota di E. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*; in *Foro it.* 2015, I, 3174, con nota di A. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*; *ivi* 2016, I, 255, con nota di C.M. Cea, *Tra mutatio ed emendatio libelli: per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*; in *Giusto proc. civ.* 2016, 389, con nota di M. Monnini, *Le sezioni unite ammettono la «modificazione» delle domande sino alla prima memoria ex art. 183, 6° comma, c.p.c.: una spinta per la rivitalizzazione della fase orale e scritta di trattazione?* In senso conforme, Cass., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, in questa *Rivista* 2019, 1300, con nota di L. Dittrich, *Sulla successiva proposizione della domanda di arricchimento senza causa nel processo avente come domanda principale la condanna all'adempimento contrattuale*; in *Foro it.* 2019, I, 989; in *Giur. it.* 2019, 511, con nota di P. Gallo, *Le sezioni unite*

va svolta al più tardi in prima udienza, salvo che, per l'appunto, sia proprio ciò che in quest'ultima è sopravvenuto a giustificare lo svolgersi dell'appendice scritta<sup>(50)</sup>.

La tendenziale cristallizzazione del *thema probandum* non oltre l'esaurirsi della prima udienza, al termine della quale il giudice dovrà pronunciarsi su di un'eventuale conversione del rito, induce poi a ritenere che il convenuto debba prendere posizione sui fatti affermati dal ricorrente sin dalla comparsa di costituzione tempestivamente depositata, ovvero, al più tardi, nell'ipotesi di costituzione tardiva, in prima udienza, durante la quale potrà essere il ricorrente a contestare i fatti allegati nella comparsa di costituzione e risposta, in entrambi i casi legittimandosi l'istanza di concessione del termine di cui all'art. 281-*duodecies*, comma 4°, c.p.c., per giustificato motivo<sup>(51)</sup>. Pertanto, quando, postulando un parallelismo

---

*e la proponibilità dell'azione di arricchimento senza causa; in Corriere giur.* 2019, 263, con nota di C. Consolo e F. Godio, *Le sezioni unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria; in Nuova giur. civ. comm.* 2019, I, 249, con nota di E. Italia, *La modifica della domanda: dal contratto all'ingiustificato arricchimento; in Giur. it.* 2019, 1848, con nota di C. Novella, *Arricchimento senza causa: le sezioni unite di nuovo sui confini dell'emendatio libelli; in Resp.* 2019, 515 (m), con nota di L.M. Angeletti, *Le nuove frontiere dello ius variandi e la lettura funzionale delle sezioni unite verso una decisione nel merito della res deducta; Cass.* 14 febbraio 2019, n. 4322, in *Giur. it.* 2019, 2656, con nota di C. Novella, *Opposizione a d.i.: ammissibile il cumulo tra l'azione monitoria di pagamento dei canoni di locazione e la domanda subordinata di indennità di occupazione sine titulo; Cass.* 9 febbraio 2021, n. 3127, in *Foro it. Rep.* 2021, voce *Procedimento civile*, n. 163.

<sup>(50)</sup> Cfr. A. Giussani, *Le nuove norme sul rito semplificato*, cit., 638, il quale, da questa possibilità, fa derivare che la complessità della lite ben possa palesarsi soltanto all'esito dell'esaurimento dell'appendice scritta della prima udienza, con la conseguente ammissibilità, sul piano logico-giuridico, di un'ordinanza di conversione «tardiva», cioè pronunciata oltre tale udienza, contrariamente a quanto dettato nell'*incipit* dell'art. 281-*duodecies*, comma 1°, c.p.c.

<sup>(51)</sup> Non ci sembrava condivisibile allora, come non ci sembra condivisibile oggi, il diverso principio affermato sotto l'imperio del rito sommario di cognizione, da Cass. 9 settembre 2021, n. 24415, *ivi Rep.* 2021, voce *Procedimento civile*, n. 170, secondo la quale «la valutazione della condotta processuale del convenuto, agli effetti della non contestazione dei fatti allegati dalla controparte, deve essere correlata al regime delle preclusioni che la disciplina processuale connette all'esaurimento della fase entro la quale è consentito ancora alle parti di precisare e modificare, sia allegando nuovi fatti – diversi da quelli indicati negli atti introduttivi – sia revocando espressamente la non contestazione dei fatti già allegati, sia ancora deducendo una narrazione dei fatti alternativa e incompatibile con quella posta a base delle difese precedentemente svolte; ne deriva che nel procedimento sommario di cognizione, fino alla sua eventuale conversione in rito ordinario con la fissazione dell'udienza di trattazione di cui all'art. 183 c.p.c., non può rinvenirsi né letteralmente, né sistematicamente, alcuna non prevista preclusione». In realtà, contrariamente a quanto ritenuto dalla pronuncia sopra richiamata, l'anzidetta preclusione era sistematicamente da riconnettere ad un momento antecedente all'esaurimento dell'analogo termine per l'esercizio delle

con le preclusioni del processo ordinario di cognizione – in cui si ritiene che la contestazione, ovvero la ritrattazione di una pregressa non contestazione, siano possibili sino al termine per precisare o modificare le domande ai sensi dell'art. 183 c.p.c.<sup>(52)</sup> – si va a sostenere che nel procedimento semplificato il termine ultimo per contestare in maniera chiara e specifica i fatti allegati dall'avversario coincida con il primo termine dell'appendice scritta, deputato alla precisazione e modificazione delle domande<sup>(53)</sup>, si compie un'affermazione che riteniamo, per un duplice aspetto, inesatta, provando, allo stesso tempo, troppo, o troppo poco.

Prova troppo, perché oblitera il significato attribuibile al «giustificato motivo»: se la formula declina la sequenzialità fra oneri assertivi, di contestazione e probatori, l'attività di contestazione dovrebbe arretrare, per regola, agli atti introduttivi, ovvero non oltre la prima udienza, tramutando in eccezione, collegata alle sopravvenienze, la contestazione effettuata nel primo termine di cui all'art. 281-*duodecies*, comma 4°, c.p.c. Per altro verso, però, prova troppo poco, perché se nell'anzidetto primo termine il ricorrente modifica per giustificato motivo la domanda, sostituendola, come gli è consentito, con altra in rapporto di alternatività sostanziale, all'altra parte dovrà essere consentito di contestarne i fatti costitutivi – trattandosi di replica all'altrui attività difensiva – nel secondo termine non superiore a dieci giorni.

Chiariti questi aspetti essenziali, le ulteriori, fondamentali attività da compiere, a pena di decadenza, in prima udienza ed espressamente disciplinate dalla legge, sono: (i) la chiamata in causa del terzo ad istanza dell'attore, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto (art. 281-*duodecies*, comma 2°, c.p.c.); (ii) la proposizione delle eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni proposte dalle altre parti (art. 281-*duodecies*, comma 3°, c.p.c.)<sup>(54)</sup>.

---

facoltà istruttorie, a meno di non essere disposti a concepire un'udienza nella quale una parte avrebbe dovuto dedurre prove prima dell'eventuale contestazione, ancora possibile, degli stessi fatti oggetto del *thema probandum*. In senso conforme alla pronuncia citata, cfr., peraltro, A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 86.

<sup>(52)</sup> Cass. 2 dicembre 2019, n. 31402, in *Foro it.* Rep. 2019, voce *Prova civile in genere*, n. 32; Cass. 29 novembre 2013, n. 26859, *ivi* Rep. 2013, voce *Appello civile*, n. 73.

<sup>(53)</sup> C. Taraschi, *Riforma processo civile*, cit., 10 s. Nello stesso senso è la *Relazione dell'Ufficio del Massimario*, cit., 83.

<sup>(54)</sup> Non ci sembra possa trarre in inganno il differente *incipit* dei due commi, perché se è vero che il terzo comma esordisce espressamente con «a pena di decadenza», riferito alle eccezioni in replica, il secondo utilizza una formula equipollente («entro la stessa udienza») per delimitare il momento ultimo in cui l'attore può chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo.

Iniziamo da queste ultime, non senza aver prima rimarcato che il combinato disposto delle due norme sopra richiamate conferma sistematicamente, qualora ve ne fosse ancora bisogno, la naturale vocazione della prima udienza a luogo in cui si articola il principio di trattazione orale, che consente alle parti non solo di dedurre fatti contrari ostativi alle altrui eccezioni, ma anche di proporre attività difensive inedite, purché consequenziali alle attività processuali dell'avversario immediatamente antecedenti<sup>(55)</sup>.

È senz'altro da condividere una lettura elastica dell'art. 281-*duodecies*, comma 3°, c.p.c., ma in direzione duplice, vale a dire sia con riguardo alle attività consentite in replica – non soltanto eccezioni, ma anche mere difese, laddove si tratti di contestare i fatti nuovi posti alla base delle eccezioni delle altre parti o della domanda riconvenzionale – sia con riguardo ai presupposti che quelle attività consentono, a tanto la parte risultando legittimata pure in presenza di un'eccezione rilevata d'ufficio dal giudice, ovvero di una mera difesa<sup>(56)</sup>.

Residuano invece dubbi sull'effettiva volontà del legislatore di negare o ammettere la proponibilità di domande nuove in replica e, segnatamente, la *reconventio reconventionis* dell'attore, sulla quale, ambigualmente, l'art. 281-*duodecies*, comma 3°, c.p.c., tace.

Dubitiamo che una volontà di segno negativo possa trarsi dall'idoneità di tale attività difensiva ad ampliare l'oggetto del giudizio e, di riflesso, ad incidere sui presupposti di ammissibilità del procedimento semplificato, ovvero dalla possibilità di soddisfare le esigenze difensive attraverso la deduzione di un diritto incompatibile in via di eccezione, anziché in via di azione<sup>(57)</sup>. In primo luogo, perché non è di per sé la nuova domanda a provocare il venir meno dei presupposti del procedimento semplificato; a provocarlo, sono semmai i fatti costitutivi della domanda stessa, se sprov-

<sup>(55)</sup> Cfr. F.P. Luiso, voce *Processo di cognizione*, in *Enc. dir., Agg.*, II, Milano 1998, 780. Va da sé che queste attività presuppongono la tempestiva costituzione del convenuto, ovvero del terzo chiamato in causa, perché una loro costituzione tardiva – e l'esplicazione di attività difensive non precluse da tale intempestiva costituzione – implicherebbe un giustificato motivo per la richiesta dell'appendice scritta della prima udienza.

<sup>(56)</sup> A. Motto, *Prime impressioni*, cit., 9 s.

<sup>(57)</sup> Così, invece, A. Motto, *op. cit.*, 10. Nel senso che l'impedimento alla proponibilità della *reconventio reconventionis* sarebbe temperato dall'ampia possibilità di modificare la domanda originariamente proposta, cfr. G. Balena, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 161, al quale però potrebbe opporsi l'obiezione che la domanda modificata si pone in rapporto di alternatività rispetto alla domanda originaria, sostituendosi a quest'ultima, mentre la *reconventio reconventionis* integra una domanda nuova che si aggiunge alla precedente.

visti degli attributi di cui all'art. 281-*decies*, comma 1°, c.p.c. In secondo luogo, perché il diritto di difesa non è soddisfatto con l'allegazione di un fatto-diritto in via di eccezione allo stesso modo della sua deduzione in via di azione, che dà luogo alla formazione di un accertamento con efficacia di giudicato sulla situazione giuridica incompatibile. In terzo luogo, perché sfuggirebbe la coerenza di un sistema che da una parte consente all'attore di allargare soggettivamente ed oggettivamente il giudizio con la chiamata in causa del terzo, mentre dall'altra gli nega il diritto di proporre la *reconventio reconventionis* <sup>(58)</sup>.

Non riconoscere l'ammissibilità delle domande riconvenzionali in replica alle altrui attività difensive esporrebbe quindi l'art. 281-*duodecies*, comma 3°, c.p.c., a sospetti di incostituzionalità, per l'irragionevole disparità di trattamento rispetto all'art. 171-*ter* c.p.c., che, nel rito ordinario, un'analoga attività invece permette con il deposito della prima memoria integrativa <sup>(59)</sup>.

La chiamata in causa del terzo ad istanza dell'attore, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto, è regolata dall'art. 281-*duodecies*, comma 2°, c.p.c., che così recita: «entro la stessa udienza l'attore può chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Il giudice, se lo autorizza, fissa la data della nuova udienza, assegnando un termine perentorio per la citazione del terzo. Se procede ai sensi del primo comma il giudice provvede altresì sulla autorizzazione alla chiamata del terzo. La costituzione del terzo in giudizio avviene a norma del terzo comma dell'art. 281-*undecies*».

Il significato della disposizione, solo apparentemente chiaro, può essere così ricostruito.

Se, in prima udienza, l'attore formula una chiamata in causa del terzo consequenziale alle difese del convenuto, al giudice che intenda autorizzare la chiamata si prospettano due opzioni, strettamente dipendenti dalla decisione da assumere in ordine alla conservazione, ovvero al mutamento, del rito in origine prescelto dall'attore. Se il giudice si pone nel solco della scelta del procedimento semplificato, nell'autorizzare la chiamata in causa,

<sup>(58)</sup> Analogo rilievo è formulato da B. Gambineri, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 22.

<sup>(59)</sup> In questo senso, A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 85. Secondo E. Dalmotto, *Il procedimento semplificato*, cit., 104, il constatato disconoscimento del diritto alla *reconventio reconventionis* dovrebbe essere corretto disponendo la conversione del rito semplificato in ordinario, oppure applicando l'art. 101, comma 2°, c.p.c., in modo da emendare la lesione al diritto di difesa del ricorrente e consentirgli di proporre la nuova domanda all'interno del procedimento semplificato.

figgerà una nuova udienza, concedendo il termine perentorio per la citazione del terzo. Il terzo dovrà costituirsi a norma del terzo comma dell'art. 281-*undecies* c.p.c. Se invece il giudice muta il rito – quando cioè «procede ai sensi del primo comma» – provvederà altresì sull'autorizzazione alla chiamata in causa, ma, a questo punto, la disciplina di riferimento sarà quella dettata dall'art. 269, comma 3°, c.p.c., secondo e terzo periodo. Pertanto, il giudice figgerà una nuova udienza, concedendo al ricorrente il termine perentorio per notificare la citazione del terzo, nel rispetto dei termini di cui all'art. 163-*bis* c.p.c. La costituzione del terzo avverrà non già a norma del terzo comma dell'art. 281-*undecies* c.p.c. – come l'ambigua formulazione dell'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 281-*duodecies* c.p.c. lascerebbe intendere – bensì a mente dell'art. 271 c.p.c.

Residua peraltro un difetto di coordinamento tra l'art. 281-*duodecies*, comma 2°, c.p.c. e gli artt. 171-*ter*, comma 1°, n. 1, 269, ult. cpv., c.p.c., atteso che, una volta provveduto sull'autorizzazione alla chiamata in causa contestualmente al mutamento del rito, sarebbe stato quanto mai opportuno sancire espressamente una preclusione per quest'attività, ormai consumata all'interno del procedimento semplificato, sebbene in funzione del prosieguo del processo nelle forme del rito ordinario. Questo coordinamento è invece mancato e, per effetto delle due disposizioni da ultimo richiamate, dopo il mutamento del rito e con la prima memoria integrativa, sembrerebbe per l'attore possibile richiedere l'autorizzazione alla chiamata del terzo consequenziale alle difese del convenuto<sup>(60)</sup>.

6. – Sotto l'imperio dell'art. 702-*ter*, comma 5°, c.p.c., il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procedeva nel modo ritenuto più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto dell'accertamento richiesto. Ciò aveva indotto ad assumere che le prove – non soltanto documentali, bensì anche costituenti – ben potessero essere assunte con modalità deformalizzate<sup>(61)</sup>, ovvero

---

<sup>(60)</sup> Per vero, il problema si pone soltanto se nella prima udienza del procedimento semplificato il ricorrente abbia effettivamente richiesto di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo. Se non lo ha fatto, ed il giudice ha convertito il rito semplificato in ordinario, non è dubitabile che il termine si sposti in avanti sino alla prima memoria integrativa *ex art.* 171-*ter* c.p.c. Sicché, in assenza di indicazioni di segno palesemente contrario, deve ritenersi che la scadenza del termine per il deposito di tale memoria rappresenti sempre e comunque il momento ultimo per l'esercizio della facoltà in esame, ancorché il giudice abbia già statuito sul punto prima della conversione del rito, non riuscendo convincente l'elaborazione di una preclusione mobile *secundum eventum litis*.

<sup>(61)</sup> Cass. 10 maggio 2022, n. 14734, in *Foro it.* 2023, I, 1620.

lasciando al giudice il compito di conformare in concreto le concrete modalità di assunzione delle prove<sup>(62)</sup>.

La nuova formulazione dell'art. 281-*duodecies*, ult. cpv., c.p.c., è invece sintomatica della volontà di omogeneizzare le modalità di assunzione della prova, senza distinzioni a seconda della scelta del rito, ordinario o semplificato che sia.

Precipuamente, la disposizione da ultimo richiamata, confermando la tendenziale concentrazione tra definitiva fissazione del *thema probandum*, ammissione e assunzione della prova nella medesima udienza, decreta che, una volta «ammessi i mezzi di prova rilevanti per la decisione», il giudice procede alla loro «assunzione» – e non già, «nel modo ritenuto più opportuno», al compimento degli «atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto dell'accertamento richiesto» – di tal che quella che viene istituita è una perfetta simmetria nelle modalità di assunzione delle prove, che non soffre di eccezioni in ragione del rito prescelto da colui che introduce la causa<sup>(63)</sup>.

---

<sup>(62)</sup> Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 10, in questa *Rivista* 2013, 1538, con nota di P. Sandulli, *Profili di costituzionalità del rito sommario nel giudizio di opposizione alla stima dell'indennità espropriativa*; in *Giur. cost.* 2013, 239, con nota di R. Caponi, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria nel processo civile*.

<sup>(63)</sup> F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, cit., 142 s.; A.R. Mingolla, *Il processo semplificato*, cit., 189 ss.; A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 87; A. Motto, *Prime impressioni*, cit., 11 s. *Contra*, R. Tiscini, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 439 secondo la quale «se il *discrimen* che separa rito ordinario di cognizione e rito semplificato consiste non tanto nell'intensità della cognizione, quanto nelle formalità che accompagnano l'attività assertiva e asseverativa, è consequenziale ritenere che l'attività istruttoria sia consentita nella forma più ampia e approfondita, ma nella totale deformalizzazione, il che induce a considerare non solo possibile, ma anche auspicabile l'invocazione delle modalità atipiche di formazione e acquisizione della prova nel processo». Tali considerazioni prestano però il fianco al rilievo che la cognizione piena non è separabile dalla predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dei corrispondenti poteri, doveri e facoltà processuali delle parti e del giudice relativi, tra gli altri, ai meccanismi di conoscenza del fatto, il che implica la predeterminazione delle modalità di assunzione delle prove nel processo. Ciò non significa che non residuino poteri discrezionali in capo al giudice, ma questi non dovrebbero essere suscettibili di incidere sul contenuto della decisione, ovvero dovrebbe trattarsi di poteri limitati alla scelta del mezzo di prova da disporre d'ufficio o alla determinazione del termine concesso alle parti, poteri comunque controllabili in sede di impugnazione. Per queste osservazioni, si rinvia ai fondamentali studi di A. Proto Pisani, *Usi e abusi della tutela camerale ex art. 737 ss. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta ai giudici)*, in *Riv. dir. civ.* 1990, 393 ss., 412-415; Id., *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.* 2002, V, 65 ss., spec. 73.

7. – L'art. 281-*terdecies* c.p.c. innova profondamente la disciplina della fase decisoria e delle impugnazioni del provvedimento conclusivo del processo semplificato.

Anzitutto, il modulo decisionale per il quale il legislatore ha optato, in coerenza con la non complessità della lite assoggettata al rito in esame, è quello della trattazione orale, con decisione contestuale, ovvero con riserva di deposito del provvedimento nei termini di cui all'art. 281-*sexies*, ult. cpv., c.p.c., per le cause decise dal tribunale in composizione monocratica, ovvero nei termini di cui all'art. 275-*bis*, ult. cpv., c.p.c., nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione collegiale.

In conformità ad una precisa direttiva del legislatore delegante, è ora espressamente sancito che il provvedimento conclusivo del procedimento semplificato assuma la forma di sentenza, avente, come l'aveva prima l'ordinanza *ex art. 702-ter* c.p.c., attitudine al giudicato. La ragione ispiratrice di tale modifica ha trovato in dottrina spiegazioni non omogenee. Si è sostenuto che l'opzione per la sentenza risponderebbe alla necessità di meglio adeguare i caratteri del procedimento semplificato alle forme strutturali della cognizione piena ed esauriente<sup>(64)</sup>. Altri hanno invece sottolineato, con una giusta dose di pragmatismo, che la modifica consentirebbe di agevolare il censimento statistico della produttività dei magistrati, anche al fine di equiparare, in termini di rendimento, lo sforzo profuso dal giudice nella definizione di un processo con rito semplificato, anziché con rito ordinario<sup>(65)</sup>. Aggiungeremmo anche che la previsione è in linea con la regola cardine della tendenziale alternatività tra rito semplificato e rito ordinario.

La discussione potrebbe sembrare oziosa, ma lo è solo in apparenza.

Individuare in uno dei modi sopra indicati la ragion d'essere della espressa previsione della forma del provvedimento decisorio legittima infatti a sostenere che quel fondamento non introduce un elemento di specialità dal quale non è mai consentito deflettere nel definire il procedimento semplificato, favorendo così un responso positivo al quesito concernente l'ammissibilità della decisione con ordinanza delle sole questioni di competenza, ai sensi degli artt. 44 e 279, comma 1°, c.p.c.<sup>(66)</sup>, salvo che si tratti di opposizione a decreto ingiuntivo – e sempre che se ne ammetta

---

<sup>(64)</sup> A.R. Mingolla, *Il processo semplificato*, cit., 195.

<sup>(65)</sup> R. Tiscini, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 442.

<sup>(66)</sup> Per la decisione con ordinanza delle questioni che coinvolgono la sola competenza, v. A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 88, nota 87; A. Motto, *Prime impressioni*, cit., 14; R. Tiscini, *op. ult. cit.*, 428.

la trattazione con rito semplificato<sup>(67)</sup> – nel qual caso il provvedimento conclusivo, avendo il duplice contenuto di statuizione sulla competenza e di declaratoria di nullità del decreto, dovrà rivestire la forma della sentenza<sup>(68)</sup>.

La decisione della causa mediante trattazione orale reca il corollario secondo cui il termine «lungo» per proporre l'impugnazione, *ex art.* 327 c.p.c., decorre dalla data della pronuncia, che equivale, unitamente alla sottoscrizione del relativo verbale da parte del giudice, alla pubblicazione prescritta nei casi ordinari dall'art. 133 c.p.c., con esonero, quindi, della cancelleria dalla comunicazione della sentenza *ex art.* 176 c.p.c.<sup>(69)</sup>.

In secondo luogo, la decisione ai sensi degli artt. 275-*bis*, 281-*sexies* c.p.c., in uno con l'applicabilità delle norme generali sulle impugnazioni (v. *infra*), comporta che il termine «breve» decorra soltanto dalla notificazione della sentenza<sup>(70)</sup>.

La formulazione lapidaria dell'art. 281-*terdecies*, comma 2°, c.p.c. recita che «la sentenza è impugnabile nei modi ordinari».

<sup>(67)</sup> In senso contrario, E. Dalmotto, *Il procedimento semplificato*, cit., 109 s., che fa leva sull'incompatibilità tra l'introduzione del procedimento semplificato con ricorso e l'immutato testo dell'art. 645 c.p.c. che, al primo comma, prescrive che il giudizio di opposizione si introduca con citazione, mentre, al secondo comma, stabilisce che il giudizio si svolga con le forme del rito ordinario, pur tuttavia ammettendo che, per quanto riguarda l'opposizione a decreto ingiuntivo emesso dal giudice di pace, il procedimento, a norma dell'art. 316 c.p.c., non possa che seguire le norme del procedimento semplificato. Peraltro, con riguardo al rito sommario, cfr. Cass. 23 novembre 2022, n. 34501, in *Foro it. Rep.* 2022, voce *Avvocato*, n. 98, secondo la quale l'opposizione a decreto ingiuntivo, avente ad oggetto la richiesta di liquidazione di compensi maturati per la difesa in un processo penale, non essendo soggetta alla disciplina del procedimento sommario di cui all'art. 14, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, può svolgersi nelle forme del processo ordinario di cognizione ovvero, in alternativa, del procedimento sommario di cognizione *ex art.* 702-*bis* c.p.c. inanzi al tribunale in composizione monocratica.

<sup>(68)</sup> Cass. 10 giugno 2019, n. 15579, *ivi Rep.* 2019, voce *Ingiunzione (procedimento per)*, n. 26; Cass. 21 agosto 2012, n. 14594, *ivi Rep.* 2012, voce *Sentenza, ordinanza e decreto in materia civile*, n. 19.

<sup>(69)</sup> Cass. 31 agosto 2015, n. 17311, *ivi Rep.* 2015, voce *Impugnazioni civili in genere*, n. 47. Sulla dispensa dall'obbligo di comunicazione, cfr. Cass. 8 novembre 2010, n. 22659, *ivi Rep.* 2010, voce *Procedimento civile*, n. 285; Cass. 2 settembre 2004, n. 17665, *ivi Rep.* 2005, I, 2799.

<sup>(70)</sup> Cass. 19 settembre 2014, n. 19743, *ivi Rep.* 2015, I, 1011; Cass. 28 maggio 2009, n. 12515, *ivi Rep.* 2009, voce *Impugnazioni civili in genere*, n. 39. Viene quindi superato l'orientamento secondo cui nelle controversie regolate dal rito sommario, il termine (di trenta giorni) per l'impugnazione dell'ordinanza ai sensi dell'art. 702-*quater* c.p.c. decorre, per la parte costituita, dalla sua comunicazione o notificazione e non dal giorno in cui essa sia stata eventualmente pronunciata e letta in udienza (Cass., sez. un., 5 ottobre 2022, n. 28975, *ivi Rep.* 2022, voce *Impugnazioni civili in genere*, n. 26, cui *adde* Cass. 25 ottobre 2022, n. 31572, *ivi Rep.* 2022, voce *Straniero*, n. 74).

Pertanto, avverso il provvedimento decisorio, ferma l'applicabilità delle disposizioni generali di cui agli artt. 325, 326, 327 c.p.c., potrà essere proposto: (a) l'appello, nelle forme ordinarie di cui agli artt. 342 ss. c.p.c., da introdursi pertanto con citazione; (b) il regolamento necessario di competenza, avverso le ordinanze decisorie delle sole questioni di competenza<sup>(71)</sup>; (c) il regolamento facoltativo di competenza avverso le sentenze che, unitamente al merito, decidano anche questioni sulla competenza; (d) la revocazione (art. 395 ss. c.p.c.)<sup>(72)</sup> o l'opposizione di terzo (art. 404 ss. c.p.c.), secondo le regole ordinarie previste per tali mezzi di impugnazione.

Nei giudizi definiti innanzi al giudice di pace, nei quali, nei limiti della compatibilità, trova applicazione il procedimento semplificato di cognizione (art. 316, comma 1°, c.p.c.), mentre le sentenze pronunciate secondo diritto saranno appellabili con le forme ordinarie, per quelle pronunciate secondo equità occorrerà distinguere. Per le sentenze pronunciate secondo equità, a norma dell'art. 113 c.p.c., varrà la regola dell'appellabilità a motivi limitati ai sensi dell'art. 339, comma 3°, c.p.c., anche in relazione a motivi attinenti alla giurisdizione, alla violazione di norme sulla competenza ed al difetto di radicale assenza della motivazione<sup>(73)</sup>, mentre per le sentenze pronunciate secondo equità a norma dell'art. 114 c.p.c., varrà la regola dell'inappellabilità (art. 339, comma 2°, c.p.c.) e, quindi, dell'immediata ricorribilità in cassazione, in quanto sentenze pronunciate in unico grado, a norma dell'art. 360, comma 1°, c.p.c.

8. – Negli auspici di chi ha perspicuamente posto in evidenza le difficoltà di gestione delle imponderabili variabili applicative presenti nel funzionamento del rito ordinario di cognizione riformato, il procedimento semplificato di cognizione dovrebbe acquistare un'inedita centralità nella tutela dichiarativa dei diritti<sup>(74)</sup>, quanto meno con riguardo alle cause non

---

(71) Nello stesso senso, B. Gambineri, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 19.

(72) Già ammessa, con riguardo alla deducibilità dell'errore di fatto revocatorio di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c., per l'impugnazione dell'ordinanza conclusiva del rito sommario di cognizione, da Corte cost. 5 maggio 2021, n. 89, in *Dir. prat. lav.* 2021, 1423; in *Giur. it.* 2022, 79, con nota di B. Zuffi, *La revocazione per errore di fatto come rimedio imprescindibile di tutela giurisdizionale*; in *Giur. cost.* 2021, 1109, con nota di R. Chieppa, *Ancora sulla prevalenza della sostanza sulla forma dei provvedimenti del giudice, questa volta ai fini della revocazione*.

(73) Cass., sez. un., 18 novembre 2008, n. 17339, in *Foro it. Rep.* 2008, voce *Procedimento civile davanti al giudice di pace*, n. 8.

(74) B. Gambineri, *op. cit.*, 5 ss., 25 ss.

complesse, ma da implementare in futuro come rito generalista per ogni tipologia di controversie.

Tuttavia, dopo appena qualche mese dall'entrata in vigore della riforma, temiamo che quei condivisibili auspici siano destinati a naufragare al cospetto delle esitazioni del legislatore nell'attuare con chiarezza i criteri direttivi della legge delega.

Non che, certamente, ci sia stato sinora un numero di occasioni sufficienti a testarne l'effettiva funzionalità a realizzare un modello virtuoso di processo a cognizione piena ed esauriente.

Ma questo è derivato dal fatto che l'avvocatura, per il momento, si è mostrata estremamente cauta nell'utilizzare un processo nel quale domina l'incertezza su quali siano i termini a pena di decadenza per lo svolgimento delle attività istruttorie<sup>(75)</sup>.

Il che rischia di minare alla radice le possibilità di successo del nuovo istituto.

Esiste un rimedio per supplire alla deficiente formulazione normativa ed incoraggiare l'avvio del processo semplificato?

A nostro avviso sì, e consiste nel fugare, quanto prima, per quanto possibile, i dubbi lasciati aperti dalla vaghezza della locuzione «giustificati motivi».

In questa direzione potrebbe incanalarsi l'impiego, da parte dei giudici di merito, del meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 363-*bis* c.p.c., perché se è vero che normativamente il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante soltanto nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione (art. 363-*bis*, ult. cpv., c.p.c.) è parimenti incontestabile che il *decisum* così emanato, nei confronti di ogni altro giudice, rivesta pur sempre l'efficacia persuasiva del precedente<sup>(76)</sup>, in quanto tale capace, almeno in astratto, di imprimere il canone dell'uniformità anche a future e diverse decisioni di altri giudici di merito.

---

<sup>(75)</sup> Su questo punto, ci sia consentito dissentire dall'opinione di B. Gambineri, *op. cit.*, 28, secondo la quale se si punta davvero all'affermazione del procedimento semplificato come modello generale del processo di primo grado, è indispensabile innanzitutto incoraggiare gli avvocati a sceglierlo, rassicurando il ceto forense circa la concessione dei termini di cui all'art. 281-*duodecies*, comma 4°, c.p.c. per il deposito delle memorie scritte. Obiettiamo che una simile rassicurazione non può tramutarsi in un automatismo, pena l'implicita abrogazione del presupposto normativo e l'indiscriminata riapertura dei termini per lo svolgimento di attività che, almeno in linea tendenziale, dovrebbero esaurirsi, salvo sopravvenienze, all'interno della prima udienza di trattazione della causa.

<sup>(76)</sup> Sul punto, cfr. A. Mondini, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, in *www.judicium.it* 27.12.2022, 4.

MARYAM TURRINI

Dottore di ricerca

## RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI CASSAZIONE E PRINCIPIO DI DIRITTO NELL'INTERESSE DELLA LEGGE

SOMMARIO: 1. Premesse. La riforma della giustizia civile e la vocazione nomofilattica del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione. – 2. Il principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.*: brevi considerazioni sull'istituto – 3. L'istituto della *Saisine pour avis* nell'ordinamento giuridico francese – 4. Il rapporto tra il principio di diritto nell'interesse della legge e il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione previsto dal D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

1. – Il D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha dato attuazione alla legge del 26 novembre 2021, n. 206 contenente una delega al Governo per «l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie, nonché in materia di esecuzione forzata»<sup>(1)</sup>.

Primario obiettivo della riforma della giustizia civile così realizzata è l'incremento della produttività ed efficienza degli uffici giudiziari<sup>(2)</sup>.

Proprio in questa direzione si pone l'intento del legislatore di valorizzare e rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione tramite l'introduzione del c.d. «rinvio pregiudiziale» all'organo di legittimità.

Questo istituto – previsto dal nuovo art. 363-*bis* c.p.c., rubricato «Rinvio pregiudiziale» – consente al giudice di merito di rimettere, con ordinanza e dopo aver sentito le parti costituite, alla Suprema Corte la risoluzione di una questione di diritto nuova, di difficile interpretazione, necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e suscettibile di porsi

---

<sup>(1)</sup> *Dossier* di documentazione del Parlamento del 18 ottobre 2021 sulla «Riforma del processo civile» in [www.temi.camera.it](http://www.temi.camera.it), 3.

<sup>(2)</sup> Relazione n. 98 della Corte di cassazione del 21 ottobre 2021 in merito alla «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata» con riferimento al D.d.l. AS 1662, 18-19.

in numerose future controversie. Ove ciò avvenga, il processo dovrà essere sospeso fino alla decisione della Corte di cassazione e il principio di diritto enunciato dalla medesima rimarrà vincolante «nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione».

La portata innovativa di tale istituto si comprende, in particolare, alla luce del fatto che, nell'ordinamento attuale, il giudice di legittimità normalmente enuncia il principio di diritto a distanza di molto tempo rispetto al sorgere del contenzioso<sup>(3)</sup>. L'intervento nomofilattico «non tempestivo» della Corte di cassazione, che si pronuncia solo al termine del giudizio di merito, rischia infatti talvolta di pregiudicare lo sviluppo di orientamenti giurisprudenziali coerenti e univoci, con effetti negativi sia in relazione al principio di uguaglianza tra tutti coloro che si rivolgono all'autorità giudiziaria sia, più in generale, all'esigenza di certezza del diritto<sup>(4)</sup>.

Pertanto, nella prospettiva del legislatore, il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione può costituire un rimedio per evitare l'attesa di molti anni prima del consolidarsi, nell'ambito della giurisprudenza, di una linea interpretativa definita su una determinata questione giuridica.

Secondo l'idea sottesa alla riforma della giustizia civile di cui al D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, dunque, l'uniforme interpretazione del diritto verrebbe perseguita mediante una indicazione nomofilattica «preventiva» da parte della Suprema Corte, che contribuirebbe in tal modo alla deflazione del contenzioso e a ridurre la formazione di orientamenti territoriali contrastanti.

L'attenzione del legislatore per il potenziamento degli strumenti di nomofilachia non risulta in ogni caso una novità. Il giudizio dinanzi alla Corte di cassazione era stato infatti già oggetto di diversi interventi normativi, tra cui quelli relativi alle riforme previste dal D.lgs. n. 40/2006 e dalla l. n. 69/2009, nonché dalla l. n. 134/2012.

La salvaguardia dell'esatta ed uniforme interpretazione del diritto da parte del giudice di legittimità risulta infatti da tempo ostacolata dall'in-

---

<sup>(3)</sup> Sul punto, nelle «Proposte e note illustrative» del 24 maggio 2021 presentate dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. Francesco Paolo Luiso), pag. 4, si segnala che «per ottenere una prima sentenza della Cassazione sull'individuazione del soggetto onerato di promuovere la mediazione in sede di opposizione a decreto ingiuntivo sono stati necessari quasi sei anni, e definire *patchwork* la giurisprudenza di merito medio tempore apparsa è un mero eufemismo».

<sup>(4)</sup> Cfr. Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. Francesco Paolo Luiso), *Proposte e note illustrative* del 24 maggio 2021, 73.

gente quantità di contenzioso pendente dinanzi alla Suprema Corte. L'eccessiva quantità di ricorsi, infatti, oltre a comportare un ingente carico di lavoro, implica altresì il rischio che venga pregiudicata l'auspicata uniformità delle decisioni giurisprudenziali della stessa Corte di cassazione.

Tra gli strumenti nomofilattici previsti dal sistema giuridico, particolarmente rilevante appare l'istituto del principio di diritto nell'interesse della legge di cui all'art. 363 c.p.c. Tramite quest'ultimo strumento, il Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, nei casi in cui le parti non abbiano proposto ricorso nei termini di legge «o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile», può chiedere che l'organo di legittimità enunci «nell'interesse della legge» il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi. L'intervento della Corte ai sensi dell'art. 363 c.p.c., che non esplica alcuna efficacia sulla fattispecie concreta dedotta in giudizio dalle parti, provoca dunque una pronuncia di mero indirizzo della giurisprudenza.

Analogamente al rinvio pregiudiziale introdotto dal D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, lo scopo principale dell'enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c. non è rappresentato tanto dalla risoluzione del caso concreto sottoposto al giudice di merito quanto piuttosto da quello di orientare le prassi giurisprudenziali, impedendo la formazione di soluzioni giuridiche difformi sulla medesima questione.

L'affinità tra i due istituti, peraltro, induce ad interrogarsi sul rapporto intercorrente tra gli stessi, onde determinare come essi possano ordinatamente coesistere operando sinergicamente al fine di garantire e potenziare l'esercizio della nomofilachia.

Le pagine che seguono sono pertanto dedicate a una riflessione sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e, in particolare, sul rapporto tra quest'ultimo e il previgente istituto del principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.*

2. – Prima di esaminare la portata innovativa del nuovo istituto di cui all'art. 363-*bis* c.p.c. in relazione alla nomofilachia, pare opportuno svolgere alcune brevi considerazioni sul principio di diritto nell'interesse della legge.

La possibilità di ottenere dalla Corte di cassazione, con il rinvio pregiudiziale, un intervento tempestivo e preventivo va a rafforzare la funzione nomofilattica dell'organo di legittimità laddove lo strumento *ex art. 363 c.p.c.* non era apparso pienamente risolutivo nel garantire l'unità del diritto oggettivo nazionale e contribuire all'auspicata deflazione del conten-

zioso. Ed infatti, l'istituto contemplato dall'art. 363 c.p.c. non è mai rimasto esente da critiche.

Anzitutto, parte della dottrina ha messo in luce come il principio di diritto sancito dalla Corte nell'interesse della legge, non essendo vincolante per la giurisprudenza successiva, sarebbe inidoneo a superare efficacemente interpretazioni o applicazioni errate da parte dei giudici<sup>(5)</sup>.

Dal punto di vista più pratico, alcuni orientamenti hanno inoltre messo in luce le difficoltà nell'individuazione e nel reperimento di provvedimenti non ricorribili, dei contrasti giurisprudenziali e, in generale, dei casi con riferimento ai quali presentare la richiesta per sollecitare l'organo di legittimità a svolgere l'attività prevista dall'art. 363 c.p.c.<sup>(6)</sup>.

Sul punto, occorre sottolineare come le difficoltà del Procuratore Generale nel reperire le pronunce per cui si ritiene necessaria la dichiarazione del principio di diritto nell'interesse della legge da parte della Corte possano essere in parte superate mediante meccanismi di coordinamento e interazione tra i diversi operatori della giustizia<sup>(7)</sup>. Inoltre, al fine di predisporre degli strumenti per facilitare la ricerca delle questioni sulle quali risulta opportuno un intervento nomofilattico della Corte, la Procura Generale, nel 2017, ha dichiarato di voler svolgere alcune iniziative, tra le quali, si segnalano: l'organizzazione, in collaborazione con l'Associazione dei processual-civilisti, di cicli di incontri presso le università in cui illustrare anche la disciplina dell'istituto di cui all'art. 363 c.p.c. e le materie che potranno costituire oggetto della sollecitazione da parte della Procura Generale, la diffusione di informazioni sulle precedenti richieste avanzate

<sup>(5)</sup> A. Carratta, in Aa.Vv., *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da S. Chiarloni, Torino 2007, 364. Sul punto cfr. G. Tarzia, *Il giudizio di cassazione nelle proposte di riforma del processo civile*, in questa *Rivista* 2003, 210, secondo cui: «in un ordinamento giudiziario e processuale come il nostro – nel quale non si può far conto sicuro sulla *auctoritas rerum similiter iudicatarum*, che la tradizione attribuisce alle pronunce della Suprema Corte – se non vi è il rischio della cassazione del provvedimento (...) quando l'autorità del precedente non sia riconosciuta dal giudice di merito, la funzione nomofilattica si attenua, fino a rendere inutile l'esercizio di una 'giurisdizione per principi', come quella immaginata dal legislatore francese per il Tribunale di cassazione con l'introduzione del ricorso nell'interesse della legge».

<sup>(6)</sup> C. Cecchella, *Il nuovo giudizio innanzi alla Corte di cassazione*, in M. Bove, C. Cecchella, *Il nuovo processo civile*, Milano 2006, 29 ss.; G. Monteleone, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in questa *Rivista* 2006, 950.

<sup>(7)</sup> A tal proposito, si segnalano le iniziative degli Osservatori sulla giustizia civile e quelle dei *Dialoghi*, frutto della collaborazione tra la Formazione decentrata della Corte di cassazione e i docenti di diritto processuale civile dell'Università di Roma 3: cfr. G. Costantino, *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in questa *Rivista* 2017, 712 ss.; L. Salvaneschi, *L'iniziativa nomofilattica del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione nell'interesse della legge*, in questa *Rivista* 2019, 66.

dalla stessa e il coinvolgimento del Consiglio Nazionale Forense e delle strutture di formazione decentrata presso le corti d'appello<sup>(8)</sup>.

A tal proposito, il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione previsto dal D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 potrebbe, affiancandosi all'istituto del principio di diritto nell'interesse della legge, favorire l'immediata individuazione dei temi giuridici per i quali è necessario un intervento nomofilattico da parte dell'organo di legittimità. Mediante il nuovo strumento del rinvio pregiudiziale, è infatti il giudice di merito a segnalare alla Corte le questioni giuridiche che per la loro problematicità e rilevanza nonché per la frequenza con cui si presentano nelle controversie, necessitano di una immediata chiarificazione interpretativa.

Ulteriori complessità sono state riscontrate in relazione all'ampliamento delle categorie di pronunce ricorribili nell'interesse della legge, a seguito delle modifiche apportate all'art. 363 c.p.c. dal D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e, in particolare, al rischio di incrementare il numero dei ricorsi da sottoporre alla Corte laddove l'intenzione del legislatore sarebbe, invece, quella di ridurre il contenzioso dinanzi alla stessa proprio per consentire un migliore esercizio della funzione nomofilattica<sup>(9)</sup>.

Anche con riguardo a questo aspetto, un possibile antidoto a tali criticità può forse essere rappresentato dalla conoscenza anticipata dell'orientamento della Corte di cassazione con riferimento ad un determinato tema di diritto. In particolare, la statuizione resa dall'organo di legittimità prima della definizione di un giudizio di merito su una questione giuridica che per la sua complessità o novità può generare delle decisioni e soluzioni divergenti da parte dei giudici di merito, ridurrebbe il proliferare di procedimenti derivanti dall'incertezza relativa all'interpretazione del diritto.

Alla luce di tali considerazioni, il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione può dunque costituire uno strumento potenzialmente in grado di contribuire alla deflazione del contenzioso.

---

<sup>(8)</sup> P. Ciccolo, *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c.*, in questa *Rivista* 2017, 483 ss.; E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, Torino 2018, 217 ss.; L. Salvaneschi, *L'iniziativa nomofilattica del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione nell'interesse della legge*, cit., 66.

<sup>(9)</sup> Al riguardo: A. Carratta, in Aa.Vv., *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da S. Chiarloni, Torino 2007, 355 ss.; G. Monteleone, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in questa *Rivista* 2006, 951; A. Briguglio, in Aa.Vv., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Padova 2009, III, 1, sub art. 363, 120; cfr. M. Fornaciari, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in questa *Rivista* 2013, 32 ss.

Analogamente all'art. 363-*bis* c.p.c., l'istituto francese della *saisine pour avis* è preordinato, come verrà approfondito nel prossimo paragrafo, a prevenire l'instaurazione di procedimenti giudiziari mediante una pronuncia della Corte di cassazione che chiarisce e risolve questioni giuridiche nuove, complesse e idonee a presentarsi in una pluralità di controversie, in via anticipata rispetto alla decisione finale relativa al giudizio di merito.

3. – L'istituto della *saisine pour avis*, attualmente contemplato dall'art. 1031-1 all'art. 1031-7 nel Codice di procedura civile francese e dal L. 441-1 al L. 441-4 del *Code de l'organisation judiciaire*,<sup>(10)</sup> consente al giudice di merito che debba decidere su una questione di diritto nuova, di difficile interpretazione e suscettibile di porsi in numerose controversie, di consultare la Corte di cassazione. Quest'ultima, a séguito dell'esame della questione di diritto sottoposta e qualora ritenga la richiesta ammissibile, si pronuncia mediante un *avis*.

Una caratteristica fondamentale della *saisine pour avis* è rappresentata dall'assenza di vincolatività dell'*avis* nell'interpretazione della norma per il giudice che ha richiesto l'intervento dell'organo di legittimità.

Occorre sottolineare che la *ratio* dell'istituto *de quo* risulta legata alla finalità di prevenire e deflazionare il contenzioso tramite una pronuncia resa dall'organo di legittimità in grado di risolvere e rendere chiaro un tema giuridico che per la sua incertezza potrebbe far sorgere e alimentare molteplici giudizi. Il parere reso anticipatamente dalla Corte consente infatti di realizzare l'uniforme ed esatta applicazione della legge prima che le difficoltà applicative o eventuali lacune del testo normativo possano generare procedimenti giudiziari<sup>(11)</sup>.

L'istituto *de quo* è in ogni caso subordinato alla sussistenza di determinate condizioni. In particolare, al fine di evitare un utilizzo troppo

---

<sup>(10)</sup> In particolare, l'art. 441-1 del *Code de l'organisation judiciaire* statuisce: «avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation».

<sup>(11)</sup> J. Normand, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Annales de Droit de Louvain* n. 2 1998, 130, secondo cui: «Il s'agit, au premier chef, des questions que suscite l'application des textes nouveaux. Mais la question nouvelle peut aussi avoir trait à l'application de dispositions plus anciennes dont l'interprétation reste, sur certains points, à stabiliser, ou qui voient apparaître de nouvelles difficultés»; E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 61, il quale afferma: «per novità della questione deve intendersi novità non solo del testo normativo, ma anche del problema interpretativo rispetto alla giurisprudenza della Corte»; cfr., A.M. Morgan De Rivery-Guillaud, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Juris classeur périodique* 1992, *Doctrine* n. 3576, 1 ss.

generalizzato e frequente della *saisine pour avis* e conferire autorevolezza e rilevanza giuridica alle pronunce relative a quest'ultima, il legislatore francese ha disposto che la questione di diritto da sottoporre all'interpretazione della Corte di cassazione debba concernere «une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges», ai sensi dell'art. 441-1 del *Code de l'organisation judiciaire* (12).

Con riferimento al requisito della novità del tema riguardo al quale si chiede alla Suprema Corte l'*avis*, la dottrina francese ha precisato come non si tratti soltanto di testi normativi nuovi, ma anche delle complessità relative all'interpretazione di disposizioni non recenti in relazioni alle quali, tuttavia, emergono problemi di interpretazione del testo legislativo mai affrontati sino a quel momento (13).

La questione di diritto presentata all'organo di legittimità mediante la *saisine pour avis* deve anche comportare delle serie difficoltà di interpretazione per il giudice, poiché l'art. 441-1 del *Code de l'organisation judiciaire* dispone che il tema giuridico oggetto dell'*avis* della Corte produca «une difficulté sérieuse». Sul punto, si osserva che lo strumento della *saisine pour avis* non debba dispensare l'organo giudiziario da una riflessione circa la corretta applicazione di un testo legislativo e la dottrina richiede, quindi, che per ottenere il responso della Corte Suprema, la questione di diritto debba essere complessa e articolata in quanto, ad esempio, la lettura della norma può condurre a soluzioni divergenti e tutte allo stesso modo pertinenti (14). Risulta, in ogni caso, evidente che la

---

(12) J. Normand, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, cit., 129 ss., il quale afferma: «Afin d'éviter la banalisation de la saisine pour avis, la recevabilité de la demande est subordonnée à des conditions passablement rigoureuses, des conditions qui ont trait aux caractères de la question posée (...) et à la détermination de la personne habilitée à la poser»; J. Borè, L. Borè, *La cassation en matière civile*, Paris 2015, 75 ss.; A.M. Morgan De Rivery-Guillaud, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Juris classeur périodique* 1992, *Doctrine* n. 3576, 1 ss.; E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 59; C. Silvestri, *La saisine pour avis della Cour de cassation*, in questa *Rivista* 1998, 495; E. Silvestri, *Il parere preventivo delle Corti supreme*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1993, 873 ss.; R. Giordano, *La «saisine pour avis» alla Corte di cassazione francese*, in questa *Rivista* 2005, 109 ss.

(13) J. Normand, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, cit., 130, secondo cui: «Il s'agit, au premier chef, des questions que suscite l'application des textes nouveaux. Mais la question nouvelle peut aussi avoir trait à l'application de dispositions plus anciennes dont l'interprétation reste, sur certains points, à stabiliser, ou qui voient apparaître de nouvelles difficultés»; cfr. E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 61, il quale afferma: «per novità della questione deve intendersi novità non solo del testo normativo, ma anche del problema interpretativo rispetto alla giurisprudenza della Corte»; A.M. Morgan De Rivery-Guillaud, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Juris classeur périodique*, cit., 1 ss.

(14) J. Normand, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, cit., 131, il quale afferma

sussistenza del requisito relativo alla «seria difficoltà» del tema giuridico presentato all'organo di legittimità ai sensi dell'art. 441-1 del *Code de l'organisation judiciaire* si presti a valutazioni estremamente soggettive, costituendo un presupposto astrattamente suscettibile di varie interpretazioni<sup>(15)</sup>.

Ulteriore condizione per la legittimità della presentazione della *saisine pour avis* è rappresentata dalla necessità che la questione di diritto si ponga in una serie indeterminata di casi concreti suscettibili di incrementare il contenzioso pendente dinanzi agli organi giudiziari<sup>(16)</sup>. In particolare, la circostanza richiesta dal legislatore per l'esperibilità della *saisine pour avis* consiste nell'idoneità della questione giuridica sottoposta alla Corte a riproporsi negli stessi termini o di essere applicata a fattispecie identiche. La statuizione dell'organo di legittimità costituirà quindi il punto di riferimento per la risoluzione di una serie di contenziosi simili.

L'autorità titolare della facoltà di rivolgersi alla Corte di cassazione per richiedere un parere su una questione di diritto è il giudice di merito, il quale può decidere discrezionalmente se promuovere o meno la *saisine pour avis*<sup>(17)</sup>.

---

infatti che: «la *saisine pour avis* ne doit pas dispenser le juge du fond de tout effort personnel de recherche et de réflexion. Elle n'est légitime que lorsque la question de droit posée ou bien donne d'ores et déjà lieu à des solutions divergentes, ou bien est susceptible de plusieurs solutions également pertinentes, si bien que le risque de contrariétés n'est pas négligeable et mérite d'être prévenu»; E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 61; A.M. Morgan De Rivery-Guillaud, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Juris classeur périodique*, cit., 3; C. Silvestri, *La saisine pour avis della Cour de cassation*, cit., 499; R. Giordano, *La «saisine pour avis» alla Corte di cassazione francese*, cit., 118.

<sup>(15)</sup> J. Normand, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, cit., 131, secondo cui: «Ou ne peut le dissimuler, l'appréciation de ce qui est sérieux et de ce qui ne l'est pas est extrêmement subjective».

<sup>(16)</sup> E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 61; cfr. A.M. Morgan De Rivery-Guillaud, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Juris classeur périodique*, cit., 3; C. Silvestri, *La saisine pour avis della Cour de cassation*, cit., 503; R. Giordano, *La «saisine pour avis» alla Corte di cassazione francese*, cit., 120 ss.; J. Normand, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, cit., 131.

<sup>(17)</sup> C. Silvestri, *La saisine pour avis della Cour de cassation*, cit., 504; J. Normand, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, cit., 132; E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 60; J. Borè, L. Borè, *La cassation en matière civile*, cit., 76; A.M. Morgan De Rivery-Guillaud, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Juris classeur périodique*, cit., 2. Si osserva, inoltre, come nell'ordinamento giuridico francese l'iniziativa volta a domandare la formulazione di un *avis* da parte della Suprema Corte spetta al giudice ordinario, e, talvolta, nella prassi, siano le stesse parti a sollecitare l'intervento, non suscettibile di impugnazione, di quest'ultimo, il quale rimane, in ogni caso, libero di decidere se dare o meno seguito all'invito dei singoli di adire l'organo di legittimità: J. Normand, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, cit., 132 ss., il quale afferma: «La *saisine pour avis* échappe à l'initiative des parties (...) On ne peut exclure cependant, qu'elles aient une

Nel periodo di tempo necessario per l'elaborazione da parte della Corte di cassazione di un parere in relazione alla questione di diritto sottoposta al suo esame, il giudizio di merito è sospeso e il giudice ordinario potrà, nell'interesse delle parti, predisporre le misure urgenti e conservative ritenute necessarie e improcrastinabili, ai sensi dell'art. 1031-1 del Codice di procedura civile francese<sup>(18)</sup>. Al fine di evitare ritardi nella pronuncia dell'*avis* da parte della Corte di cassazione, il legislatore francese ha previsto un termine di tre mesi entro cui quest'ultima è tenuta a statuire in merito al tema giuridico su cui è stato richiesto il parere.

Con riferimento alla posizione delle parti all'interno della procedura relativa alla *saisine pour avis*, la dottrina francese sottolinea come l'apporto dei privati risulti prezioso proprio quando la questione, riguardo alla quale si chiede il parere della Corte di cassazione, abbia ad oggetto temi astratti di diritto poiché, in tal caso, i singoli possono fornire un approccio concreto indispensabile per comprendere e chiarire la *ratio* e la corretta applicazione di una norma<sup>(19)</sup>. Della richiesta da parte del giudice di merito di un parere all'organo di legittimità sono quindi informate le parti e il pubblico ministero, i quali possono presentare le proprie osservazioni scritte entro un termine disposto dallo stesso organo giudiziario che chiede l'*avis* della Corte<sup>(20)</sup>.

---

faculté de suggestion. Il reste logique du pouvoir discrétionnaire veut que le juge ne soit même pas tenu de répondre aux sollicitations qu'elles viendraient à lui adresser à ce propos».

<sup>(18)</sup> Ai sensi dell'art. 1031-1 del Codice di procedura civile francese: «la saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires». Sul punto: J. Normand, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, cit., 133.

<sup>(19)</sup> J. Normand, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, cit., 134, il quale, in merito alla partecipazione delle parti al procedimento relativo alla *saisine pour avis*, afferma: «Leur présence est d'autant plus précieuse que la question posée est de pur droit, dégagée des faits de l'espèce, abstraite du litige à propos duquel elle est soulevée. Les parties peuvent donc apporter aux juges de cassation l'approche concrète qui ferait défaut»; cfr. C. Silvestri, *La saisine pour avis della Cour de cassation*, cit., 506; E. Silvestri, *Il parere preventivo delle Corti supreme*, cit., 876.

<sup>(20)</sup> Ai sensi dell'art. 1031-1 del Codice di procedura civile francese, «lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point. Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il surseoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3». Cfr. C. Silvestri, *La saisine pour avis della Cour de cassation*, cit., 505.

Per quanto concerne gli effetti che il parere della Corte di cassazione produce, come anticipato, si osserva che l'art. L. 441-3 del *Code de l'organisation judiciaire* disponga espressamente che «l'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande». Pertanto, il giudice di merito che propone la *saisine pour avis* potrebbe decidere la controversia disattendendo quanto statuito dall'organo di legittimità nell'*avis* (21). Al pari dell'istituto contemplato dall'art. 363 c.p.c. quindi anche nel caso della *saisine pour avis*, la Corte di cassazione svolge una funzione consultiva, in quanto sia mediante la pronuncia di un parere sia tramite l'enunciazione di un principio di diritto nell'interesse della legge, la statuizione dell'organo di legittimità non produce effetti vincolanti per le parti. Sotto questo profilo, la *saisine pour avis* e il principio di diritto nell'interesse della legge si differenziano rispetto al rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.*; in quest'ultimo caso, infatti, il responso della Suprema Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione.

Gli *avis* pronunciati dalla Corte di cassazione, una volta resi, sono trasmessi al giudice che li ha richiesti, nonché «au ministère public auprès de cette juridiction, au premier président de la cour d'appel et au procureur général lorsque la demande n'émane pas de la cour». Inoltre, il legislatore francese, in considerazione della finalità di conferire una più ampia visibilità all'*avis*, ha previsto la possibilità di pubblicare la statuizione contenente l'opinione dell'organo di legittimità, sul *Journal officiel de la République française*.

L'istituto francese esaminato rappresenta un modello a cui il legislatore italiano si è ispirato nell'elaborazione del nuovo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione. Analogamente alla *saisine pour avis*, anche l'esercizio del potere del rinvio pregiudiziale all'organo di legittimità è finalizzato alla risoluzione anticipata di un quesito di diritto. Entrambi gli istituti, infatti, pur presentando, come si esporrà nelle pagine che seguono, significative differenze, hanno la funzione di prevenire la formazione del contenzioso nonché quella di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto mediante la definizione anticipata di determinate questioni giuridiche.

4. – Come anticipato, il legislatore ha introdotto nel sistema processuale il nuovo art. 363-*bis* c.p.c. ai sensi del quale il giudice di merito, con

---

(21) E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 61; R. Giordano, *La «saisine pour avis» alla Corte di cassazione francese*, cit., 113; C. Silvestri, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, cit., 509.

ordinanza e dopo aver sentito le parti costituite, può disporre il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto<sup>(22)</sup>.

Secondo quanto previsto dall'art. 363-*bis* c.p.c., il rinvio pregiudiziale può essere disposto dal giudice di merito solo se la questione di diritto risulti necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non sia stata ancora risolta dalla Corte di cassazione, presenti gravi difficoltà interpretative e sia suscettibile di porsi in numerosi giudizi<sup>(23)</sup>. Dalla formulazione

(22) Cfr., in argomento, A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Il Processo* fasc. 3 1° dicembre 2022, 957 ss.; A. Carratta, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) – Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione «oggettivamente complessa»*, in *Giur.it.* n. 2 1° febbraio 2023, 467; F. Santagada, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa 2023, 528; P. Farina, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione*, in *www.ilprocessocivile.it, passim*; E. Calzolaio, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il ruolo «normativo» della giurisprudenza. Spunti comparativi*, in *Foro it.* 2023, fasc. 3, par. 2; V. Capasso, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1° giugno 2022, 587; M.G. Finocchiaro, *Questione pregiudiziale in Cassazione: sospensione automatica del processo*, in *La Riforma del processo Civile – Commento alla legge n. 206 del 26 novembre 2021*, Milano 2022, 160 ss.; A. Graziosi, *Note sulla riforma del giudizio in cassazione nell'anno 2022*, in *www.judicium.it* Fasc. 4/2022, *passim*; M. Fabiani, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in questa *Rivista* 2022, 1, 197; F. Barbieri, *Brevi considerazioni sul rinvio pregiudiziale in Cassazione: il giudice di merito superiorem recognoscens*, in *Nuove Leggi civili commentate* 2022, 370; B. Capponi, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, in *www.giustiziainsieme.it* 19 giugno 2021, *passim*; C.V. Giabardo, *In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile*, in *www.giustiziainsieme.it* 22 giugno 2021, *passim*; G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *www.judicium.it* 10 dicembre 2021, *passim*; G. Scarselli, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in *www.giustiziainsieme.it* 5 luglio 2021, *passim*; G. Caruso, *Il rinvio pregiudiziale su questioni di diritto in Cassazione*, in *Il Processo* 1 agosto 2022, 535.

(23) Cfr. App. Napoli, sez. VII, 2 marzo 2023, in *Ilprocessocivile.it* 11 aprile 2023, con nota di R. Masoni, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale in cassazione*, che costituisce una dei primi casi di rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione ex art. 363-*bis* c.p.c. Mediante tale pronuncia, la Corte di Appello di Napoli ha ravvisato la sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 363-*bis* c.p.c. per la proposizione del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione, considerato che: i) la questione controversa (relativa, *inter alia*, all'applicazione dell'art. 281-*sexies* c.p.c. ai giudizi dinanzi al giudice di pace, con riferimento alla richiesta di indennizzo per equa riparaione da irragionevole durata del giudizio ex l. n. 89/2001) era essenziale ai fini della definizione del contenzioso; ii) erano riscontrabili «gravi difficoltà interpretative» (illustrate dalla pronuncia); iii) la questione era destinata a porsi «in numerosi giudizi, anche in considerazione del crescente numero di ricorsi ex lege n. 89/2001 per procedimenti dinanzi al giudice di pace ora temporalmente rientranti nell'ambito di applicazione dell'I-ter, ovvero giudizi che alla data del 31.10.2016 non avevano superato la ragionevole durata di cui all'articolo 2 o, in ogni caso, processi iniziati in una data successiva». Altri casi di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363-*bis* c.p.c., *inter alia*: Trib. Taranto, 30 marzo

della norma sembrerebbe che debbano sussistere tutte tali caratteristiche e non solo alcune di esse<sup>(24)</sup>.

L'ordinanza con cui il giudice remittente dispone il rinvio pregiudiziale deve essere motivata e illustrare le «diverse interpretazioni possibili» del tema giuridico sottoposto alla Corte.

La proposizione del rinvio pregiudiziale determina l'indefettibile sospensione del procedimento di merito; viene, tuttavia, fatto salvo il compimento degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto di rinvio.

Il Primo presidente della Corte di cassazione, una volta ricevuti gli atti dal giudice remittente, «entro novanta giorni», valuta la sussistenza dei presupposti per la proposizione del rinvio pregiudiziale e, in caso di riscontro positivo, assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto; in caso contrario, l'organo di legittimità dichiara, con decreto, l'inammissibilità della questione per mancanza di una o più delle condizioni previste dall'art. 363-bis, comma 1°, c.p.c.

La Corte di cassazione, sia a sezioni unite che a sezioni semplici, si pronuncia in pubblica udienza «con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie».

Il procedimento si conclude, pertanto, con l'enunciazione da parte della Corte di un principio di diritto che ha efficacia vincolante nel processo nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e conserva tale effetto, ove il processo si estingua, «anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti».

Parte della dottrina ha già messo in luce come il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione si ispiri a strumenti già operanti sia nell'ordinamento italiano che in altri sistemi giuridici stranieri o internazionali<sup>(25)</sup>.

---

2023; C. Giust. Trib. Agrigento, 31 marzo 2023; Trib. Verona, 4 aprile 2023; Trib. Milano, 23 maggio 2023; Trib. Treviso, 31 maggio 2023, con nota di A. Conti, *L'ammissibilità del cumulo delle domande di separazione e divorzio proposte in via consensuale: in attesa della decisione della suprema corte*, in *IUS Famiglie* 22 giugno 2023, *passim*; Trib. Roma, 13 giugno 2023; Trib. Modena, 17 giugno 2023; App. Firenze, sez. II, 20 giugno 2023; Trib. Salerno, 19 luglio 2023; Trib. Macerata, 19 luglio 2023; Trib. Roma, 26 luglio 2023, in *www.cortedicassazione.it*. In dottrina: A. Briguglio, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. – Prima Puntata*, in *www.judicium.it* 2023, *passim*; A. Briguglio, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. – Seconda Puntata*, in *www.judicium.it* 2023, *passim*.

<sup>(24)</sup> Cfr. P. Farina, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione*, in *www.ilprocessocivile.it*, § 2.

<sup>(25)</sup> G. Finocchiaro, *Questione pregiudiziale in Cassazione: sospensione automatica del*

Sul punto, occorre menzionare, *inter alia*, oltre alla già esaminata *saisine pour avis*, il meccanismo del regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41 c.p.c., l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi ai sensi dell'art. 420-*bis* c.p.c., il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ex art. 267 TFUE e il Protocollo n. 16 della Convenzione della salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali<sup>(26)</sup>.

In particolare, come nel caso del regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41 c.p.c. e dell'accertamento pregiudiziale di cui all'art. 420-*bis* c.p.c., il nuovo strumento introdotto dalla riforma della giustizia civile comporta che la Corte di cassazione si pronunci anticipatamente rispetto all'ordinario sistema delle impugnazioni su questioni di diritto di particolare rilevanza<sup>(27)</sup>. Tuttavia, a differenza degli istituti menzionati, il rinvio pregiudiziale alla Corte Suprema si applica con riferimento a qualsiasi questione giuridica – che sia necessaria alla definizione anche parziale del giudizio, presenti gravi difficoltà interpretative e sia suscettibile di riproporsi in numerosi altri giudizi – e comporta la sospensione del procedimento di merito<sup>(28)</sup>.

Analogamente alla pronuncia ai sensi dell'art. 363 c.p.c., il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione è quindi preordinato ad una funzione di nomofilachia di portata generale. Pertanto, la questione sottoposta all'organo di legittimità potrà, ad esempio, essere sia di diritto sostanziale

*processo*, cit., 160 ss.; E. Calzolaio, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il ruolo «normativo» della giurisprudenza. Spunti comparativi*, cit., par. 3, 2023; V. Capasso, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo*, cit., 587; B. Capponi, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) 19 giugno 2021, *passim*; C.V. Giabardo, *In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) 22 giugno 2021, *passim*; G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) 10 dicembre 2021, *passim*; G. Scarselli, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) 5 luglio 2021, *passim*; F. Santagada, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., 528.

<sup>(26)</sup> Cfr. *inter alia*, A. Carratta, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) – Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione «soggettivamente complessa»*, cit., 467; A. Henke, *La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo Protocollo n. 16 alla CEDU*, in questa *Rivista* 2018, 1244 ss.

<sup>(27)</sup> G. Finocchiaro, *Questione pregiudiziale in Cassazione: sospensione automatica del processo*, cit., 160 ss.; A. Graziosi, *Note sulla riforma del giudizio in cassazione nell'anno 2022*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) Fasc. 4/2022, *passim*.

<sup>(28)</sup> G. Finocchiaro, *Questione pregiudiziale in Cassazione: sospensione automatica del processo*, cit., 160 ss.

che processuale purché risponda ai presupposti delineati dall'art. 363-*bis*, comma 1°, *sub* 1), 2) e 3) c.p.c. (29).

La dottrina ha già rilevato come la valutazione circa la sussistenza del requisito delle «gravi difficoltà» interpretative della questione di diritto sottoposta alla Corte possa prestarsi ad una certa discrezionalità da parte del Primo presidente (30). Un punto di riferimento utile per l'interpretazione di tale requisito potrebbe essere ravvisato nella novità del contrasto giurisprudenziale sorto in relazione alla norma da interpretare o nella portata innovativa del mutato contesto socio-economico su una disposizione vigente da tempo (31). Qualora, quindi, la questione di diritto debba essere risolta semplicemente scegliendo tra differenti e già consolidate opzioni ermeneutiche, potrebbe non essere ammissibile il rinvio pregiudiziale per carenza della condizione di cui all'art. 363-*bis*, comma 1°, n. 2, c.p.c. In tal caso, ossia in presenza di già sedimentate soluzioni interpretative da parte della giurisprudenza, il principio di diritto nell'interesse della legge potrebbe rappresentare uno strumento più adatto del rinvio pregiudiziale al fine di confermare una soluzione giuridica e un orientamento preesistente.

A differenza dell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge (e, invero, anche della *saisine pour avis*), il provvedimento reso

(29) C. Asprella, *Riforma processo civile: il rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Ilprocessocivile.it* 10 novembre 2022, *passim*; G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *www.judicium.it* 10 dicembre 2021, *passim*.

(30) A. Briguglio, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. – Terza Puntata*, in *www.judicium.it* 2023, par. 2.

(31) A. Briguglio, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. – Terza Puntata*, in *www.judicium.it* 2023, par. 2, secondo cui: «è in ogni caso immaginabile che alla ricerca di un qualche scampolo di oggettività nella individuazione delle 'gravi difficoltà' (rispetto al novero di questioni effettivamente tali e cioè non solo apparenti e risolvibili in virtù della chiarezza letterale della legge, ma non particolarmente difficili) lo si riscontri traendo comunque spunto dalla 'novità'; sia pure considerando questa in senso diverso rispetto alla già necessaria (art. 363-*bis*, c. I, n. 1) mancata risoluzione della quaestio in Cassazione: scontato tale requisito, il rinvio sarà ammissibile per 'grave difficoltà' della questione tutte le volte che la disposizione da interpretare sia relativamente nuova o che una apprezzabile novità socio-economica getti un fascio di luce potenzialmente innovativa su disposizione pur da tempo vigente ed affrontata dalla giurisprudenza di merito disponibile e perfino univoca, insomma tutte le volte che – a prescindere da qualunque profilo personale e soggettivo di percezione del quoziente di difficoltà interpretativa – appaia particolarmente utile al Primo Presidente (fermo l'ulteriore requisito della 'serialità') che la Corte espliciti in via preventiva la sua funzione nomofilattica; non invece ove la questione, pur non ancora risolta dalla Cassazione, possa essere affrontata scegliendo fra opzioni ermeneutiche già sedimentate nella giurisprudenza di merito o in dottrina».

dalla Suprema Corte a séguito del rinvio pregiudiziale, è vincolante nel giudizio nell'ambito del quale è stata rimessa la questione di diritto<sup>(32)</sup>.

Pertanto, considerato che il principio di diritto enunciato dalla Corte ai sensi della nuova norma produce effetti anche sulle specifiche posizioni dei singoli, il rinvio pregiudiziale, diversamente dal principio di diritto nell'interesse della legge, deve essere disposto dal giudice di merito dopo aver instaurato il contraddittorio tra le parti «costituite».

La pronuncia della Corte a séguito del rinvio pregiudiziale presenta dunque un collegamento più stretto con il caso concreto dedotto in giudizio dalle parti rispetto al principio di diritto nell'interesse della legge. Quest'ultimo, infatti, pur non potendo avere ad oggetto questioni astratte e meramente teoriche, non produce mai effetti vincolanti sui singoli<sup>(33)</sup>.

Inoltre, differentemente dal passato, mediante il neo introdotto strumento la Corte potrà svolgere la funzione nomofilattica e pronunciare il principio di diritto in relazione ad un procedimento ancora pendente tra le parti. In particolare, si è osservato che nel momento in cui il giudice dovesse disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione, l'istruzione probatoria della causa potrebbe non essersi ancora esaurita<sup>(34)</sup>. Pertanto, l'organo di legittimità, a differenza dell'ipotesi di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, potrebbe doversi pronunciare sulla questione oggetto di rinvio pregiudiziale, nell'ambito di una controversia i cui elementi di fatto non sono ancora stati accertati dal giudice.

Vi è, quindi, la non remota possibilità che la statuizione della Corte ai sensi dell'art. 363-*bis* c.p.c. si riveli inutile o inutilizzabile a séguito della prosecuzione dell'attività istruttoria e della mutata valutazione sul quadro fattuale; non è neppure escluso, anzi, che l'organo di legittimità possa considerare inammissibile il rinvio pregiudiziale proposto prematuramente, alla luce delle risultanze dell'attività istruttoria *medio tempore*

<sup>(32)</sup> Sul punto, è stato sottolineato che il principio di diritto reso dalla Corte di cassazione a séguito di rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis* c.p.c. è vincolante non solo per il giudice *a quo*, ma anche «per quelli dei successivi gradi di impugnazione, Cassazione compresa»: cfr., A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Il Processo* 1° dicembre 2022, 957 ss.; nello stesso senso, R. Masoni, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale in cassazione*, nota a App. Napoli, sez. VII, 2 marzo 2023, in *Ilprocessocivile.it* 11 aprile 2023, par. 4; F. Santagada, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., 540.

<sup>(33)</sup> Cfr. L. Salvaneschi, *L'iniziativa nomofilattica del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione nell'interesse della legge*, cit., 73; E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 353; Cass., 11 giugno 2011, n. 404, in *CED Cassazione*, 2011.

<sup>(34)</sup> In questo senso, A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Il Processo* 1° dicembre 2022, 957 ss.; F. Santagada, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., 532.

svolta<sup>(35)</sup>. Ai sensi del nuovo art. 363-*bis* c.p.c., infatti, la sospensione del procedimento non impedirebbe «gli atti urgenti e le attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale».

Sul punto, parte della dottrina ha infatti messo in luce che, qualora a séguito dello svolgimento dell'attività istruttoria la pronuncia di cui all'art. 363-*bis* c.p.c. non dovesse più apparire rilevante al giudice remittente, vi sarebbe la possibilità di revocare l'ordinanza di rinvio con conseguente estinzione del procedimento dinanzi alla Corte di cassazione<sup>(36)</sup>.

In tal caso, peraltro, ove la Corte di cassazione, dovesse ritenere che la questione di diritto oggetto del rinvio pregiudiziale, pur non necessaria per la definizione anche parziale del giudizio, abbia cionondimeno una rilevanza nomofilattica, potrebbe comunque decidere di pronunciarsi d'ufficio nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363, comma 3°, c.p.c., ovviamente senza produrre effetti vincolanti nell'ambito del giudizio di merito<sup>(37)</sup>.

Si ritiene infatti che, nonostante la norma condizioni l'enunciazione d'ufficio del principio di diritto nell'interesse della legge all'inammissibilità del ricorso proposto dalle parti, la Corte possa pronunciarsi ai sensi dell'art. 363, comma 3°, c.p.c. anche a séguito di altre statuizioni di rito, come, ad esempio, in caso di estinzione o di improcedibilità del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione<sup>(38)</sup>.

Il riferimento contenuto nell'art. 363, comma 3°, c.p.c. all'inammissibilità non dovrebbe quindi essere interpretato in modo restrittivo avendo invece una valenza esemplificativa e ricomprendendo anche altre fattispecie nell'ambito delle quali non si perviene ad una pronuncia nel merito<sup>(39)</sup>.

<sup>(35)</sup> Sul punto, A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Il Processo* 1° dicembre 2022, 947, il quale, sul punto, evidenzia che: «sebbene non spetti alla Suprema Corte, come non spetta alla Corte di Giustizia, sindacare la scelta del 'momento', un rinvio pregiudiziale talmente prematuro da essere puramente ipotetico ed incerto nella sottoposizione della questione rischierà di non essere ammesso dal Primo Presidente».

<sup>(36)</sup> Cfr. A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Il Processo* 1° dicembre 2022, 947.

<sup>(37)</sup> Cfr. A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, cit., 947; B. Capponi, *La nomofilachia tra equivoci e autoritarismi* in *www.judicium.it* 6 luglio 2022, *passim*.

<sup>(38)</sup> Cfr. E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 277 ss.; M. Fornaciari, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, cit., 37.

<sup>(39)</sup> Inoltre, con riferimento all'enunciazione d'ufficio del principio di diritto nell'interesse della legge, si osserva come la giurisprudenza presenti una casistica molto varia di

Del resto, l'istituto previsto dall'art. 363 c.p.c. si presta ad essere applicato estensivamente, giacché la sua *ratio* ne giustifica l'utilizzo in tutte quelle situazioni in cui si ravvisa la necessità di un intervento da parte della Corte di cassazione. Posto, infatti, che l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ha lo scopo di impedire che una pronuncia giuridicamente erronea possa costituire un precedente, seppur non vincolante, per la giurisprudenza e al tempo stesso quello di potenziare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, perseguendo, dunque, un interesse generale, risulta coerente con tale impostazione non limitare l'ambito di applicazione dell'art. 363 c.p.c. al dato letterale<sup>(40)</sup>.

Inoltre, come parte della dottrina ha già messo in luce, può accadere che, a seguito dell'ordinanza di ammissione del rinvio pregiudiziale da parte del Primo presidente, il Collegio investito del rinvio rilevi la sopravvenienza di eventi o circostanze tali da far venir meno i presupposti o le condizioni – inizialmente presenti – di applicabilità dell'art. 363-*bis* c.p.c. (ad esempio nell'ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità della disposizione da interpretare o di constatazione, a seguito dell'attività di ricerca del Massimario, dell'assenza della effettiva «serialità» della questione di diritto)<sup>(41)</sup>. Anche in tal caso, sempre tramite una interpretazione estensiva dell'art. 363, comma 3°, c.p.c., la Corte di cassazione potrebbe pronunciarsi d'ufficio nell'interesse della legge qualora la questione di diritto, pur in assenza dei presupposti previsti dall'art. 363-*bis*, comma 1°, c.p.c., rivesta comunque particolare importanza ai fini nomofilattici.

---

fattispecie di inammissibilità a cui ha fatto seguito la pronuncia ex art. 363, comma 3°, c.p.c. Cfr. E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 276 ss.

<sup>(40)</sup> Cfr. E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 234 ss.; L. Salvaneschi, *L'iniziativa nomofilattica del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione nell'interesse della legge*, cit., 80 ss.

<sup>(41)</sup> Cfr. A. Briguglio, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. – Prima Puntata*, in *www.judicium.it* 2023, par. 3, secondo cui: «Meno problematicamente, anche se raramente, ribaltabile de iure dal Collegio investito del rinvio è la ordinanza di ammissibilità del Primo Presidente quando si tratti non della interpretazione in *apicibus* dell'art. 363-*bis*, bensì della sua concreta applicazione al caso di specie e si verificano sopravvenienze o sopravvenuta percezione di fattori originariamente non noti (ad esempio: declaratoria di incostituzionalità della disposizione interpretanda; constatazione, mercé l'attività di ricerca del Massimario o *aliunde*, della assenza di effettiva vocazione 'seriale' della questione; soluzione in sede ordinaria dell'identico interrogativo che ne elida la novità, pur se in tal caso il rinvio, a mio avviso, non diviene affatto inammissibile bensì decidibile mediante semplice *relatio* ai principi di diritto fissati in via ordinaria è però con utile effetto vincolante per il giudice di merito a quo, il quale proprio a questo effetto mirava con la rimessione e non merita di essere deluso)». Sul punto, ancora: A. Briguglio, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. – Seconda Puntata*, in *www.judicium.it* 2023, par. 4.

Con riferimento, invece, ai giudizi nell'ambito dei quali è possibile disporre il rinvio pregiudiziale alla Suprema Corte, le previsioni di cui all'art. 363-*bis* c.p.c. sono indirizzate genericamente ai «giudici di merito».

Atteso peraltro che, come si è appena visto con riferimento al principio di diritto nell'interesse della legge, il dato letterale non sempre risulta necessariamente decisivo, è opportuno valutare la compatibilità del nuovo istituto con i procedimenti cautelari, alla luce delle esigenze di celerità che caratterizzano questi ultimi<sup>(42)</sup>.

Occorre infatti considerare che dal deposito dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale e fino al decreto del Primo presidente che dichiara inammissibile il rinvio o alla pronuncia della Suprema Corte che risponde al medesimo, il giudizio principale è sospeso. Inoltre, il Primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, ha novanta giorni per assegnare la questione di diritto alle sezioni unite o alla sezione semplice o dichiarare l'inammissibilità della questione per mancanza di una o più delle condizioni previste dall'art. 363-*bis*, comma 1°, c.p.c.

È dunque evidente che la sospensione del procedimento di merito e i tempi prescritti dalla nuova norma potrebbero risultare inconciliabili con le esigenze di urgenza e celerità che connotano la richiesta di un provvedimento cautelare.

Pertanto, nell'ambito dei giudizi cautelari, la pronuncia della Corte nell'interesse della legge sembra a tutt'oggi costituire uno strumento più adatto – rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione – al fine di salvaguardare la funzione nomofilattica dell'organo di legittimità. Peraltro, l'attuale formulazione dell'art. 363 c.p.c. ammette il ricorso a tale strumento anche con riguardo alle pronunce cautelari<sup>(43)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Sul punto, R. Masoni, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale in cassazione*, nota a App. Napoli, sez. VII, 2 marzo 2023, in *Ilprocessocivile.it* 11 aprile 2023, par. 4, secondo cui: «il perimetro individuato è quello della tutela dichiarativa, dei giudizi di tipo contenzioso, con esclusione dei procedimenti esecutivi (salvo che per gli incidenti oppositori; artt. 615 e 617 c.p.c.), cautelari o di volontaria giurisdizione (Luiso; Scarselli). Non è escluso che anche il giudice del procedimento per convalida di sfratto (artt. 657 ss. c.p.c.) possa rivolgersi alla Corte nomofilattica, in quanto chiamato a definire il procedimento con ordinanza di convalida /art. 663 c.p.c.)». In senso contrario: F. Santagada, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., 536 ss., secondo cui: «la circostanza che la decisione resa all'esito di un procedimento cautelare non sia ricorribile in cassazione non appare d'ostacolo all'attivazione del rinvio pregiudiziale, anzi proprio la circostanza che si tratti di un ambito nel quale è istituzionalmente precluso l'intervento della Corte suggerisce di consentire l'esercizio della nomofilachia».

<sup>(43)</sup> L'istituto disciplinato dall'art. 363 c.p.c. è stato oggetto di rilevanti modifiche da parte del D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 che ha introdotto, secondo le indicazioni della legge delega n. 80 del 2005, «meccanismi idonei, modellati sull'attuale art. 363 del codice di

Occorre poi considerare che la Corte, qualora si pronunciasse nell'interesse della legge su questioni attinenti al merito della controversia in relazione ad un procedimento cautelare (con riguardo, ad esempio, al requisito del *fumus boni iuris*), fornirebbe alle parti una valutazione anticipata delle questioni che sarebbero oggetto dell'eventuale giudizio di merito. In questi casi, la pronuncia della Corte, pur emessa in sede di «giurisdizione oggettiva», potrebbe influenzare indirettamente lo sviluppo della controversia da cui ha tratto origine, anche favorendone una soluzione stragiudiziale con conseguente deflazione del contenzioso.

Da quanto precede, emerge quindi che l'introduzione del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione, anche in ragione delle condizioni di ammissibilità a cui è sottoposto tale strumento, non comporti la sostituzione o la sopravvenuta «inutilità» del principio di diritto nell'interesse della legge.

I due istituti hanno, peraltro, ambiti di applicazione non coincidenti. L'art. 363-*bis* c.p.c. prevede infatti che il rinvio pregiudiziale possa essere proposto dal giudice di merito solo in presenza di determinate condizioni, anche al fine di evitare un utilizzo eccessivo e generalizzato dell'istituto.

L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge può invece riguardare qualsiasi questione giuridica sottoposta all'organo di legittimità dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione e può avvenire in tutti i casi in cui le parti non abbiano «proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile». La que-

---

procedura civile, a garantire l'esercitabilità della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, anche nei casi di non ricorribilità del provvedimento ai sensi dell'art. 111, comma 7°, della Costituzione». L'esigenza di introdurre tali «meccanismi» finalizzati a disincentivare la formazione di orientamenti giurisprudenziali frammentati aveva infatti portato la Commissione Vaccarella a valorizzare lo strumento, scarsamente utilizzato, di cui all'art. 363 c.p.c. In particolare, vi era la necessità di estendere il controllo nomofilattico della Corte di cassazione anche a quei provvedimenti che non avrebbero potuto essere oggetto di un ricorso dinanzi all'organo di legittimità. Risultava infatti evidente che in alcuni ambiti dell'ordinamento giuridico, la Corte non potesse esercitare un controllo nomofilattico con riferimento a pronunce, quali quelle cautelari, prive dei requisiti di decisorietà e definitività e, dunque, non impugnabili mediante il ricorso straordinario per cassazione di cui all'art. 111 Cost. Cfr. F.P. Luiso, B. Sassani, *Il progetto di riforma della commissione Vaccarella: c'è chi preferisce il processo attuale*, in *www.judicium.it* 2022, *passim*; G. Tarzia, *Il giudizio di cassazione nelle proposte di riforma del processo civile*, in questa *Rivista* 2003, 209; E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 129 ss.; A. Tedoldi, *La legge delega sul procedimento di cassazione*, in questa *Rivista* 2005, 925 ss.; M. Fornaciari, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in questa *Rivista* 2013, 32 ss.

stione deve invece risultare di «particolare importanza» affinché la Suprema Corte pronunci d'ufficio – nelle ipotesi di inammissibilità del ricorso – il principio di diritto nell'interesse della legge.

Come anticipato, la pronuncia nell'interesse della legge, a differenza dell'istituto di cui all'art. 363-*bis* c.p.c., interviene a distanza di molto tempo rispetto al sorgere del contenzioso ed è stata oggetto di critiche in relazione, soprattutto, all'efficacia nel garantire effettivamente l'uniforme interpretazione del diritto.

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione, quindi, operando sinergicamente e in modo complementare con il principio di diritto nell'interesse della legge, va a colmare alcuni limiti evidenziati in relazione a quest'ultimo istituto, così contribuendo a potenziare la funzione nomofilattica dell'organo di legittimità.

## NOTIZIE

---

### **IL XXXIV CONGRESSO NAZIONALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO CIVILE**

Nei giorni 22 e 23 settembre 2023 l'Università di Napoli «Federico II» ha ospitato il XXXIV Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile sul tema «La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione».

I lavori sono stati aperti dal Presidente dell'Associazione, prof. Paolo Biavati. Nella sessione mattutina dopo i saluti del Rettore, prof. Antonio Garofalo, e del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, dott. Luigi Salvato, si sono succedute le relazioni del prof. Giovanni Verde su «Il metodo delle riforme nella giustizia civile», del prof. Salvatore Bocchagna su «La nuova organizzazione del processo» e del prof. Andrea Graziosi su «Giurisdizione civile e nuove tecnologie». La sessione pomeridiana è proseguita con la relazione della prof. Roberta Tiscini su «Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie».

Dopo le relazioni, nel pomeriggio di venerdì e nella mattina del sabato, si è svolto un intenso ed interessante dibattito con gli interventi dei Proff. Francesco Paolo Luiso, Giorgio Costantino, Gian Franco Ricci, Remo Caponi, Andrea Giussani, Giuseppe Ruffini, Laura Salvaneschi, Marco de Cristofaro, Marco Gradi, Cinzia Gamba e Jordi Nieva Fenoll, e le repliche dei relatori.

L'assemblea dei soci, riunitasi, come di consueto, al termine della sessione pomeridiana del venerdì, si è conclusa con l'elezione del nuovo Consiglio Direttivo dell'Associazione.

MATTIA GARAVAGLIA

## RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

---

### RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Luca Bianchi, *La controversia sulla convenzione di arbitrato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2023, pp. 1-283.

Il lavoro monografico di Luca Bianchi ha ad oggetto le controversie riguardanti l'esistenza, la validità o l'estensione della convenzione di arbitrato rituale. L'indagine, arricchita da un costante confronto con l'ordinamento tedesco, si articola in quattro capitoli e una nota finale.

Nel primo, l'a. si domanda se l'eccezione di arbitrato rituale abbia natura processuale ovvero sostanziale, prestando adesione alla prima soluzione. Ciò lo porta a interrogarsi se i rapporti fra arbitro e giudice si presentino in termini di competenza e se vi sia margine per applicare integralmente la disciplina della *translatio iudicii* come disciplinata dall'art. 50 c.p.c. L'a. si focalizza poi sull'efficacia della pronuncia sulla convenzione di arbitrato da parte del giudice e dell'arbitro, giungendo a sostenere che, in entrambi i casi, il tema dell'esistenza e validità della convenzione arbitrale viene deciso con pronuncia idonea all'accertamento sostanziale ogniqualvolta sorga contestazione al riguardo.

Il secondo capitolo è dedicato all'eccezione avente ad oggetto l'esistenza, la validità e l'ampiezza della convenzione di arbitrato sollevata avanti agli arbitri. Anzitutto, l'a. si domanda quale sia la fonte del potere di questi ultimi di decidere sulla propria competenza, concludendo che essa sia la legge stessa più che la volontà compromissoria. Viene poi esaminata la disciplina dei tempi per sollevare l'eccezione offerta dal codice di rito, con particolare attenzione alle conseguenze dell'inerzia del convenuto, anche per l'ipotesi in cui sia rimasto assente dal procedimento. Più specificamente, viene negata valenza sostanziale alla mancata eccezione, escludendo che porti alla formazione di un accordo compromissorio, sull'assunto che il legislatore avrebbe «ricondotto il sorgere della *potestas iudicandi* arbitrale ad un *quid* ulteriore ed alternativo rispetto alla convenzione», ossia alla fattispecie complessa costituita dalla domanda di arbitrato e dalla mancata eccezione. Il capitolo si chiude con l'illustrazione del regime impugnatorio del lodo che abbia deciso sull'eccezione e verificandosi quali siano le modalità attraverso le quali, se l'eccezione di "incom-

petenza” degli arbitri è accolta, il giudizio prosegue avanti al giudice statale.

Nel terzo capitolo l'a. si concentra sull'*exceptio compromissi*, soffermandosi sulle conseguenze della mancata proposizione della stessa avanti al giudice togato da parte del convenuto. Viene respinta l'idea per la quale l'inerzia del convenuto rileverebbe sotto il profilo sostanziale, incidendo sull'accordo compromissorio; ciò che si verificherebbe sarebbe piuttosto «l'irrelevanza di questo all'interno del giudizio». Sono poi indagati i profili impugnatori della decisione sull'eccezione di arbitrato; i rapporti fra impugnazione e riproposizione della domanda in sede arbitrale per l'ipotesi di accoglimento dell'eccezione di arbitrato e viene posto il tema della risarcibilità del danno conseguente all'azione intrapresa avanti al giudice ordinario in violazione della convenzione arbitrale.

Il lavoro prosegue, nell'ultimo capitolo, con l'esame della disciplina della contemporanea pendenza della stessa causa o di cause connesse avanti al giudice togato e all'arbitro secondo il sistema delle c.d. vie parallele.

Chiude lo studio una nota finale, nella quale l'a. verifica la compatibilità delle conclusioni raggiunte con la nuova disciplina dettata dall'art. 819-*quater* c.p.c., introdotto dal d.lgs. n. 149/2022, che regola, per i casi di pronuncia declinatoria resa nel procedimento avanti agli arbitri o avanti al giudice, le modalità di prosecuzione del giudizio rispettivamente in sede giudiziale e arbitrale, l'efficacia delle prove raccolte nel giudizio definito con il provvedimento declinatorio e le conseguenze della mancata riassunzione tempestiva nell'altra sede (Martino Zulberti).

Paolo Comoglio, *Il processo come fenomeno economico di massa. Problemi di finanziamento e di remunerazione delle controversie civili*, Giappichelli ed., Torino 2022, pp. 429.

Paolo Comoglio espressamente dichiara che l'obiettivo dell'opera è quello di «partire dall'analisi... di come, in concreto, vengono finanziate e remunerate le controversie civili per verificare l'adeguatezza delle norme deontologiche e processuali» (p. 2 delle Premesse); infatti, dice l'autore, attualmente l'esigenza non è più quella di garantire l'accesso alla giustizia a chi non ha i mezzi per farlo, ma di «verificare se i meccanismi di accesso presenti siano davvero efficienti», chiedendosi sia se essi siano in grado di garantire a chi non ne ha i mezzi di ottenere ciò al quale ha diritto, sia se i medesimi non vengano abusati.

A questo proposito viene evidenziata la crisi del ceto forense per l'esagerato aumento degli iscritti all'Albo, crisi che ha effetti anche ma-

croeconomici, perché implica il rischio di un uso improprio di alcuni istituti processuali. Tale problema e alcune altre questioni relative a nuove spinte economiche, incidono ed influiscono, per Comoglio, sugli scopi del processo e sulla conseguente regolamentazione processuale: «non è l'economia che diventa uno strumento di analisi del processo, ma è il processo che sta diventando uno strumento economico».

Muovendo dunque da un'analisi nel primo capitolo dei metodi tradizionali di finanziamento della lite (anticipazione delle spese, distrazione delle spese e patrocinio a spese dello Stato), l'autore passa nel secondo capitolo ad analizzare i nuovi modelli di esercizio della professione che acquisisce caratteri di imprenditorialità, e i nuovi metodi di finanziamento della lite (anche alla luce dell'art. 13, l. 31 dicembre 2012, n. 247), quali le società di avvocati con soci di capitali, il patto di quota lite, il *third-party funding*, l'ipotesi dell'assistenza *pro bono*; sviluppa poi ampiamente il tema della soccombenza come fondamento della remunerazione processuale (terzo capitolo), nonché si occupa di aspetti di deterrenza e di premialità nella remunerazione processuale, analizzando il tema della responsabilità per lite temeraria, della responsabilità processuale aggravata e dell'abuso del processo (quarto capitolo).

A seguito e sulla base di detta approfondita analisi, nell'ultima parte dell'opera (quinto capitolo) Paolo Comoglio trae riflessioni conclusive rispetto alla capacità del sistema processuale italiano di fronteggiare «i nuovi problemi posti dalle recenti evoluzioni nelle modalità di finanziamento della lite e nella strutturazione della professione legale». Ebbene, detta capacità risulta inadeguata, data l'assenza di meccanismi deontologici, ma anche processuali «idonei a controllare e gestire i problemi posti da tali evoluzioni» (Titina Maria Pezzani).

Domenico Dalfino, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, Quaderni de «Il giusto processo civile», 17, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2022, pp. 1-132.

Il lavoro monografico di Domenico Dalfino ripropone, con approfondimenti e con un importante apparato di note a corredo, la relazione svolta dall'a. al Convegno biennale dell'Associazione Italiana tra gli Studiosi del Processo civile, tenutosi a Milano, presso l'Università Cattolica nel giugno del 2022.

Il tema dei rapporti tra le funzioni attribuite dal legislatore alle *Autorità* e la tutela giurisdizionale dei diritti di fronte ai giudici amministrativo e ordinario è esempio paradigmatico della complessa realtà giuridica con la

quale gli operatori del diritto e gli studiosi si devono rapportare, laddove esigenze di efficienza e di professionalità nella regolazione di settori sensibili, in materia economica o di libertà (riconosciute a livello costituzionale e sovranazionale), si correlano strettamente al tema della giustizia del singolo.

L'analisi prende le mosse dalle *rationes* sottese all'istituzione delle varie Autorità di settore, precisandosi, in esordio, come non ci si trovi di fronte ad un "quarto potere" dello Stato, bensì ad eterogenee amministrazioni, benché particolari perché caratterizzate da indipendenza, poteri autoritativi e specifiche competenze tecniche.

Proprio l'eterogeneità delle *Autority* impone innanzitutto all'a., al fine di comporre il variegato quadro normativo di riferimento, un'attenta e meditata analisi delle differenti discipline di settore e, soprattutto, dei diversi rapporti tra gli atti e le "decisioni" di tali Autorità e la giurisdizione, sia essa amministrativa o ordinaria, cui, peraltro, sempre compete vuoi un sindacato vuoi un potere concorrente di tutela. In particolare, quanto al sindacato della giurisdizione, lo studio dell'a. descrive e razionalizza il quadro di riferimento secondo due direttrici: la prima riguarda di riparto di giurisdizione tra giurisdizione amministrativa e ordinaria; la seconda guarda all'attività dell'Autorità, distinguendo al riguardo gli atti di regolazione dai provvedimenti sanzionatori.

Lo studio prosegue, quindi, indagando il differente modo e grado di sindacabilità degli atti delle Autorità in sede giurisdizionale. Innanzitutto, l'a. esamina la sfera d'intervento del giudice amministrativo, soffermandosi sul tema soprattutto in relazione al potere sanzionatorio dell'AGCOM, laddove si è posto il tema del controllo forte o debole dell'autorità giudiziaria, unitamente a quello della sindacabilità in tale sede di statuizioni che si fondano su concetti indeterminati, come, ad. es., quello di "mercato rilevante". In secondo luogo, vengono presi in considerazione ed esaminati casi nei quali la giurisdizione in materia di opposizioni a sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti è, invece, attribuita al giudice ordinario, come avviene, ad es. nel caso della Banca d'Italia e della CONSOB. A tal proposito l'a., pur riconoscendo gli ampi poteri attribuiti dalla legge all'autorità giudiziaria, sottolinea tuttavia come nella sua chiave di lettura non appaia lecito, in forza di ciò, "annacquare" i principi fondamentali del giusto procedimento davanti all'autorità indipendente. In chiusura di questa (seconda) parte dello studio viene, inoltre, esaminato il peculiare modello di "tutela alternativa", previsto in particolare nel caso del Garante della *privacy*, laddove l'attenzione si concentra sulla prospettabile, ma negata dall'a., equivalenza delle due forme di tutela – amministrativa e giurisdizionale – concesse dal sistema.

Il lavoro si concentra poi sulle possibili interferenze e sul coordinamento delle differenti tutele in precedenza esaminate.

Particolare interesse suscita – per il recensore - l'ampia disamina del tema relativo all'incidenza sul giudizio ordinario civile risarcitorio dell'accertamento della violazione delle norme *antitrust* compiuto dall'Autorità competente o della conferma di tale provvedimento in sede di impugnativa. Con particolare riguardo a questo tema viene in esame soprattutto il caso regolato dall'art. 7, comma 1°, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, nel quale, come noto, si attribuisce all'AGCM l'attività di accertamento degli illeciti *antitrust* e al giudice civile la decisione dell'azione per il risarcimento del danno, stabilendosi che si ritiene definitivamente accertata nei confronti dell'autore la violazione del diritto della concorrenza, se constatata da una decisione dell'Autorità non più soggetta a impugnazione davanti al giudice del ricorso o accertata da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Si tratta di un tema al centro di molte discussioni soprattutto in merito all'esatta qualificazione di tale vincolo per le c.dd. azioni *follow on*. Sul punto l'autore, dopo un'attenta disamina delle tesi già proposte in dottrina, nega, con argomenti convincenti ed equilibrati, che tale vincolo possa essere assimilato a quello prodotto dalla cosa giudicata o che possa qualificarsi come un "iper-vincolo", preferendo circoscriverne l'operatività sul piano istruttorio.

Chiudono il lavoro brevi, ma interessanti, considerazioni sul "caleidoscopio" giustizia nell'attuale panorama della tutela dei diritti; tutela, che non è più soltanto quella giurisdizionale, né, peraltro, soltanto quella basata su logiche avversariali.

Anche la tutela davanti alle *Authority* rappresenta, infatti, come sottolinea l'a., una forma di accesso alla giustizia, ancorché si tratti di giustizia non giurisdizionale (il che ne legittima la tenuta costituzionale) quanto alle regole di funzionamento e alle garanzie, sicché è certo per l'a. che non si possa porre su un piano di equivalenza con quella ordinaria. Il che non significa svilarne la funzione e l'importanza, ma piuttosto sottolineare come sia urgente una riflessione sulle regole del giusto procedimento, sulle modalità di nomina delle Autorità indipendenti e su altri aspetti messi ben in luce nelle righe finali dello studio (Simonetta Vincere).

Eugenio Dalmotto (a cura di), *Lezioni sul nuovo processo civile*, Zanichelli ed., Torino 2023, pp. I- 448

Il testo si occupa, come la gran parte dei contributi apparsi nei primi sei mesi di quest'anno, della Riforma Cartabia del processo civile e – come indicato nel sottotitolo – delinea i tratti essenziali della giustizia comple-

mentare, del processo ordinario, di quello semplificato, dei procedimenti speciali, dell'esecuzione forzata, del rito e del tribunale in materia di persone e famiglia e della disciplina transitoria.

L'approccio del curatore emerge con tutta evidenza nell'ambito del primo Capitolo, dedicato agli obiettivi e all'iter legislativo della riforma, nell'ambito del quale si sottolinea come la "brusca accelerazione" subita dal d.d.l. n. 1662 risalente al 2020 si debba ad un evento eccezionale come la pandemia da Covid-19, dalla quale sono derivati significativi finanziamenti concessi al nostro Paese dall'Unione Europea, condizionati alla risoluzione di alcune questioni critiche, quale la proverbiale lentezza del procedimento civile. Premesso che il curatore dimostra un salutare scetticismo rispetto alla possibilità che le modifiche al codice di rito possano effettivamente condurre ad una riduzione dell'arretrato e della durata dei processi civili, la trattazione si segnala per la pluralità di voci che in essa trovano espressione e che si occupano di tutti gli aspetti salienti della riforma.

Il testo segue l'ordine sistematico della legge delega e, dunque, dopo un primo capitolo, che ha ad oggetto i primi tre commi dell'articolo unico della legge delega e che quindi ha contenuto anche introduttivo, si susseguono La mediazione: comma 4, lett. da a) a p); La negoziazione assistita: comma 4, lett. a) e lett. da q) a u); Il processo ordinario di primo grado: comma 5, lett. da a) a m) e lettera t), e via discorrendo: il nuovo processo semplificato, le nuove ordinanze anticipatorie, il procedimento per convalida di sfratto, il tribunale in composizione collegiale e monocratica, il processo davanti al giudice di pace, le impugnazioni in generale e l'appello, la cassazione, la revocazione a seguito di sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo, le controversie di lavoro, l'esecuzione forzata, la volontaria giurisdizione, i procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni euro unitarie, i consulenti tecnici ufficio, il processo civile telematico, le modalità alternative di svolgimento delle udienze, i provvedimenti cautelari, l'ufficio per il processo, le notificazioni, i doveri di leale collaborazione delle parti e dei terzi, il regolamento di competenza e il principio del contraddittorio, l'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo, il rilievo del difetto di giurisdizione, le controversie in materia di persone, minori, famiglia ed il relativo tribunale, la protezione dei minori e delle vittime di abusi familiari e le controversie di accertamento della cittadinanza italiana. Ogni capitolo contiene, inoltre, un paragrafo sulla relativa disciplina transitoria.

Gli autori dei diversi contributi sono tutti cultori del diritto processuale civile, accademici e no, che, in varia misura, si ricollegano all'insegnamento di Sergio Chiarloni; la genesi unitaria e la trasversalità di esperienze degli autori indubbiamente giova al testo qualificandolo come uno

strumento indubbiamente utile anche per il ceto forense e particolarmente maneggevole, come ben dimostra l'assenza delle note a piè di pagina, sostituite da una più efficace, ai fini che ci si propone, nota bibliografica a chiusura di ogni capitolo.

Il volume è certamente tra i più approfonditi e sicuramente tra i più completi commenti alla recente riforma del rito (Francesca Ferrari).

Enrico Gabrielli, *L'autonomia privata, Dal contratto alla crisi d'impresa*, vol. I, Cedam-Wolters Kluwer ed., Milano 2020, pp. 670; *L'autonomia privata, Teoria del contratto e diritto comparato*, vol. II, Cedam-Wolters Kluwer ed., Milano 2021, pp. 360

1. - Enrico Gabrielli non ha bisogno di presentazioni. I civilisti italiani lo annoverano tra i maggiori esponenti e la risonanza dei suoi studi lo ha da tempo proiettato su una scala transnazionale. I due volumi qui recensiti riuniscono molti dei saggi che l'autore ha pubblicato nel tempo, e ripropongono lo svolgimento, protratto negli anni, di temi e idee sul diritto dei privati, sui suoi strumenti e sulle ibridazioni a cui esso viene sottoposto per adeguarsi ad un divenire laborioso e multidirezionale

La presentazione del migliaio di pagine del primo volume – fitto dialogo con le comunità degli studiosi italiani e stranieri – esordisce con un *understatement*: «Il volume affronta temi e argomenti, anche di taglio comparatistico, in materia di autonomia privata e teoria del contratto». La raccolta abbraccia in realtà una poderosa ricerca a tappe che muove dalla teorica del contratto per affrontare e sviluppare gli interrogativi dello smarrito giurista dei nostri giorni. Chiave di indagine è il riconoscimento del valore degli strumenti della dottrina classica, riconoscimento però depurato (grazie ad un'analisi molto realistica) del sovraccarico dogmatico soccombente di fronte al flusso legislativo e ai principi che ne è dato ricavare.

Emblematicamente, l'apertura del volume è data dal saggio intitolato “*La nozione di contratto*”, dedicato al rapporto tra l'autonomia privata e gli atti che la esprimono. È un preludio dell'opera perché ripercorre la sequela delle figure (fatto, atto, negozio, contratto), e delle costruzioni di appoggio (teorie soggettive e oggettive). L'autore recupera le “categorie” ma riconosce le trappole della astrazione oggettivante, muovendosi agilmente a contatto con le “*nozioni concettualmente affini*”. Funzione e struttura, elementi essenziali, secondari e accidentali; solo in fine *classificazioni*. Si sviluppano naturalmente i rapporti delle figure con l'autonomia privata, concetto di sintesi rinforzato dal suo rilievo costituzionale, essenziale per orientarsi per l'individuazione dei tipi contrattuali, per le articolazioni strutturali del

tipo contrattuale, per la libertà della creazione dei contratti atipici attraverso concetti ausiliari quali la meritevolezza dell'interesse perseguito.

Rientra in questo anche l'osservazione dell'insufficienza pratica in cui sempre più spesso incorre il contratto isolato, che giustifica le prassi dei contratti misti, complessi e collegati e che impone il cambiamento di prospettiva con il passaggio dal contratto all'operazione economica, la cui rilevanza giuridica trova infine giustificazione quale atto di autonomia privata. In questa dimensione funzionale l'autore si confronta con l'emergere di dubbio se sia il caso di pervenire ad una nuova definizione di contratto: è il tema della resistenza delle nozioni del diritto privato alle rapide e mutevoli trasformazioni di tale diritto.

Spazio considerevole Gabrielli riserva al tema dell'alea contrattuale. L'indagine (che torna anche nel secondo volume con un'ampia analisi della contrapposizione tra la nozione di aleatorietà come vantaggio o perdita in senso economico e quella di aleatorietà come vantaggio o perdita in senso giuridico) affronta i complessi problemi definitivi che pone l'esigenza di distinguere tra contratti che davvero meritano l'etichetta di *aleatori* (contratti tipicamente tali, ovvero resi aleatori da specifica scelta delle parti) e contratti in cui l'alea non si presenta come elemento caratterizzante. Vengono in gioco le ricostruzioni in termini causali con il tema della struttura formale del tipo contrattuale. Alle spalle di questo appare il personaggio del giudice, cioè della giurisprudenza su cui si scaricano scelte non riconducibili facilmente alle fattispecie legali.

Il tutto porta all'inesauribile tema dell'oggetto del contratto, dove si intrecciano storia e dogma, con il problema della elaborazione di una "teoria dell'oggetto del contratto" che è stato in passato problema della definizione dogmatica di una nozione univoca di oggetto del contratto. Complica il quadro la proliferazione dei vocaboli: esemplare è la dicotomia oggetto/contenuto che, se non risolta sul piano nominalistico, mostra un complesso rapporto tra oggetto e contenuto; il tutto reso ancor più problematico dall'osservazione di come il tema dell'oggetto del contratto resti condizionato dall'aspetto che l'autore chiama "descrittiva negoziale". Altrettanta attenzione è imposta dall'evoluzione del diritto di tale settore, che ripropone il problema dell'oggetto in quello che si presenta davvero come il nuovo diritto dei contratti.

La seconda parte del primo volume è dedicata ad *autonomia privata e impresa*, per trasformarsi poi, nella terza parte, in *autonomia privata e crisi di impresa*. I saggi muovono dalle dinamiche convulse che i soggetti dell'economia hanno vissuto negli ultimi decenni, attraverso la disciplina antitrust e il correlato irrompere, nella nozione tradizionale di autonomia

privata, dei poteri regolativi delle autorità di vigilanza (spicca una bella analisi della difficile convivenza tra l'espansione dei poteri di "connotazione" che la Banca d'Italia esercita sugli atti di autonomia privata e il principio di autonomia dei privati). Vengono poi affrontate le soluzioni negoziali della crisi (accordi di ristrutturazione e piani attestati di risanamento), la disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nella comparazione tra il sistema normativo disegnato dalla legge fallimentare del 1942 (letto alla luce della lunga esperienza giurisprudenziale) e quello, ancora lattiginoso, del codice della crisi di impresa, nell'incerto rapporto tra diritto comune e diritto speciale dei contratti nella legge del concorso.

Il codice della crisi di impresa è ancora affrontato da altra angolatura nel saggio su *tradizione e novità nel nuovo codice*. Vengono all'attenzione le inedite inflessioni che l'autonomia privata subisce di fronte alla "apparizione" del negozio giuridico e delle sue strutture "configurative" (la convenzione di moratoria). L'autore riflette efficacemente sull'abbandono del legislatore della convenzione tacita che aveva portato al bando dell'impiego dei termini *negozio*, *negoziale* e simili: il legislatore dell'insolvenza usa infatti il termine "strumenti negoziali", e, con riferimento alla transazione fiscale e agli accordi su crediti fiscali e previdenziali, espressamente parla di "sottoscrizione dell'atto negoziale". Ma è poi l'autonomia privata a prendere connotazioni di concorsualità negli strumenti stragiudiziali di soluzione della crisi d'impresa.

2. - Il secondo volume raccoglie a sua volta un decennio di saggi, frutto spesso dell'intensa attività di conferenziere svolta dall'autore fuori d'Italia. Anche in esse resta costante il registro dell'autodeterminazione dei privati; vengono però accentuati gli aspetti di teoria del contratto in prospettiva comparatistica.

Qui l'autore si confronta con vari sistemi; a cominciare dal grande e problematico cantiere del diritto cinese. Nell'affrontare il nuovo progetto cinese di codice civile, Gabrielli focalizza la propria attenzione sull'idea di negozio giuridico, elemento portante della più recente riforma normativa. Si direbbe che la dottrina della Pandettistica, i cui risultati furono trasfusi nel *BGB* e influenzarono il codice civile italiano, sia riuscita a proiettare l'immagine del *Rechtsgeschäft*, simbolo dell'individualismo volontaristico, in sistemi lontani e antitetici. Ma non si tratta solo di sfoggio di cultura, perché l'intero saggio si caratterizza per riflessioni prospettiche e legittimi interrogativi.

Seguono contributi molteplici su temi comuni al diritto italiano e ai diritti dell'America Latina, notoriamente condizionati dalle ideologie e

dalle letterature giuridiche europee, da quella italiana in testa. In tale solco si pone il lavoro sui contratti di durata nel diritto italiano e nel nuovo codice civile argentino. Tornano così, arricchiti dalla comparazione, problemi già in precedenza arati come quello dell'oggetto del contratto, che viene ora calato nella comune e generale categoria del diritto sudamericano, categoria rafforzata dalla possibilità di fruttuoso confronto con la prospettiva del diritto comune europeo. Comuni problemi sono quelli relativi alla causa (astratta, concreta, economica ecc.), ai tipi del contratto (tipo legale, giurisprudenziale, sociale ecc.) ed al fenomeno della crescente "tipizzazione del contratto atipico". Una *cause célèbre* del diritto uruguayano offre all'autore un significativo osservatorio per una analisi strutturale dell'operazione economica, e per una originale esame della combinazione tra atti e comportamenti nel settore del collegamento negoziale in relazione alla struttura formale dell'operazione.

La seconda parte lega tra loro autonomia privata e rimedi contrattuali. Anche qui v'è ampia considerazione del diritto uruguayano. Così come nell'indagine sulla figura del giudice nella considerazione dell'eccezione di inadempimento e, infine, nell'analisi della *chance* perduta e dei suoi riflessi patrimoniali. Pagine, queste, che valgono da antidoto alla sconcertante proliferazione di diversioni e di paralogismi che affliggono la nostra giurisprudenza di legittimità sul tema del c.d. danno da perdita di *chance*.

3. - Va da sé che la riflessione di Gabrielli si rivolge *in primis* ai civilisti ma non lascia fuori i processualisti (avevo cercato di dare voce a tale prospettiva in *Il pegno rivisitato. Un trattato moderno su un istituto antico, Rivista dell'esecuzione forzata*, 3/2006). Il cultore del processo si trova di continuo evocato, esplicitamente o implicitamente (rimedi negoziali in forma di azioni, eccezioni, attuazioni di diritti, arbitraggio, trascrizione delle domande ecc.); ancor più è chiamato in causa il processualista sensibile alla materia concorsuale (si è visto come la direzione della ricerca prenda subito la strada della crisi di impresa).

Il coinvolgimento del processualista trascende quindi quello, generico, dell'appartenenza al comune *humus* del diritto privato, perché subisce l'attrazione dell'urto continuo dei temi, del loro taglio e degli esiti spendibili nella riflessione di taglio processuale. È così per il ritorno degli studi sulla garanzia reale (*Una garanzia reale senza possesso*) che affronta da un lato la costituzione e l'opponibilità del vincolo, dall'altro la realizzazione della garanzia. Ed è così per il tema, caro alla processualistica (italiana ma non solo), della trascrizione delle domande giudiziali in relazione al fallimento; i lavori di Gabrielli ora raccolti proseguono e ricompongono l'e-

sperienza del mezzo secolo trascorso dal fondamentale *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali* che Vittorio Colesanti licenziò definitivamente nel 1972.

Altra materia di frontiera è l'arbitraggio. Argomento la cui importanza è espressa dalla difficoltà di non poca parte della dottrina (delle dottrine, *utriusque juris* intendo) di separare con la dovuta chiarezza la decisione dell'arbitro irrituale dalla determinazione del terzo propria della fattispecie (incompleta?) dell'arbitraggio (il recensore ne sa qualcosa!). Le pagine di Gabrielli – che esamina attentamente le figure affini – aiutano sensibilmente ad impostare i termini del problema, spesso affidato alla mera trasposizione di conclusioni attinte in ambiti limitrofi.

Tema di potenziale attrito con la visione dei processualisti (visione piuttosto compatta, operante su equazioni abbastanza semplicistiche tra diritto e tutela) è il mondo della autonomia privata alle prese con l'esclusione dei rimedi contrattuali: la clausola di “*exclusive remedy*” viene vista come tecnica di amministrazione del rischio contrattuale, ma l'indagine mira a comprendere il rapporto intercorrente tra autonomia privata e potere dispositivo dei rimedi risolutivi.

Parimenti per la nullità (“le” nullità, ormai) tema in passato trattato in punta di penna nel mondo processualistico, e poi portato forzatamente alla sua attenzione dalla ingarbugliata giurisprudenza di ponderose ed oscure sentenze. Il tema è dunque divenuto ormai abbastanza “chiassoso” per essere ignorato: la fila dei contributi processualistici è cominciata, ma pochi sono ancora quelli dotati della necessaria chiarezza di indirizzo. La riflessione dell'autore apre la strada nella giungla terminologica che affligge ormai un tema *olim* compatto ma oggi frammentato in parasistemi di fattispecie e rimedi.

Il quadro disegnato da Enrico Gabrielli travalica evidentemente la disciplina d'origine; esso restituisce al diritto civile quel carattere di universalità che la corsa alle specializzazioni aveva progressivamente eroso, e investendo in maniera originale il processualista. Che viene invitato ad evadere dal suo angolo visuale ed a connettersi con un pensiero proficuamente e (soprattutto) gratificante (Bruno Sassani).

Roberta Tiscini, Francesco Paolo Luiso (a cura di), *Scritti in onore di Bruno Sassani*, vol. I e II, Pacini Giuridica, Pisa 2022, pp. VII-2084.

La ricchezza e la numerosità degli scritti compresi nei due tomi degli scritti dedicati a Bruno Sassani, curati dall'amico Luiso e dall'allieva Ti-

scini, testimoniano in sé la varietà degli interessi dell'onorato e le sue doti di studioso capace di trasmettere con vivacità e passione.

Impossibile intrattenersi sui singoli scritti, oltre centocinquanta, a firma di amici ed allievi, suddivisi in dieci sezioni (I principi generali, Il processo ordinario di cognizione, Le impugnazioni, I procedimenti speciali, L'esecuzione forzata individuale e concorsuale, Le giurisdizioni speciali, Arbitrato e altre ADR, I profili di internazionalità, Il processo nella storia e nel progresso, Questioni di diritto sostanziale). Moltissimi sono quelli che prendono le mosse da un dialogo ideale con scritti dell'onorato e che si mostrano frutto di uno studio non di circostanza, progettato per potersi inserire nel solco dei suoi interessi culturali e scientifici, in un dialogo improntato alla sua ben nota libertà di pensiero.

In tutta l'opera si coglie la speciale testimonianza di affetto della comunità scientifica ed accademica nei confronti dell'onorato e così la conferma delle sue qualità umane e di relazione, come ben ricordano i curatori nella "Presentazione" (Elena Merlin).

Michelle Vanzetti, *La condanna generica*, Giuffrè, Milano 2021, pp. XII-439

L'opera di Michelle Vanzetti, che ha ad oggetto un tema classico del diritto processuale civile, pur in passato scarsamente indagato, è al contempo di estrema attualità: la Corte di cassazione ha infatti, con ordinanza n. 17984 del 3 giugno 2022 (poi subito smentita dalle sezioni unite con sentenza n. 29862 del 12 ottobre 2022) dichiarato (seppur *obiter*) inammissibile la domanda dell'attore originariamente rivolta unicamente ad una condanna generica.

Sull'ammissibilità della domanda dell'attore che *ab origine* abbia ad oggetto la mera condanna generica nutre diverse perplessità anche l'a., per aspetti però solo in parte corrispondenti a quelli valorizzati dalla Corte di cassazione nell'isolata ordinanza appena citata.

L'opera è strutturata in tre parti.

Nella prima, Vanzetti conduce un'ampia introduzione di matrice storica, diretta in primo luogo a delineare le origini penalistiche dell'istituto a partire dal c.p.p. del 1866, quindi a descrivere i contorni dell'adozione e dell'adattamento della condanna generica anche in ambito processuale civile da parte della giurisprudenza, infine a riassumere le varie espressioni di interesse mostrate dalla dottrina dell'epoca nei confronti di questa ancora incerta figura in crescente diffusione applicativa.

L'a. dirige dunque la sua analisi sul dato positivo, introdotto finalmente dal legislatore nel codice del 1940. Mentre l'opinione giurisprudenziale prevalente successiva all'entrata in vigore dell'attuale c.p.c. ritiene che con l'art. 278 c.p.c. il legislatore abbia recepito l'istituto così come era stato forgiato dalla prassi, Vanzetti conclude la prima parte del suo lavoro affermando che con il codice del 1940 sia stata disciplinata espressamente (solo) la specifica fattispecie della suddivisione di un unico giudizio in due fasi, mentre la condanna generica adottata sino ad allora doveva darsi ormai per strumento acquisito e consolidato, non bisognoso di specificazione normativa. Ancora, l'a. condivide l'idea – variamente espressa in passato ad esempio da Montesano e da Proto Pisani – per la quale la condanna generica avrebbe una natura ibrida, dotata di contenuto dichiarativo e di funzione anticipatoria di (parte della) tutela richiesta. Oggetto di cognizione e di decisione sarebbe poi non già uno degli elementi della fattispecie (ovvero il solo fatto produttivo del danno, secondo la prevalente ricostruzione offerta in dottrina tra gli altri da Consolo, Luiso, Chizzini), bensì il diritto di credito originariamente dedotto in giudizio: questa soluzione sarebbe maggiormente rispondente alla lettera della legge e – soprattutto – consentirebbe di sostenere l'ammissibilità della domanda di condanna generica in via autonoma.

Proprio a questo tema centrale – come detto di recente oggetto di rinnovato dibattito – è peraltro dedicata la seconda parte del libro, dove l'a. ricapitola e condivide le molteplici perplessità nutrite in dottrina sull'ammissibilità in via autonoma di una domanda di condanna generica, specialmente ove si proceda dal concepire l'oggetto della medesima come limitato a solo uno degli elementi della fattispecie dedotta in giudizio. Perplessità in larga misura superabili attingendo alla diversa tesi sostenuta dall'a. stessa, dinanzi accennata. Tesi che ha l'ulteriore e non secondario vantaggio di rendere inconfidenti le obiezioni altrimenti opponibili in punto di non frazionabilità del credito.

Vanzetti ricostruisce l'attività del convenuto diretta ad estendere l'oggetto del processo originariamente limitato dall'attore alla sola condanna generica anche alla valutazione del credito come domanda riconvenzionale di mero accertamento negativo: l'a. riconosce tuttavia che la determinazione del *quantum* non rappresenta oggetto di accertamento giudiziale e dunque di un'autonoma domanda, sì che proprio questa circostanza indebolisce la tesi – pur maggioritaria in giurisprudenza – che la domanda di condanna generica possa essere autonomamente proposta come tale. Il lettore inciampa di frequente in ostacoli sistematici che suggerirebbero (avverte Vanzetti) di ripudiare *tout court* l'istituto. A meno che non si

preferisca accettarlo come *ius receptum* e sforzarsi di fornirgli appigli che però la stessa a. riconosce non essere “solidissimi”.

Nella seconda parte dell'opera sono poi affrontati pure numerosi problemi applicativi dell'istituto, in una prospettiva per così dire dinamica dello stesso. Per accennarne qualcuno: se sia ammissibile che il giudice limiti d'ufficio la pronuncia all'*an debeat*; che l'attore cumuli in via condizionata domanda di condanna piena e domanda (autonoma) di condanna generica; che l'attore modifichi la domanda originariamente proposta come condanna generica in domanda di condanna specifica; quale sia la sede (giudizio sull'*an* o giudizio sul *quantum*) in cui il giudice deve esaminare le eccezioni del convenuto (in particolare, quelle aventi ad oggetto il concorso di colpa del danneggiato e la compensazione); infine, quali siano i reciproci influssi tra decisione sull'*an* (ed eventuale giudizio di impugnazione avverso la stessa) e prosieguo (o estinzione) del processo per la determinazione del credito.

La terza ed ultima parte del volume è dedicata alla condanna provvisoria, *ex art. 278*, comma 2°, c.p.c., istituto – meno complesso della condanna generica – del quale l'a. indaga le origini (anche qui, rinvenute nel processo penale) nell'ordinamento positivo. Dopo aver chiarito che la pronuncia della provvisoria è possibile solo se sia stata originariamente proposta una domanda di condanna specifica, Vanzetti esamina i presupposti per la sua emanazione, tra i quali esclude che possa annoverarsi anche l'“apprezzabile interesse” dell'istante, di cui all'art. 277, comma 2°, c.p.c. La pronuncia della provvisoria deve necessariamente seguire o essere contestuale all'accertamento dell'esistenza del diritto azionato: ecco allora che l'a. si chiede se il giudice possa emanare una condanna provvisoria nell'ambito del giudizio sul *quantum debeat*. Il rispetto del principio di concentrazione impone a suo avviso di ritenere che ciò debba escludersi qualora l'istruttore abbia rimesso in via anticipata la causa al collegio sulla scorta dell'assunto che sia stata raggiunta la prova parziale del credito; mentre potrebbe con qualche sforzo ammettersi qualora il collegio, cui la causa sia stata rimessa a conclusione dell'istruttoria sul *quantum*, ritenga che solo una parte della domanda sia stata provata (Paola Chiara Ruggieri).

Alberto Villa, *La graduazione delle questioni di merito*, Giappichelli, Torino 2023, pp. 430

Il lavoro, che si articola in tre capitoli, analizza il tema del condizionamento delle questioni concernenti il merito della causa. Nel primo capitolo

viene anzitutto tracciato il perimetro entro il quale si svolge l'indagine, e se ne definisce l'oggetto. Escluse tutte le questioni attinenti al rito, così come quelle relative alla fase istruttoria e le mere difese, la graduazione analizzata concerne in particolare la soluzione delle «questioni di merito» a) che riguardano i fatti giuridici principali, privi di funzione individualizzante; b) che implicano il riferimento a una determinata fattispecie, impregiudicato restando il potere del giudice di qualificarli in via autonoma; c) che sono oggetto di un'allegazione di parte o emergono dagli atti di causa; d) qualora rilevabili d'ufficio, che sono comunque spendibili in subordine, dovendosi «escludere che la rilevanza officiosa della questione valga a obliterare il potere di condizionamento delle questioni di merito su istanza di parte». Quanto poi alla nozione di «graduazione», l'a. sottolinea come sia da prendersi in considerazione la sola ipotesi del cumulo eventuale (di questioni attinenti a una singola domanda) c.d. subordinato, vale a dire quello in cui l'evento condizionante è costituito dalla soluzione «negativa» della questione dedotta in via principale. L'a. evidenzia altresì come la richiesta di graduazione, che dev'essere espressa dalla parte interessata, si risolva in un'istanza, che, ove ammissibilmente formulata, limita in fase decisoria il potere del giudice di scegliere in che ordine risolvere le diverse questioni di merito, vincolandolo, appunto, al condizionamento richiesto e così derogando al principio del primato della ragione più liquida.

Nel secondo capitolo, dedicato alla concreta ammissibilità del condizionamento suddetto, l'a. pone in rilievo la distinzione intercorrente tra la posizione dell'attore e quella del convenuto. Rispetto all'attore, posto che la graduazione è astrattamente ipotizzabile solo con riferimento a una futura sentenza di accoglimento della domanda (escludendosi che l'attore abbia il potere di condizionare l'ordine delle questioni che condurrebbero al rigetto della domanda medesima – e discettandosi al riguardo di una vera e propria *legittimazione alla graduazione* sussistente soltanto in relazione alla pronuncia di accoglimento), l'indagine prende le mosse dalla nota tesi secondo cui la latitudine oggettiva di una decisione è determinata dal suo motivo portante (*Begründungstheorie*), il quale pertanto rileva anche in punto di graduazione e dunque di condizionamento dell'*ordo decisionis*; questo comporta che, in relazione alla posizione dell'attore, l'analisi si concentri sull'ammissibilità del condizionamento delle allegazioni costitutive. Ciò premesso, l'a. sottolinea che, quando la concreta portata precettiva *in posterum* della sentenza di accoglimento appaia suscettibile di essere determinata dal fatto costitutivo posto a fondamento della pronuncia (in considerazione «della regolamentazione funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, nonché della stabilità di tale realizzazione»),

L'attore è portatore di un interesse oggettivo e giuridicamente rilevante a vedere accertata l'esistenza del diritto azionato come scaturente da un determinato fatto costitutivo, anziché da un altro. Se, rispetto all'attore, è prospettata tale innovativa posizione (declinata dall'a. in un'ampia casistica applicativa), più restrittiva è invece la posizione assunta con riguardo al convenuto. Anche per questa ipotesi si precisa anzitutto che il riferimento del condizionamento meritale operato dal convenuto non può che essere la sola sentenza di rigetto della domanda attorea. Ciò posto, si evidenzia che, se la prospettiva d'indagine è circoscritta al giudizio pendente, per il convenuto ogni deduzione meritale riveste, di regola, la medesima utilità, avendo sempre quale obiettivo il rigetto della domanda. Ciò, tuttavia, non accade nelle ipotesi di giudicato *zur Zeit*, vale a dire quando la decisione di rigetto dipende dall'accoglimento di un'eccezione meramente "sospensiva", che consente la riproposizione della domanda. In simili ipotesi va riconosciuto in capo al convenuto un interesse oggettivo e giuridicamente rilevante al condizionamento delle questioni di merito, sollevate in via di eccezione o rilevate *ex officio* dal giudice. Il lavoro, sulla scia di precedenti studi in argomento, analizza poi le eccezioni c.d. soddisfattive, giungendo alla conclusione secondo cui «escluse le eccezioni che paralizzano solo provvisoriamente l'azione attorea e l'eccezione di compensazione, il convenuto non appare portatore di un apprezzabile interesse alla graduazione rispetto all'invocata pronuncia di rigetto», fatte salve le ipotesi in cui siano dedotte altre eccezioni, «allorché l'interesse alla graduazione sia esplicitato attraverso una correlata (...) domanda riconvenzionale».

Il terzo capitolo è infine dedicato all'analisi dei profili dinamici del condizionamento. Si pone anzitutto in evidenza l'autonomia dell'istanza di condizionamento rispetto alla relativa allegazione fattuale, sottolineandosi che tale istanza dovrebbe ritenersi proponibile fino alla precisazione delle conclusioni. Quanto all'eventuale fase di gravame, ove il giudice abbia rispettato il vincolo di condizionamento ovvero quando le questioni siano state sottoposte in via concorrente, è da escludersi che alla parte vincitrice possa riconoscersi qualsivoglia interesse a impugnare. Ove, per contro, il giudice non abbia rispettato l'*ordo decisionis* legittimamente imposto dalla parte, e quindi abbia accolto o respinto la domanda in accoglimento di una questione subordinata, senza considerare quella dedotta in principalità, alla parte, pur vittoriosa, va riconosciuto l'interesse a impugnare la decisione, potendo essa ottenere dall'accoglimento del gravame una maggiore utilità, da individuarsi nell'accoglimento o nel rigetto della domanda in forza della questione che, nel pregresso grado, era stata indicata come da risolversi in via principale (Michelle Vanzetti).

## NOTE A SENTENZA

---

### CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sez. I, sentenza 15 settembre 2022 (causa C-420/2020)

Pres. Arabadjiev-Rel. Bay Larsen

*Procedimento penale a carico di HN*

*L'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva UE n. 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che preveda l'obbligo per gli indagati e imputati nell'ambito di un procedimento penale di presenziare al proprio processo (massima non ufficiale).*

*L'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2016/343 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa di uno Stato membro che consenta lo svolgimento di un processo in assenza dell'indagato o imputato, mentre tale persona si trova al di fuori di tale Stato membro e nell'impossibilità di entrare nel territorio di quest'ultimo a causa di un divieto d'ingresso emesso nei suoi confronti dalle autorità competenti di detto Stato membro (massima non ufficiale).*

(Omissis). – 31. L'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2016/343 prevede che gli Stati membri garantiscano che gli indagati e imputati abbiano il diritto di presenziare al proprio processo.

32. Dalla formulazione di tale disposizione risulta chiaramente che gli Stati membri devono consentire agli indagati e imputati di essere presenti al proprio processo.

33. Per contro, detta disposizione non fornisce alcuna precisazione quanto alla possibilità per gli Stati membri di prevedere che una siffatta presenza sia obbligatoria.

34. Inoltre, altre disposizioni della direttiva in esame indicano che gli Stati membri hanno la facoltà di organizzare un processo in assenza dell'interessato.

35. In tal senso, l'articolo 8, paragrafo 2, di detta direttiva enuncia che gli Stati membri possono prevedere che un processo che può concludersi con una decisione di colpevolezza o innocenza dell'indagato o imputato possa svolgersi in assenza di quest'ultimo, purché siano soddisfatte talune condizioni.

36. Il contesto nel quale si collocano tali condizioni è precisato al considerando 35 della direttiva 2016/343, il quale consente di evidenziare la logica attuata all'articolo 8, paragrafo 2, di tale direttiva, secondo la quale determinate condotte prive di ambiguità, che riflettono la volontà dell'indagato o imputato di rinunciare al suo diritto di presenziare al processo, devono consentire di tenere un processo in sua assenza [v., in tal senso, sentenza del 19 maggio 2022, Spetsializiranaprokuratura (Processo ad un imputato latitante) C-569/20, EU:C:2022:401, punto 35].

37. Sebbene tale disposizione consenta quindi agli Stati membri, a determinate condizioni, di prevedere che un processo penale possa svolgersi in assenza dell'indagato o imputato, essa non impone affatto agli Stati membri di prevedere una siffatta possibilità nel loro diritto nazionale.

38. Del pari, il paragrafo 4 dell'articolo 8 della direttiva in esame dispone che, qualora gli Stati membri prevedano la possibilità di svolgimento di processi in assenza dell'indagato

o imputato, ma non sia possibile soddisfare le condizioni di cui al paragrafo 2 di tale articolo in quanto l'indagato o imputato non può essere rintracciato nonostante i ragionevoli sforzi profusi, gli Stati membri possono consentire comunque l'adozione di una decisione e l'esecuzione della stessa.

39. Risulta quindi dal testo dell'articolo 8, paragrafo 4, della medesima direttiva, in particolare dall'uso del termine «qualora», che il legislatore dell'Unione ha unicamente inteso accordare agli Stati membri la facoltà di prevedere l'organizzazione di un processo in assenza dell'interessato.

40. Dalle considerazioni che precedono emerge che l'articolo 8 della direttiva 2016/343 si limita a prevedere e a delimitare il diritto degli indagati e imputati di presenziare al proprio processo nonché le eccezioni a tale diritto, senza tuttavia imporre o vietare agli Stati membri di istituire un obbligo per ogni indagato o imputato di presenziare al proprio processo.

41. In tale contesto, occorre ricordare che dall'articolo 1 della direttiva in esame discende che l'obiettivo di quest'ultima è quello di stabilire norme minime comuni relative ad alcuni aspetti della presunzione di innocenza nei procedimenti penali nonché il diritto di presenziare al processo in tali procedimenti, e non di realizzare un'armonizzazione esaustiva del procedimento penale [v., in tal senso, sentenza del 19 maggio 2022, *Spetsializiranaproskuratura* (Processo ad un imputato latitante), C-569/20, EU:C:2022:401, punto 43 e giurisprudenza ivi citata].

42. Pertanto, stante la portata limitata dell'armonizzazione operata da detta direttiva e la circostanza che quest'ultima non disciplina la questione se gli Stati membri possano esigere la comparizione dell'indagato o dell'imputato al processo a suo carico, una siffatta questione rientra unicamente nel diritto nazionale.

43. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2016/343 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede l'obbligo per gli indagati e imputati nell'ambito di un procedimento penale di presenziare al proprio processo.

(*Omissis*). – 47. L'articolo 8 della direttiva 2016/343 prevede e disciplina gli obblighi che incombono agli Stati membri per consentire agli indagati ed imputati di essere presenti al proprio processo.

48. Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva in parola, gli Stati membri possono prevedere che un processo che può concludersi con una decisione di colpevolezza o innocenza dell'indagato o imputato possa svolgersi in assenza di quest'ultimo, purché tale persona sia stata informata, in tempo adeguato, del processo e delle conseguenze della mancata comparizione al processo o che, informato del processo, sia rappresentato da un difensore incaricato, nominato dall'indagato o imputato oppure dallo Stato.

49. Certamente, nessuna delle condizioni previste da tale disposizione riguarda espressamente la facoltà, per detta persona, di recarsi fisicamente nel territorio dello Stato membro in cui si svolge il processo penale che lo riguarda, al fine di presenziarvi.

50. Ciò premesso, come rilevato ai punti 35 e 36 della presente sentenza, le condizioni enunciate in tale disposizione mirano a limitare l'esercizio di una siffatta facoltà concessa agli Stati membri alle situazioni in cui si deve ritenere che l'interessato abbia rinunciato volontariamente ed inequivocabilmente ad essere presente al proprio processo.

51. In tale contesto, occorre rilevare che l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2016/343 attribuisce particolare importanza all'informazione dell'interessato, in quanto subordinata espressamente qualsiasi possibilità di organizzare un processo in absentia alla condizione che tale persona sia stata informata dello svolgimento del processo.

52. In tal senso, il considerando 36 della direttiva 2016/343 precisa che il fatto che l'indagato o imputato sia informato dello svolgimento del processo dovrebbe essere inteso nel senso che l'interessato è citato personalmente o è informato ufficialmente, con altri mezzi, della data e del luogo fissati per il processo in modo tale da consentirgli di venire a conoscenza del processo.

53. Occorre altresì rilevare che la finalità di detta direttiva consiste, come enunciato dai suoi considerando 9 e 10, nel rafforzare il diritto a un processo equo nei procedimenti penali, in modo da rafforzare la fiducia degli Stati membri nel sistema di giustizia penale degli altri Stati membri e, di conseguenza, nel facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale [sentenza del 19 maggio 2022, *Spetsializirana prokuratura* (Processo ad un imputato latitante), C\_569/20, EU:C:2022:401, punto 36].

54. A tal riguardo, va ricordato che il diritto di presenziare al proprio processo nell'ambito di procedimenti penali costituisce un elemento essenziale del diritto a un equo processo, sancito dall'articolo 47, secondo e terzo comma, e dall'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali, che, come precisato dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), corrispondono all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la «CEDU») [v., in tal senso, sentenze del 24 maggio 2016, *Dworzecki*, C\_108/16 PPU, EU:C:2016:346, punto 42, e del 19 maggio 2022, *Spetsializirana prokuratura* (Processo ad un imputato latitante), C\_569/20, EU:C:2022:401, punto 51].

55. La Corte deve, pertanto, sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita dell'articolo 47, secondo e terzo comma, e dell'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali assicuri un livello di protezione che non si discosti da quello garantito dall'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (v., in tal senso, sentenza del 23 novembre 2021, *IS* (Illegittimità della decisione di rinvio), C\_564/19, EU:C:2021:949, punto 101).

56. Orbene, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che la comparizione di un imputato riveste un'importanza fondamentale nell'interesse di un processo penale equo e giusto e che l'obbligo di garantire all'incriminato il diritto di essere presente nell'aula d'udienza è uno degli elementi essenziali dell'articolo 6 della CEDU (Corte EDU, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, CE:ECHR:2006:1018JUD001811402, § 58).

57. Secondo la giurisprudenza sopra citata, né la lettera né lo spirito dell'articolo 6 della CEDU impediscono a una persona di rinunciare di sua spontanea volontà alle garanzie di un processo equo in modo espresso o tacito. Tuttavia, la rinuncia al diritto di partecipare all'udienza deve risultare in modo inequivocabile ed essere accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità (Corte EDU, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, CE:ECHR:2006:0301JUD005658100, § 86, nonché Corte EDU, 13 marzo 2018, *Vilches Coronado e altri c. Spagna*, CE:ECHR:2018:0313JUD005551714, § 36).

58. Da tali considerazioni risulta che le condizioni alle quali l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2016/343 subordina l'esercizio della facoltà concessa agli Stati membri da tale disposizione di prevedere l'organizzazione di un processo in assenza dell'interessato, in particolare la condizione d'informazione di tale persona, mirano a limitare l'esercizio di tale facoltà alle situazioni in cui detta persona ha avuto la possibilità effettiva di presenziarvi e vi ha rinunciato volontariamente e inequivocabilmente.

59. Orbene, uno Stato membro che si limitasse ad informare l'interessato, cui è vietato l'ingresso nel suo territorio, dello svolgimento del processo, senza prevedere, in siffatte circostanze, misure che consentano di autorizzare il suo ingresso in tale territorio nonostante detto divieto, priverebbe il suddetto interessato di qualsiasi reale possibilità di esercitare ef-

fettivamente il suo diritto di presenziare al processo e priverebbe quindi le condizioni previste da tale disposizione di ogni effetto utile.

60. Infatti, una situazione del genere si distingue da quella in cui l'interessato rinunci volontariamente e inequivocabilmente al suo diritto di presenziare al suo processo.

61. Alla luce di tutti gli elementi suesposti, si deve ritenere che l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2016/343 osti implicitamente a che uno Stato membro organizzi un processo in assenza dell'interessato, cui è vietato l'ingresso nel suo territorio, senza prevedere misure che consentano di autorizzare il suo ingresso in tale territorio nonostante il suddetto divieto.

62. Poiché dalla decisione di rinvio risulta che, nel caso di specie, all'interessato è impedito l'ingresso nel territorio dello Stato membro in cui si svolge il processo che lo riguarda, a causa di un divieto d'ingresso emesso nei suoi confronti dalle autorità competenti di tale Stato membro, occorre anche verificare se la direttiva 2008/115 osti a che, in una situazione del genere, lo Stato membro interessato revochi o sospenda il divieto d'ingresso imposto a tale persona.

63. A tal riguardo, occorre ricordare che la direttiva in parola, che stabilisce norme e procedure comuni da applicare negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, consente agli Stati membri, come previsto dal paragrafo 3 del suo articolo 11, nei casi in cui una decisione di rimpatrio sia corredata di un divieto d'ingresso, di revocare o sospendere un simile divieto.

64. Così, il quarto comma di tale paragrafo precisa che, in casi individuali o per talune categorie di casi, tale facoltà è riconosciuta agli Stati membri per altri motivi.

65. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 87 delle sue conclusioni, l'articolo 11, paragrafo 3, quarto comma, della direttiva 2008/115 concede agli Stati membri un ampio potere discrezionale per definire i casi in cui essi ritengono che occorra sospendere o revocare un divieto d'ingresso disposto a corredo di una decisione di rimpatrio e, pertanto, permette loro di revocare o sospendere tale divieto d'ingresso al fine di consentire ad un indagato o imputato di recarsi nel loro territorio per presenziare al proprio processo.

66. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni prima e seconda dichiarando che l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2016/343 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa di uno Stato membro che consente lo svolgimento di un processo in assenza dell'indagato o imputato, mentre tale persona si trova al di fuori di tale Stato membro e nell'impossibilità di entrare nel territorio di quest'ultimo a causa di un divieto d'ingresso emesso nei suoi confronti dalle autorità competenti di detto Stato membro.

### **Rito penale *in absentia* e obbligo di presenza processuale: la lettura (pilatesca) della Corte di Giustizia**

1. – Raramente la Corte di Giustizia dell'Unione si è confrontata con una vicenda di tenore simile al caso in commento, ove cioè l'esercizio di un diritto fondamentale sancito dalla Carta e della Convenzione europea – in questo caso: il diritto ad un equo processo – venisse platealmente ostacolato da una normativa amministrativa in aperto contrasto col contenuto

della prerogativa stessa. Non a caso, è addirittura l'Avvocato Generale Richard de la Tour a qualificare sin da subito il presente affare, senza mezzi termini, come «*un paradoxe aboutissant à une contradiction difficilement surmontable*»<sup>(1)</sup>.

A partire da questi presupposti, la decisione qui analizzata tenta, da un lato, di riaffermare con forza la natura inviolabile dei diritti fondamentali da riconoscersi a qualsiasi imputato; dall'altro, però, quasi con un'inversione di tendenza, pare ostentare eccessiva deferenza nei confronti degli Stati membri, assestando un «duro colpo» alla tenuta di altre garanzie procedurali. In tale bivalenza sta la complessità del giudizio, come se la Corte avesse mostrato una «saggezza particolare»<sup>(2)</sup> per alcune (importanti) questioni, e non si fosse, invece, occupata più nel dettaglio di altri – forse ancor più rilevanti – aspetti sotesi alla vicenda in esame.

2. – L'episodio sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia riguardava, in estrema sintesi, la posizione di HN, cittadino albanese, sottoposto a procedimento penale in Bulgaria per uso di documenti falsi ed arrestato per tal motivo nel marzo 2020. Nello stesso periodo, una decisione amministrativa di rimpatrio ed un contestuale divieto di reingresso sul territorio bulgaro di durata quinquennale venivano irrogati nei suoi confronti (§§ 15-17). A seguito della sua formale incriminazione, l'interessato veniva informato dei suoi diritti processuali e delle conseguenze di una sua eventuale mancata partecipazione al giudizio. In tale occasione, HN dichiarava di «non intendere comparire nel procedimento, in quanto una siffata comparizione gli avrebbe imposto spese proporzionate», facendo «pieno affidamento sul suo avvocato» per l'eventuale procedimento *in absentia* (§§ 18-19).

Nel giugno 2020, le misure di rimpatrio e divieto di reingresso adottate nei confronti di HN venivano poste in esecuzione, e l'interessato veniva così accompagnato alla frontiera bulgara. Nello stesso periodo, il giudice competente fissava, con ordinanza, la data per l'udienza preliminare del procedimento penale che coinvolgeva il cittadino albanese, ordinando contestualmente la consegna a quest'ultimo del documento in lingua a lui conosciuta, unitamente all'atto di imputazione. Tuttavia, tale

---

(1) V. le *Conclusioni* presentate il 3 marzo 2022 dall'Avvocato Generale Jean Richard de la Tour, causa C-420/20, *Procedimento penale a carico di HN*, punto 1 (di seguito «*Conclusioni*»).

(2) L'espressione è di G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Milano 2006, § 337, 559.

notifica risultava impossibile in quanto HN, nel frattempo, era stato espulso dal Paese e non era più utilmente rintracciabile. Egli, dunque, non era stato formalmente informato dell'apertura del processo penale a suo carico, per il quale – ai sensi delle disposizioni del c.p.p. bulgaro – la sua presenza era obbligatoria <sup>(3)</sup>(§§ 20-22).

Innanzitutto al giudice procedente, in sostanza, si era venuta a creare una triangolazione di circostanze difficilmente conciliabili. La prima era costituita dall'assunto per cui certe norme del diritto nazionale obbligavano HN a partecipare al proprio processo penale. Poi, dovevano essere considerate le altre disposizioni di diritto interno che impedivano all'imputato – già espulso e oggetto di divieto di reingresso in Bulgaria – di fare ritorno nel Paese per partecipare a detto processo. Infine, venivano in rilievo le norme sovraordinate del diritto dell'Unione europea, segnatamente gli artt. 8 e 9 della direttiva 2016/343 <sup>(4)</sup>, che garantiscono ad ogni indagato od imputato il diritto a presenziare al processo che lo riguarda.

Così, il giudice competente decideva di sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte di Giustizia quattro questioni pregiudiziali (§ 23).

Le prime due, in particolare, riguardavano la compatibilità della suddetta direttiva con una normativa interna che consenta lo svolgimento di un procedimento *reo absente* nei confronti di un imputato attualmente all'estero, che si trovi impossibilitato – per via di un divieto di reingresso – a rientrare in quel territorio e, quindi, a partecipare a tale procedimento (§ 46). Si tratta del tema principale sotteso al caso in esame.

La terza, poi, esortava i giudici lussemburghesi a chiarire se l'art. 8 della direttiva 2016/343 potesse ostare ad una normativa nazionale che prevedesse, in capo ad indagati ed imputati, l'obbligo di presenziare al proprio processo (§ 24).

Infine, la quarta questione pregiudiziale interrogava la Corte di Giustizia sulla compatibilità – rispetto al diritto dell'Unione – di una disciplina interna che consenta di giudicare l'imputato *in absentia* qualora egli sia informato delle conseguenze della mancata comparizione ed abbia rinunciato preventivamente, durante le indagini preliminari, al suo diritto di presenziare al processo <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> V. *amplius* A. Petrova, *Report on Bulgaria*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings*, a cura di S. Quattrococo e S. Ruggeri, Cham 2019, 29-62.

<sup>(4)</sup> Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali* [GU L 65 dell'11 marzo 2016], pp. 1-11.

<sup>(5)</sup> *Conclusioni*, punto 102.

3. – Molto breve è il ragionamento sviluppato dalla Corte di Lussemburgo in merito alla terza questione pregiudiziale. Segnatamente, esso si sviluppa entro due nuclei fondamentali, alla luce delle norme minime comuni contenute nella direttiva in esame<sup>(6)</sup>.

Il primo si fonda sul disposto letterale dell'art 8, § 1, dir. 2016/343, dal quale, secondo il giudice dell'Unione, nulla si trae in relazione alla possibilità per gli Stati membri di prevedere che la presenza degli indagati e imputati a processo sia obbligatoria (§§ 31-33). Il secondo consiste nella constatazione che gli Stati membri «hanno la *facoltà* di organizzare un processo in assenza dell'interessato» (§ 34, corsivo aggiunto), al punto che l'art. 8, § 2, dir. 2016/343 «non *impone* affatto» ai singoli ordinamenti di prevedere tale possibilità entro i loro sistemi giuridici (§§ 37-40, corsivo aggiunto). In questo (apparente, come vedremo) vuoto normativo, si innesta il *dictum* della Corte di Giustizia: facoltativa la scelta di procedere in assenza, da parte degli Stati membri e parimenti discrezionale l'imposizione di un obbligo nei confronti dell'imputato di presenziare al proprio processo: ciò sarebbe espressione dell'autonomia procedurale in capo alle autorità nazionali. Tale materia è, in definitiva, totale appannaggio degli ordinamenti interni, i quali – in assenza di ulteriori specificazioni da parte dei giudici di Lussemburgo – potrebbero quindi obbligare l'imputato a recarsi coattivamente *ad ogni udienza* di quel processo<sup>(7)</sup>.

Più approfondito, invece, è il ragionamento che i giudici dell'Unione sviluppano per rispondere alle prime due questioni pregiudiziali, analizzate congiuntamente. La Corte ricorda che l'art. 8, § 2, dir. 2016/343 intende limitare la possibilità degli Stati membri di disporre procedimenti *in absentia*, circoscrivendo tali ipotesi alla presenza di condotte che, concretamente, riflettano la inequivocabile volontà dell'imputato di rinunciare alla presenza processuale (§§ 47-50), a fronte, in ogni caso, della sua conoscenza dello svolgimento del processo (§§ 51-52).

In seguito, la Corte rammenta lo scopo della suddetta direttiva: il rafforzamento del diritto ad un equo processo – protetto sia dagli artt. 47 e 48 della Carta, che dall'art. 6 CEDU – in vista, a sua volta, di un rafforzamento della fiducia reciproca tra gli Stati al fine di agevolare il mutuo riconoscimento delle decisioni in materia penale. Il diritto alla partecipazione rientra,

---

<sup>(6)</sup> Tra le altre, v. C. Giust. UE, 5 settembre 2019, causa C-377/18, *AH e altri*, punto 38.

<sup>(7)</sup> La Corte, dato il tenore della risposta alla terza questione pregiudiziale, ritenne che non occorresse rispondere alla quarta questione (punti 44-45).

chiaramente, nel nucleo fondamentale di tale prerogativa, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (§§ 53-57).

Analizzando il caso di specie, la Corte di Lussemburgo riconosce, di fatto, che HN non ha rinunciato «volontariamente ed inequivocabilmente al suo diritto di partecipare al processo [...] avendo avuto la possibilità effettiva di presenziarvi». Egli, al contrario, è stato privato «di qualsiasi reale possibilità di esercitare effettivamente» la propria prerogativa alla presenza processuale. Ciò è avvenuto, osservano i magistrati dell'Unione, poiché le autorità nazionali non hanno previsto misure *ad hoc* per autorizzare l'imputato ad entrare eccezionalmente nel territorio bulgaro, consentendo così di "superare" il divieto di reingresso irrogato nei suoi confronti (§§ 58-60). Se ne deduce che, qualora uno Stato membro voglia celebrare un procedimento *reo absente* nei confronti di un imputato impossibilitato a recarsi in tale Paese, una serie di misure specifiche dovrà imprescindibilmente essere fissata per consentire all'interessato di esercitare il proprio diritto alla partecipazione (§ 61)<sup>(8)</sup>. Nel caso di specie, appare evidente che una misura siffatta potrebbe consistere nella sospensione del divieto di reingresso, al fine di permettere all'imputato di presenziare all'udienza.

La Corte, quindi, rammenta al giudice del rinvio che la direttiva 2008/115 (c.d. direttiva rimpatri)<sup>(9)</sup> – rilevante *in parte qua* in quanto HN è cittadino di Paese terzo, irregolarmente soggiornante sul suolo bulgaro – accorda un certo margine di manovra agli Stati membri nel definire i casi in cui sospendere o revocare, se del caso, un divieto di reingresso emesso contestualmente ad una decisione di rimpatrio (§ 63)<sup>(10)</sup>. Pertanto, la direttiva 2008/115 non osta a che le autorità nazionali sospendano tale divieto per consentire all'interessato di partecipare al proprio processo nel territorio dello Stato membro dal quale era stato espulso in precedenza (§ 65).

In conclusione, risulta incompatibile con il diritto dell'Unione quella normativa interna che consenta lo svolgimento *in absentia* di un procedimento penale, mentre l'imputato «si trova al di fuori di tale Stato membro e nell'impossibilità di entrare nel territorio di quest'ultimo a causa di un

<sup>(8)</sup> Se l'imputato – edotto del proprio processo e posto nelle concrete condizioni di parteciparvi – volesse poi rinunciare volontariamente ed inequivocabilmente alla presenza processuale, tale rifiuto dovrebbe essere ritenuto valido ai fini della celebrazione di un eventuale procedimento *in absentia* ai sensi dell'art. 8, dir. 2016/343.

<sup>(9)</sup> Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare [GU L 348 del 24 dicembre 2008], pp. 98-107.

<sup>(10)</sup> Art. 11, § 3, quarto sottoparagrafo, dir. 2008/115.

divieto d'ingresso emesso nei suoi confronti dalle autorità competenti di detto Stato membro» (§ 66).

4. – Collocata entro un recente filone giurisprudenziale specificamente dedicato al processo *in absentia* <sup>(11)</sup>, la decisione in commento rivela sin da subito un carattere ambivalente.

Da un lato, essa propone un inedito – e discutibile – approccio in materia di presenza processuale, incentrato sull'autonomia degli Stati membri, che pare tuttavia ignorare il nocciolo duro del diritto ad un processo equo <sup>(12)</sup>. Nell'affermazione che il diritto eurounitario non osta all'imposizione di un obbligo *generalizzato* di «stare a processo» si annidano, infatti, le distanze più ampie con la cornice costituzionale europea, in particolare con la lettera e lo scopo dell'art. 6 CEDU <sup>(13)</sup>.

Dall'altro, specularmente, la Corte di Giustizia rinforza il diritto alla presenza processuale nei confronti di chi, incolpevolmente, non può partecipare alle udienze che lo riguardano, richiamando – a sostegno della propria tesi – le pertinenti norme della Convenzione e della Carta di Nizza (sorprendentemente ignorate nella prima parte del giudizio). Lo spirito che informa questo segmento della decisione va certamente accolto con favore, potendo spiegare i propri effetti anche al di là del caso qui analizzato <sup>(14)</sup>.

4.1. – Obiezioni di ordine sistematico-letterale <sup>(15)</sup> («interne» alla direttiva) e assiologico <sup>(16)</sup> (in riferimento alle relazioni «esterne» del diritto UE con l'ordinamento CEDU in tema di «equo processo») tendono a far ritenere che la soluzione offerta dalla Corte in materia di obbligo alla presenza processuale sia affetta da censurabile artificiosità. Essa pare astrattamente idonea, per certi aspetti, a minare l'armonia e la coerenza dello «*ordre public européen*», per utilizzare l'efficace espressione della

<sup>(11)</sup> C. Giust. UE, 13 febbraio 2020, causa C-688/18, *TX e UW*; C. Giust. UE, 17 dicembre 2020, causa C-416/20 PPU, *TR*; C. Giust. UE, 23 novembre 2021, causa C-564/19, *IS*; C. Giust. UE, 19 maggio 2022, causa C-560/20, *IR*. In particolare, sulle criticità di quest'ultima sentenza, si v. L. Bernardini, *Fostering in absentia proceedings when the individual absconds*, in *Common Market Law Review* 2023, 1413-1432.

<sup>(12)</sup> Sulla nozione di equità processuale, v. la condivisibile ricostruzione storico-sistematica operata da R.E. Kostoris, *Processo penale e paradigmi europei*, Torino 2018, 204-222, ove l'A. definisce tale principio come «canone regolativo di un nuovo 'ordine' europeo» (*ivi*, 214).

<sup>(13)</sup> V. *infra*, § 4.1.

<sup>(14)</sup> V. *infra*, § 4.2.

<sup>(15)</sup> V. *infra*, § 4.1.1.

<sup>(16)</sup> V. *infra*, § 4.1.2.

Corte di Strasburgo<sup>(17)</sup>, prezioso *alter ego* del giudice di Lussemburgo nel campo dei diritti umani.

L'analisi verrà svolta, quindi, seguendo quella costante giurisprudenza della Corte di Giustizia che sottolinea la necessità, quando si interpretano norme dell'Unione, di «tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte»<sup>(18)</sup>.

4.1.1. – A prima vista, parrebbe condivisibile la stringata concatenazione logica con cui i giudici di Lussemburgo conferiscono agli Stati membri la possibilità di esigere, in via generale, la comparizione dell'imputato a processo. Effettivamente, tale circostanza non è menzionata nel tessuto normativo della dir. 2016/343. Eppure, ad una attenta analisi, la lettura delle disposizioni fornita dalla Corte per addivenire a tale soluzione appare «a senso unico», avendo deliberatamente privilegiato alcuni elementi testuali ignorandone altri.

Occorre, dunque, partire dall'analisi letterale della direttiva, per poi scandagliare la *ratio* delle norme in esame.

In prima battuta, va sottolineato che quanto sancito dall'art. 8, § 1, dir. 2016/343 – a mente del quale gli Stati membri «garantiscono» che indagati e imputati abbiano il «diritto di presenziare al proprio processo» – non può essere disgiunto *tout court* dal contenuto del *Considerando* 35, dir. 2016/343, secondo cui «il diritto [...] di presenziare al processo non è assoluto», poiché in certe situazioni «gli indagati e gli imputati dovrebbero avere la possibilità di rinunciarvi, esplicitamente o tacitamente, purché in modo non equivoco»<sup>(19)</sup>. Dal tenore letterale della disposizione si evince, con chiarezza, che l'intervento personale alle udienze non è un obbligo gravante sull'interessato, bensì costituisce una prerogativa personalissima dell'individuo, espressione di un «diritto soggettivo dell'imputato»<sup>(20)</sup>.

Diversamente dalle conclusioni tratte dal giudice eurounitario, quindi, la struttura normativa della direttiva conterrebbe già di per sé un divieto di imporre all'imputato qualsivoglia onere generale a presenziare. Per dirla con la nitida espressione dell'Avvocato Generale Richard de la Tour, che

---

<sup>(17)</sup> Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna* [GC], 13 febbraio 2020, ricc. 8675/15 e 8697/15, § 110.

<sup>(18)</sup> C. Giust. UE, 28 gennaio 2021, causa C-649/19, *Procedimento penale a carico di IR*, punto 42.

<sup>(19)</sup> *Considerando* 35, dir. 2016/343, corsivo aggiunto.

<sup>(20)</sup> S. Quattrocolo, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in *Leg. pen. (web)* 2020, 109.

ha sostenuto tale posizione innanzi la Corte, il legislatore dell'Unione «*consacre donc bien un droit à ne pas assister à son procès*»<sup>(21)</sup>. Non potrebbe essere altrimenti, poiché si rivelerebbe paradossale la posizione di un imputato consapevole di poter valutare scientemente se recarsi o meno a processo, al quale viene, però, imposto di intervenire a tutte le udienze che lo interessano (verosimilmente mediante misure coercitive).

In secondo luogo, è corretto l'assunto della Corte sulla discrezionalità di cui gli Stati membri dispongono nell'organizzazione dei processi *reo absente*. Essi «possono»<sup>(22)</sup> impostare meccanismi procedurali entro i propri ordinamenti a tal fine<sup>(23)</sup>, come potrebbero, nella loro autonomia, decidere di non prevedere tale possibilità<sup>(24)</sup>.

Da questa premessa, però, non può discendere automaticamente la totale libertà per gli Stati di obbligare l'interessato a partecipare a tutte le udienze del proprio processo. Specie se il corollario di tale assunto consiste, come è immaginabile, nella legittimazione all'utilizzo di misure coercitive, previste a tale scopo, nei confronti dell'imputato. Si tratta, infatti, di due piani concettuali diversi: il margine di manovra che le autorità nazionali detengono nella scelta del proprio modello processualpenalistico – in relazione alla legittimità di un rito *reo absente* – non consente di inferire una altrettanta libertà di azione per gli Stati membri di costringere l'imputato a presenziare alle udienze<sup>(25)</sup>.

La Corte di Giustizia rileva poi che l'art. 8, dir. 2016/343 «si limita a prevedere e delimitare il diritto degli indagati e imputati a *presenziare al proprio processo nonché le eccezioni a tale diritto, senza tuttavia imporre o vietare* agli Stati membri di istituire un obbligo [...] di presenziare al proprio processo» (§ 40, corsivo aggiunto). Riconoscere le «delimitazioni» o le «eccezioni» del diritto alla presenza significa raffigurarsi anche quelle

<sup>(21)</sup> *Conclusioni*, punti 110-118, spec. 114.

<sup>(22)</sup> Questo è il predicato utilizzato all'art. 8, § 2, dir. 2016/343.

<sup>(23)</sup> È quanto accade in Italia, per la cui disciplina si rinvia *amplius* a N. Rombi, *Il diritto alla presenza processuale. Garanzie, limiti, rimedi*, Milano 2020, 98 ss.

<sup>(24)</sup> Ad esempio, possono aversi sistemi «a presenza facoltativa» o «a presenza obbligatoria». Per una descrizione in chiave comparatistica si rinvia a C. Conti, *Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto e spunti ricostruttivi*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 461. Sottolinea acutamente S. Quattrocchio, *La participation de l'accusé à son propre procès: un droit minimal ou un garantie dans un boulier*, in *Revue de l'Union européenne* 2023, 564 che l'esito «pilatesco» del giudizio in commento pare essere influenzato proprio dalle «*différentes traditions juridiques*» degli Stati membri, nei confronti delle quali la Corte avrebbe mostrato deferenza.

<sup>(25)</sup> Se così fosse, la rinuncia a comparire in precedenza espressa risulterebbe priva di effetti processuali.

ipotesi di rinuncia volontaria da parte dell'interessato le quali, a propria volta, escludono in radice la legittimità di eventuali azioni coartanti da parte delle autorità nazionali nei confronti del rinunciatario<sup>(26)</sup>. A prescindere dal modello processuale scelto, in definitiva, la prerogativa di non comparire del singolo deve restare ferma.

È di tutta evidenza, invero, che le obiezioni mosse alle statuizioni della Corte, traggono la loro validità dal contenuto del *Considerando* 35 che, in quanto tale, non possiede alcun valore precettivo<sup>(27)</sup> e «non può essere invocato né per derogare alle disposizioni stesse dell'atto in questione, né per interpretare queste disposizioni in un senso contrario al loro tenore letterale»<sup>(28)</sup>. Nondimeno, l'esistenza del diritto alla rinuncia (consapevole) alla presenza processuale in capo all'imputato non deroga al contenuto dell'art. 8, § 1, dir. 2016/343 – che tratteggia un'obbligazione di *facere* gravante sugli Stati membri –, né pare in contrasto con lo (scarno) tenore letterale di tale disposizione, che esprime una mera obbligazione di risultato.

Non solo: per giurisprudenza costante, i *Considerando* sono «idone[i] a precisare il contenuto»<sup>(29)</sup> dell'atto cui si riferiscono. Essi costituiscono un «importante elemento interpretativo, che esprime in modo autorevole la volontà del legislatore, operando in connessione con la specifica disposizione cui corrispondono»<sup>(30)</sup>. Connessione che, nel caso di specie, sembra essere stata ignorata nel ragionamento proposto dai giudici lussemburghesi.

*A latere*, va brevemente dato conto di un'ultima circostanza, sottolineata dall'Avvocato Generale. È ancora un *Considerando* a stimolare la riflessione, laddove lo stesso permette agli Stati di «ampliare i diritti» derivanti dalla direttiva, che fissa solo «norme minime», al fine di «assicurare un livello di tutela più elevato»<sup>(31)</sup>. Imporre la presenza processuale potrebbe rientrare in quest'ultima ipotesi? La risposta negativa derive-

<sup>(26)</sup> Tanto più che la Corte sembra perentoria nell'affermare che «determinate condotte prive di ambiguità, che riflettono la volontà dell'indagato o imputato del suo diritto di presenziare al processo, devono consentire di tenere un processo in sua assenza»: questa sarebbe la «logica attuata» dall'art. 8, § 2, dir. 2016/343 (punto 36, corsivo aggiunto).

<sup>(27)</sup> V., sul punto, Unione europea, *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea*, in *Eur-Lex (web)* 2015, 31.

<sup>(28)</sup> C. Giust. UE, 26 gennaio 2021, cause riunite C-422/19 e C-423/19, *Hessischer Rundfunk*, punto 64.

<sup>(29)</sup> V., in questo senso, C. Giust. UE, 20 dicembre 2017, cause riunite C-397/16 e C-435/16, *Acacia*, punto 40.

<sup>(30)</sup> V. le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Bobek, presentate il 29 luglio 2019, nella causa C-418/18 P, *Puppinck e a. contro Commissione europea*, punto 93.

<sup>(31)</sup> *Considerando* 48, dir. 2016/343.

rebbe dalla circostanza – invero difficilmente smentibile – che obbligare l'interessato a presentarsi a processo non amplia i diritti processuali a disposizione del singolo, bensì li restringe, amputando per quest'ultimo la possibilità «*expressément reconnue par la même directive, de pouvoir renoncer de son plein gré, à y comparaître*»<sup>(32)</sup>.

In definitiva, le indulgenti statuizioni della Corte di Giustizia nei confronti dell'autonomia procedurale degli Stati membri paiono discendere da una manifesta sottovalutazione dei *Considerando* 35 e 48 della direttiva e della loro funzione di orientamento teleologico nell'interpretazione dell'art. 8, § 1.

4.1.2.– Le considerazioni sin qui svolte si basano sull'interpretazione di elementi normativi non cogenti – e, come tali, potrebbero apparire «deboli» da un punto di vista logico-argomentativo –. Un'analisi della *ratio* ispiratrice della stessa si rende allora doverosa, per enucleare, poi, il quadro costituzionale entro il quale la direttiva è stata redatta.

Chiaramente, ricorda ancora l'Avvocato Generale, la direttiva non ha «né come oggetto, né come scopo» quello di gravare l'imputato di un obbligo a comparire a processo<sup>(33)</sup>; essa scaturisce – lo si legge nel preambolo – dal bisogno di rafforzare il diritto ad un equo processo<sup>(34)</sup>, consolidare la fiducia reciproca degli Stati nei rispettivi sistemi di giustizia penale e facilitare, così, il mutuo riconoscimento delle pertinenti decisioni<sup>(35)</sup>.

Tra i tanti oneri gravanti su di esse, le autorità nazionali devono «vegliare»<sup>(36)</sup> affinché gli indagati e gli imputati abbiano il diritto di assistere al loro processo. Un processo “equo”, per il legislatore dell'Unione, è dunque (anche) quello in cui ogni interessato viene posto nelle condizioni di poter «presenziare» alle udienze che lo riguardano<sup>(37)</sup>.

La cornice costituzionale eurounitaria del diritto ad un equo processo si rinviene negli artt. 47 e 48, § 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Tali disposizioni corrispondono – attraverso il filtro della

<sup>(32)</sup> *Conclusioni*, punto 116.

<sup>(33)</sup> *Ivi*, punto 112.

<sup>(34)</sup> *Considerando* 9, dir. 2016/343.

<sup>(35)</sup> *Considerando* 10, dir. 2016/343. Cfr. anche i *Considerando* 2 e 4 sulla centralità del principio del mutuo riconoscimento come fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale.

<sup>(36)</sup> L'immagine suggestiva si rinviene nelle *Conclusioni*, punto 113.

<sup>(37)</sup> Secondo S. Ruggeri, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.* 2015, 136, la scelta del predicato al capo III della direttiva «sembra banalizzare i contenuti del diritto a partecipare al processo penale, assicurando meramente il diritto a 'presenziare' al proprio processo».

clausola di equivalenza *ex art.* 52, § 3 della Carta – all'art. 6 CEDU<sup>(38)</sup>. L'indagine, dunque, dovrà concentrarsi su quest'ultima disposizione, nell'interpretazione giurisprudenziale datane dalla Corte di Strasburgo, per ricostruire lo *standard* convenzionale minimo del diritto alla presenza processuale che funge, in definitiva, da confine sotto il quale il diritto dell'Unione non può (e non deve) scendere.

Sebbene fondata su una serie di pronunce risalenti nel tempo, una triade di decisioni adottate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti del nostro Paese funge ancora da pietra angolare della disciplina convenzionale del processo *in absentia*<sup>(39)</sup>.

Per ciò che qui rileva, con la prima sentenza, il giudice di Strasburgo ha riconosciuto che il diritto a «prendere parte all'udienza» [*to take party in the hearing*] va ricavato dall'oggetto e dallo scopo dell'art. 6 CEDU analizzato nel suo complesso, sebbene tale prerogativa non vi sia espressamente menzionata<sup>(40)</sup>. Entro il medesimo ragionamento trova spazio, sia pur timidamente, un primo accenno alla possibilità per l'imputato di rinunciare all'esercizio di un diritto garantito dalla Convenzione, che deve avvenire «*in an un equivocal manner*»<sup>(41)</sup>. Il secondo arresto ha il pregio di aver chiarificato che lo svolgimento di procedimenti *in absentia* non sono «*in themselves*» contrastanti con l'art. 6 CEDU<sup>(42)</sup>. La terza sentenza – che ha operato la più completa disamina dei principi fondamentali del modello convenzionale di processo *reo absente* – ha infine esplicitamente riconosciuto che «né la lettera né lo spirito dell'art. 6 *impediscono* ad una persona di rinunciare volontariamente, sia espressamente o tacitamente, al proprio diritto alle garanzie dell'equo processo»<sup>(43)</sup>, purché ciò avvenga in

<sup>(38)</sup> C. Giust. UE, 13 febbraio 2020, *TX e UW*, cit., punto 35.

<sup>(39)</sup> Corte EDU, *Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985, ric. 9024/80; Corte EDU, *Somogy c. Italia*, 18 maggio 2004, ric. 67972/01; Corte EDU, *Sejdovic c. Italia* [GC], 1° marzo 2006, ric. 56581/00. Per un'ampia ricostruzione delle vicende sottese a tali decisioni, si v. D. Donati, *Verso una modifica della disciplina dell'assenza dell'imputato, delle notifiche e delle impugnazioni*, in *Quest. giust.* 2007, 527 ss. Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di volontaria rinuncia a comparire a processo, si v. L. Bernardini, «Assente giustificato»? *L'imputato assente per «volontaria sottrazione» tra perplessità gnoseologiche e spunti sovranazionali*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* 2022, 143 ss.

<sup>(40)</sup> La Corte giunge a questa conclusione rilevando come sia difficile, per l'interessato, esercitare i diritti garantiti dall'art. 6, § 3 CEDU (che sono elementi costitutivi del concetto di «equo processo») senza essere presente fisicamente in aula. In questo senso, v. Corte EDU, *Colozza*, 12 febbraio 1985, cit., § 27.

<sup>(41)</sup> *Ivi*, § 28.

<sup>(42)</sup> Corte EDU, *Somogy*, 18 maggio 2004, cit., § 66.

<sup>(43)</sup> Corte EDU, *Sejdovic* [GC], 1° marzo 2006, cit., § 86, trad. propria, corsivo aggiunto.

maniera inequivocabile e senza pregiudizio di «*any important public interest*»<sup>(44)</sup>.

La medesima espressione è stata fatta propria dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Melloni*, a dimostrazione che la portata dell'art. 6 CEDU in materia di procedimenti *in absentia* – nell'interpretazione datane dal diritto vivente – è la medesima degli artt. 47 e 48 § 2 della Carta<sup>(45)</sup>. L'Avvocato Generale Bot, nel rassegnare le sue *Conclusioni* in quella causa, riportava testualmente un passaggio della sentenza *Sejdovic*, dove si menzionava la «facoltà» per l'imputato – giammai l'obbligo – di intervenire in udienza, che deriverebbe dall'oggetto e dallo scopo dell'art. 6 CEDU<sup>(46)</sup>.

Pertanto, la disposizione convenzionale, «pur affermand[one] l'essenzialità»<sup>(47)</sup>, dipinge chiaramente un «diritto soggettivo»<sup>(48)</sup> rinunciabile in talune circostanze<sup>(49)</sup> e dalla «portata non assoluta»<sup>(50)</sup>. Espressione, quindi, di una prerogativa fondamentale di derivazione giurisprudenziale<sup>(51)</sup>, il beneficio per l'imputato di partecipare alle udienze che lo riguardano va considerato sempre soggetto a rinuncia – beninteso: con atteggiamento consapevole – e non costituisce, come è stato efficacemente osservato, «condizione necessaria della giurisdizione»<sup>(52)</sup>. Tale assunto è ulte-

<sup>(44)</sup> Corte EDU, *Håkansson e Sturesson c. Svezia* (dec.), 21 febbraio 1990, ric. 11855/85, § 66.

<sup>(45)</sup> C. Giust. UE, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punto 49, con richiamo, per analogia, a C. Giust. UE, 6 settembre 2012, causa C-619/10, *Trade Agency*, punti 52 e 55.

<sup>(46)</sup> Lo ricorda l'Avvocato Generale Bot nelle sue *Conclusioni*, presentate il 2 ottobre 2012, nella causa C-399/11, *Melloni*, punto 76.

<sup>(47)</sup> A. Procaccino, *Informazione e consapevolezza dell'imputato per la presenza al suo processo. Suggestioni europee e problemi nazionali*, in *Leg. pen. (web)* 2020, 66.

<sup>(48)</sup> F. Alonzi, *La direttiva UE sul diritto dell'imputato a partecipare a giudizio e la disciplina italiana sul processo in absentia*, in *Leg. pen. (web)* 2016, 19. Sul punto, si v. Corte EDU, *Ekbatani c. Svezia*, 26 maggio 1988, ric. 10563/83, § 25, dove viene statuito che il principio di equità processuale implica, come principio generale, che l'imputato «abbia la facoltà» [*be entitled to*] di essere presente a processo.

<sup>(49)</sup> Per un confronto con l'ordinamento eurounitario *in parte qua*, si v. la ricostruzione operata in L. Bernardini, «Assente giustificato?», cit., 148 ss.

<sup>(50)</sup> J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, 1868.

<sup>(51)</sup> A. Di Stasi, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano 2022, 22.

<sup>(52)</sup> S. Quattrocchio, *Partecipazione*, cit., 109. Sulla rinuncia a comparire a processo in caso di fuga dell'interessato – e sui possibili indicatori fattuali dai quali desumere tale condotta –, si rinvia alle considerazioni svolte in L. Bernardini, *Fostering in absentia proceedings*, cit., 1427-1429, con riferimento alle possibili incongruenze tra i due sistemi giuridici europei.

riormente rafforzato da un risalente rapporto dell'allora Commissione europea per i diritti umani, laddove l'informazione sull'accusa, la presenza processuale e il diritto di difesa vengono considerati entro «*une suite logique et necessaire*»<sup>(53)</sup>. In questa luce, l'accostamento tra prerogative difensive e partecipazione al giudizio è chiarissimo: l'imputato – reso edotto diligentemente dalle autorità in merito all'accusa nei suoi confronti – va messo nelle condizioni «se lo desidera»<sup>(54)</sup> di prendere parte al proprio processo. Non vi è alcuno spiraglio, così par di capire, per l'imposizione di un obbligo generalizzato alla presenza nell'interpretazione consolidata dell'art. 6 CEDU.

A rinforzare tale convinzione, poi, è il fatto che anche l'art. 14, § 3, lett. *d* del Patto Internazionale sui diritti civili e politici ammette la piena disponibilità del diritto alla presenza da parte dell'imputato, senza prevedere alcun onere partecipativo su quest'ultimo<sup>(55)</sup>.

All'affresco sin qui delineato vanno aggiunte, infine, due decisioni della Corte di Strasburgo che, da un lato, riconoscono la «*capital importance*» della presenza dell'imputato innanzi l'autorità procedente, e, dall'altro, lasciano gli Stati membri liberi di «favorire» la presenza e «scoraggiare» le assenze ingiustificate dell'interessato<sup>(56)</sup>. Il ragionamento sembra quindi sottendere una prerogativa per gli Stati membri di poter intervenire – eventualmente, par di capire, anche con misure coattive – nei confronti di quegli individui che, senza una legittima motivazione, non si presentano in udienza. Potrebbe essere questa la strada per autorizzare le autorità ad imporre un onere partecipativo *generalizzato* in capo all'imputato?

La risposta sembra essere, ancora una volta, negativa. In primo luogo, seguendo il ragionamento dei giudici di Strasburgo, *non ogni assenza va quindi «scoraggiata»*, ma solo quelle mancate comparizioni che non siano rette da validi motivi<sup>(57)</sup> (e tali ipotesi andranno valutate con approccio

<sup>(53)</sup> Comm. EDU, *Colozza e Rubinat c. Italia*, 5 maggio 1983, ricc. 9024/80 e 9317/81, § 112.

<sup>(54)</sup> *Ibid.*, trad propria. L'espressione rende evidente la piena disponibilità della prerogativa partecipativa in capo all'imputato.

<sup>(55)</sup> UN Human Rights Committee, *General Comment No. 32. Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, CCPR/C/GC/32, 23 agosto 2007, punto 36. Quest'aspetto è stato espressamente sottolineato, tra gli altri, da S. Quattrococo, *La participation de l'accusé*, cit., 559.

<sup>(56)</sup> *Conclusioni*, punto 117, con richiamo a Corte EDU, *Poitrimol*, 23 novembre 1993, cit., § 35 e Corte EDU, *Tolmachev c. Estonia*, 9 luglio 2015, ric. 73748/13, § 47.

<sup>(57)</sup> Ad una prima lettura, questa specificazione pare inconferente con la natura della prerogativa stessa. Se, infatti, l'imputato può scegliere – purché consapevolmente – di non partecipare al giudizio, non si comprende quali giustificazioni lo stesso dovrebbe addurre

casistico, essendo impossibile una loro definizione *a priori*)<sup>(58)</sup>. In secondo luogo, va considerato, in ogni caso, il divieto per lo Stato Parte di privare l'imputato dei diritti fondamentali della difesa a causa dell'assenza<sup>(59)</sup> e, più in generale, la proibizione di adoperare misure drastiche per ottenere la presenza dell'imputato<sup>(60)</sup>.

Lo spazio per irrogare siffatte «misure» dissuasive pare, quindi, davvero esiguo, limitato verosimilmente ai casi in cui sia necessario disporre l'accompagnamento coattivo *ad actum* dell'imputato (ad es. per lo svolgimento di una ricognizione o di un confronto).

In definitiva, da nessuna delle precedenti affermazioni si può supporre l'esistenza di un obbligo partecipativo *generalizzato* in capo all'imputato nel prisma dell'art. 6 CEDU, né, per converso, si può ritenere sussistente un diritto degli Stati a costringere il predetto a comparire: l'utilizzo dei verbi «favorire» e «scoraggiare» – in luogo dei ben più cogenti «obbligare» e «proibire» – dimostra che la Corte di Strasburgo non si è mai spinta al punto di prescrivere una tale imposizione nei confronti del singolo. Accorta dottrina ha quindi concluso che, dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, può enuclearsi una «lettura del diritto ad essere presenti al proprio giudizio *indipendente* da qualsiasi obbligo partecipativo dell'imputato»<sup>(61)</sup>. I giudici europei hanno infatti espressamente affermato che se è vero che gli Stati possono «scoraggiare» le assenze ingiustificate, essi non possono però «giungere all'uso della minaccia della privazione dei diritti dell'uomo per costringere l'imputato ad essere presente»<sup>(62)</sup>.

In altre parole, riconoscere il *diritto* (relativo, in quanto rinunciabile) alla presenza processuale implica, per ciò stesso, la piena legittimità di procedimenti *reo absente* in un dato ordinamento<sup>(63)</sup>, in linea con la

per esercitare tale facoltà. Nondimeno, trattandosi di misure volte meramente a disincentivare – si badi: non ad interdire *in toto* – le possibilità di mancata comparizione, la portata dell'espressione non appare particolarmente problematica.

<sup>(58)</sup> Ritieni S. Negri, *Giudizio in absentia e garanzie processuali internazionali: note a margine della sentenza della Corte cost. n. 117/2007*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 672, che un «abuso dei diritti della difesa» potrebbe integrare un caso in cui gli Stati sarebbero autorizzati ad intervenire per «scoraggiare» le assenze ingiustificate.

<sup>(59)</sup> Corte EDU, *Poitrimol*, 23 novembre 1993, cit., §§ 37-38.

<sup>(60)</sup> S. Ruggeri, *Personal Participation in Criminal Proceedings*, in *Absentia Trials and Inaudito Reo Procedures. Solution Models and Deficiencies in ECtHR Case-Law*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 583.

<sup>(61)</sup> S. Quattrococo, *Partecipazione*, cit., 110.

<sup>(62)</sup> Così D. Donati, *Verso una modifica*, cit., 528.

<sup>(63)</sup> In questi termini E. Demetrio Crespo, A.M. Sanz Hermida, In *absentia Proceedings in the Framework of a Human Rights-Oriented Criminal Law. The Perspective of Substantive Criminal Law*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 559.

convinzione che «l'impossibilità di tenere processi *in absentia* potrebbe paralizzare lo svolgimento dei procedimenti penali, in quanto ciò potrebbe portare alla dispersione delle prove, la prescrizione del reato o un diniego di giustizia»<sup>(64)</sup>.

La bilancia di Strasburgo – a differenza di quella di Lussemburgo, come dimostrato dal caso annotato – pare pendere nettamente, quindi, verso la possibilità di ammettere un rito penale senza imputato, circoscrivendo la portata dell'onere a comparire in casi eccezionali.

4.1.3. – Al termine di questa breve disamina, alcune considerazioni conclusive possono essere svolte in merito al giudizio della Corte di Giustizia qui commentato.

Indubbiamente, si è di fronte ad una *divergenza* sul nucleo del diritto alla presenza processuale nei due ordinamenti europei. L'uno – quello fondato sulla Convenzione – dipinge tale prerogativa come relativa, consentendone, in determinate circostanze, la rinuncia consapevole, esplicita o *per facta concludentia*, da parte dell'imputato. Ne consegue, logicamente, che nessun obbligo partecipativo potrà dirsi gravante sul singolo né gli Stati membri paiono autorizzati ad implementare misure coercitive nei confronti dell'assente. L'altro – diversamente – consente agli Stati membri, con la presente sentenza, di elaborare normative nazionali che prevedano un onere di comparizione a processo. Così come tratteggiata, l'impostazione della Corte di Giustizia si pone in antitesi con il sistema convenzionale in quanto renderebbe la rinuncia dell'interessato – che non è preclusa dall'art. 6 CEDU – *tamquam non esset*.

Di fronte a tale contrasto, andrebbe ricordato che la direttiva 2016/343 nasce con l'idea di «difende[re] i diritti fondamentali e principi riconosciuti dalla Carta e dalla CEDU»<sup>(65)</sup>. Essa vieta, in particolare, qualsiasi interpretazione delle norme ivi contenute «in modo tale da *limitare* o *derogare* ai diritti e alle garanzie procedurali garantiti dalla Carta, dalla CEDU [...]»<sup>(66)</sup>.

Se, quindi, l'angolo visuale da cui osservare la presenza processuale, secondo la Corte di Strasburgo, è quello della piena disponibilità della prerogativa a comparire in udienza, ne consegue logicamente il divieto delle autorità pubbliche di coartare l'individuo alla partecipazione *generale* ad ogni udienza che lo riguardi. Ammettere, come fa la Corte di Giustizia,

---

<sup>(64)</sup> Corte EDU, *Colozza*, 12 febbraio 1985, cit., § 29.

<sup>(65)</sup> *Considerando* 47, dir. 2016/343.

<sup>(66)</sup> Art. 13, dir. 2016/343.

che l'art. 8, dir. 2016/343 non osti ad una legislazione nazionale che imponga un obbligo a comparire aumenta il rischio, infatti – ed in assenza di ulteriori specificazioni –, di ritenere consentito l'utilizzo di misure coercitive nei confronti dell'assente. Così operando, però, i minimi *standard* convenzionali paiono non essere rispettati, così come pare ignorata la circostanza che la scelta di non partecipare al proprio giudizio possa costituire l'espressione di una ben precisa strategia processuale<sup>(67)</sup>, parte di una tattica difensiva che, come tale, risulta insindacabile dai pubblici poteri<sup>(68)</sup>.

Malauguratamente, la scelta operata dalla Corte di Giustizia nel caso in commento pare aprire la strada a possibili contenziosi innanzi la Corte di Strasburgo, nel caso in cui un soggetto, legittimamente renitente, venga forzato alla presenza processuale. Invero, una siffatta impostazione – come ben ha sottolineato il Giudice Bonello in una *Concurring Opinion* nel caso *Van Geyselghem* – tramuterebbe indebitamente ciò che è stato concepito come un «privilegio dell'accusato» (la facoltà di partecipare all'attività giudiziaria che lo riguarda) in un «debito dell'imputato nei confronti dello Stato»<sup>(69)</sup>.

*In limine*, va ricordato che, per il giudice convenzionale, lo scopo della (libera) comparizione dell'imputato va ricercata, da un lato, nel suo «*right to a hearing*» e, dall'altro, nella necessità di «verificare l'accuratezza delle sue dichiarazioni e compararle con quelle delle vittime, i cui interessi vanno protetti, e con quelle dei testimoni»<sup>(70)</sup>. Ciò sarebbe espressione del «chiaro favore» della CEDU nei confronti del «coinvolgimento personale dell'accusato nell'accertamento dei fatti»<sup>(71)</sup>.

La pacifica circostanza, però, che all'imputato sia riconosciuto il diritto al silenzio e, più in generale, a non collaborare con l'autorità, rende priva di utilità pratica la sua (forzata e generalizzata) partecipazione, che potrebbe rivelarsi «muta», frustrando quindi la necessità di accertare la veridicità delle sue eventuali affermazioni. E, in ogni caso, è da respingersi con decisione l'idea che, se davvero la presenza fosse funzionale all'esercizio dei diritti della difesa, tale prerogativa debba essere esercitata esclusi-

<sup>(67)</sup> S. Quattrococo, *Partecipazione*, cit., 112. Cfr. S. Negri, *Giudizio in absentia*, cit., 671, che parla di «scelta rispondente ad una precisa – per quanto discutibile – strategia difensiva».

<sup>(68)</sup> In questo senso, F. Kutry, *Justice pénale et procès équitable*, vol. I, Bruxelles 2006, 385-387.

<sup>(69)</sup> Corte EDU, *Van Geyselghem c. Belgio*, 21 gennaio 1999, ric. 26103/95, *Concurring Opinion of Judge Bonello*.

<sup>(70)</sup> Corte EDU, *Medenica*, 14 giugno 2001, cit., § 54, trad. propria.

<sup>(71)</sup> S. Ruggeri, *Personal Participation*, cit., 582, trad. propria.

vamente per il tramite della costrizione e della conseguente – e verosimile – privazione della libertà<sup>(72)</sup>.

Così argomentando, in definitiva, crollerebbero le basi logico-argomentative del caso *HN*, ove il giudice europolitano, forse esageratamente rispettoso dell'autonomia procedurale degli Stati membri, ha concesso alle autorità nazionali la possibilità di elaborare norme cogenti che rendano la presenza processuale più simile ad un onere che ad un diritto fondamentale.

4.2. – La evidente inconciliabilità delle due corti europee sul tema dell'obbligo alla presenza lascia spazio, nella seconda parte del giudizio, ad una ritrovata armonia tra diritto UE e Convenzione europea sul tema dell'effettività della partecipazione processuale. Infatti, la Corte di Giustizia non si limita a richiamare, come accade tradizionalmente, la pertinente giurisprudenza di Strasburgo sul tema sotto indagine; bensì ricorda a se stessa di «sincerarsi» (§ 55) che l'interpretazione degli artt. 47 e 48 della Carta non sia deteriore rispetto alle garanzie dell'art. 6 CEDU. Ciò consente alla Corte di Lussemburgo di fissare uno *standard* di garanzie minime (quello imposto dalla CEDU), che il diritto dell'Unione non può permettersi di pregiudicare in alcun caso. È su questa linea argomentativa che si impernia il condivisibile ragionamento sull'effettività della presenza processuale, che va garantita ad ogni imputato, anche qualora quest'ultimo fosse stato rimpatriato e soggetto a divieto di reingresso. Effettività che – letta alla luce dei principi incarnati nell'idea convenzionale di equo processo – verrebbe irrimediabilmente compromessa, nel caso in cui le autorità nazionali non prevedano misure adeguate a permettere all'interessato quantomeno di *scegliere* coscientemente se partecipare o meno al proprio processo. Si tratta di una prospettiva pienamente condivisibile, peraltro coerente con il diritto dell'Unione in materia di immigrazione irregolare<sup>(73)</sup>. Essa impone agli Stati membri di garantire *quam maxime* il diritto effettivo alla presenza a *tutti* gli imputati, «superando» – questo l'ulteriore punto di interesse del caso *HN* – gli ostacoli di ordine amministrativo legati alle norme interne sull'immigrazione. Neppure un divieto di reingresso fondato su motivi di sicurezza nazionale, ad esempio, potrà essere utilmente invocato dagli Stati membri

---

(72) V., per analogia, Corte EDU, *Krombach c. Francia*, ric. 29731/96, § 87 *in fine*. D'altronde, l'imputato è «*le juge de ses propre intérêts, nul autre ne peut déterminer ce qui peut être opportun au bon exercice de ses droits*», secondo F. Kutu, *Justice pénale*, cit., 386.

(73) L'art. 11, par. 3, dir. 2008/115 conferisce un alto margine di discrezionalità agli Stati membri nel sospendere o revocare un divieto di (re)ingresso, qualora lo ritengano opportuno.

per impedire al singolo di recarsi fisicamente in udienza, al fine di esercitare il proprio diritto di difesa. Anche le disposizioni nazionali su un tema così sensibile, e tradizionalmente connesso con il nocciolo duro della sovranità statale, dovranno cedere il passo al rispetto delle prerogative fondamentali del processo penale.

Vi è infine un ulteriore profilo di interesse sotteso al caso qui annotato: il rapporto – non sempre sereno – tra i due ordinamenti europei in materia di diritti fondamentali. A prima vista, il caso *HN* pare riportare coerenza sistematica sul tema dell'effettività del diritto alla presenza. Tale aspetto del giudizio, però, ne disvela uno ulteriore: la volontà della Corte dell'UE di «proteggere» i giudici degli Stati membri da eventuali azioni di responsabilità innanzi la Corte di Strasburgo, per violazione delle garanzie convenzionali<sup>(74)</sup>. Uniformando gli *standard* tra i due ordinamenti, infatti, le corti nazionali non correrebbero il rischio di veder censurata la propria decisione innanzi la Corte convenzionale quando applicano il diritto dell'Unione<sup>(75)</sup>.

In questo contesto, va salutata con favore la circostanza che tale operazione ermeneutica sulla portata del diritto all'equo processo sia stata svolta in sede di rinvio pregiudiziale: se tale strumento vede la propria *raison d'être* nella funzione nomofilattica ad esso sottesa (ed «interna», quindi, agli Stati membri), nel caso *HN* esso ha svolto (anche) una funzione «conciliatoria» tra i sistemi europei, per far sì che i giudici nazionali, applicando il diritto dell'Unione, non scendano mai al di sotto della soglia fissata dalla Convenzione.

5. – Per i motivi sopra esposti, il caso *HN* può ben essere descritto come una sentenza in «chiaroscuro».

Analizzandone le «luci», il giudice di Lussemburgo dimostra di aver ben presente l'importanza del diritto *effettivo* alla partecipazione al processo, tanto da vietare alle autorità nazionali lo svolgimento di procedimenti *in absentia* qualora l'imputato – a causa di ostacoli di ordine amministrativo, come un divieto di reingresso – si trovi nella impossibilità concreta di recarsi all'udienza che lo riguarda. Una posizione che rafforza

---

<sup>(74)</sup> Sul punto, v. Corte EDU, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Ireland* [GC], 30 giugno 2005, ric. 45036/98, spec. §§ 152-157.

<sup>(75)</sup> La Corte di Giustizia avrebbe potuto decidere diversamente il caso in commento, ad es. ammettendo la legittimità di procedere *in absentia* nei confronti di *HN*, nonostante il divieto di reingresso, magari ritenendolo in fuga. In tal caso, però, quel provvedimento avrebbe presentato numerose frizioni con il diritto effettivo alla presenza processuale *ex art.* 6 CEDU e, quindi, avrebbe potuto essere censurato innanzi il tribunale convenzionale.

l'armonia sistemica tra l'ordinamento dell'Unione e quello del Consiglio d'Europa, tenendo conto della nota dottrina *Soering* – non citata nel caso *HN*, ma la cui importanza pare evidente – secondo cui la CEDU va interpretata per rendere le garanzie *ivi* contenute «*practical and effective*»<sup>(76)</sup>, non «*theoretical and illusory*»<sup>(77)</sup>. Di fatto, la Corte di Giustizia ha interpretato l'art. 8, dir. 2016/343 per rendere la prerogativa della partecipazione processuale effettiva e concreta.

Le «ombre» del giudizio, al contrario, paiono aver compromesso questo quadro armonioso, risvegliando un dibattito antico sulla natura della presenza processuale. Le autorevoli osservazioni espresse *illo tempore* dalla dottrina italiana forniscono oggi materiale prezioso cui attingere per comprendere appieno le implicazioni del caso *HN*.

A chi auspicava, per esempio, «[la tendenziale esclusione della] possibilità di procedersi in contumacia e stabilire per l'imputato l'obbligo, *assistito da misure coercitive*, di partecipare al giudizio»<sup>(78)</sup>, faceva da contrappeso chi, diversamente, sosteneva che «la presenza dell'imputato non può tradursi in un obbligo a partecipare», dal momento che «la triade processuale potrà rimanere in vita grazie alla partecipazione tecnica dell'imputato tramite il suo difensore»<sup>(79)</sup>. Autorevolmente, poi, veniva osservato che il principio del contraddittorio non implica che «la parte debba essere presente e contraddire o difendersi, ma soltanto che essa deve essere posta nelle condizioni di farlo ogni volta che lo ritenga opportuno»<sup>(80)</sup>. Tuttavia, si ipotizzava *prima facie* l'incompatibilità logica della «massima attenzione [adoperata] nei confronti del diritto all'imputato ad essere posto a conoscenza della citazione» con la «completa disponibilità del diritto a presentarsi all'udienza»<sup>(81)</sup>, anche perché, veniva ulteriormente sottolineato, solamente con la comparizione si assicurerebbe, in maniera incontrovertibile, la assoluta conoscenza dell'imputazione<sup>(82)</sup>.

<sup>(76)</sup> Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, ric. 14038/88, § 87.

<sup>(77)</sup> Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* [GC], 23 febbraio 2012, ric. 27765/09, § 175.

<sup>(78)</sup> G. Lattanzi, *Spunti critici sulla disciplina del giudizio contumaciale*, in *Cass. pen.* 2005, 600.

<sup>(79)</sup> C. Papagno, *Contumacia e processo equo*, Milano 2010, VII-VIII.

<sup>(80)</sup> Così V. Cavallari, sub *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano 1986, 730.

<sup>(81)</sup> E. Marzaduri, *Sulla necessità di una riforma del giudizio in contumacia*, in *Leg. pen.* 2004, 615.

<sup>(82)</sup> S. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione quasi completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in *Il processo penale*

Nonostante l'incedere del tempo, i problemi sottesi alla necessarietà della presenza a processo continuano a tormentare non solo gli studiosi, ma anche gli operatori del diritto. La sensazione è quella di trovarsi, ancora una volta, «a metà del guado», alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'imputato – oggetto o soggetto del processo? – e l'intensità del potere punitivo dello Stato<sup>(83)</sup>.

Questa volta il messaggio è arrivato dai giudici di Lussemburgo, che hanno rimesso la questione in mano ai governi degli Stati membri, dimenticandosi, però, che un processo davvero «equo» è (anche) quello dove le scelte difensive dell'imputato non vengono sindacate, men che meno con l'utilizzo eventuale di misure coercitive.

Un'ultima precisazione si rende necessaria. Con il caso in commento, la Corte di Giustizia ha concesso una «cambiale in bianco» alle autorità nazionali nell'imporre un generico onere partecipativo in capo all'imputato. Ciò che, però, si è tentato di criticare da più prospettive non è il (legittimo) potere dello Stato di disporre l'accompagnamento coattivo *una tantum*; possibilità prevista, nel sistema italiano, all'art. 132 c.p.p. La legittimità di tale prerogativa, infatti, non è mai stata in discussione per il giudice di Strasburgo<sup>(84)</sup>, né comunque pare specificamente censurabile sotto altri profili, dal momento che, per quanto concerne il nostro ordinamento, la comparizione forzata così concepita è circoscritta entro una casistica ben delineata<sup>(85)</sup> e per ridotte scansioni temporali<sup>(86)</sup>.

Il caso qui analizzato, al contrario, parrebbe aprire pericolosi spiragli all'utilizzo *generalizzato* di misure coercitive nei confronti dell'imputato renitente. Il *dictum*, come si è detto, è oltremodo scarno ed interpretabile in modo deterioro per le garanzie dell'interessato. In esso paiono rimbombare le considerazioni perentorie del Giudice Pettiti, formulate in una

dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999, n. 479), a cura di F. Peroni, Padova 2000, 349.

<sup>(83)</sup> S. Quattrocchio, *Participatory Rights in Comparative Criminal Justice. Similarities and Divergences Within the Framework of the European Union*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 461.

<sup>(84)</sup> Corte EDU, *Colozza*, 12 febbraio 1985, cit., § 27.

<sup>(85)</sup> Essa può essere disposta dal giudice, con decreto motivato, solo nei casi previsti dalla legge: il magistrato può ordinare che il soggetto sia condotto alla sua presenza, «se occorre anche con la forza» (art. 132, comma 1, c.p.p.). Per ciò che qui rileva, l'imputato può essere forzato alla partecipazione «quando la sua presenza è necessaria per l'assunzione di una prova diversa dall'esame» (art. 490 c.p.p.).

<sup>(86)</sup> Il comma 2 dell'art. 132 c.p.p. permette l'accompagnamento coattivo dell'interessato «[non] oltre il compimento dell'atto previsto e di quelli consequenziali per i quali perduri la necessità della sua presenza», stabilendo poi che, in ogni caso, «la persona non può essere trattenuta oltre le ventiquattro ore».

pungente *Dissenting Opinion* che, purtroppo, sembrano tornate attuali col giudizio odierno: «se un imputato può evitare di apparire di persona, egli impedisce al processo di essere equo ai sensi dell'art. 6 CEDU nei confronti delle denunciati, delle vittime e delle parti civili [...] gli Stati hanno facoltà di istituire nei propri sistemi giuridici il requisito per cui gli imputati debbano apparire di persona [...] il processo penale non può meramente essere un mezzo di protezione degli imputati senza tenere in debito conto la protezione delle vittime [...] per un'aberrazione perversa, sarebbe l'imputato a controllare il processo e a sostituirsi all'accusa e al tribunale nel condurlo, con il risultato di disarmare lo Stato nella sua funzione principale di dispensare giustizia»<sup>(87)</sup>.

Alle vigorose proteste del magistrato di Strasburgo, provocate dalla decisione adottata dai suoi colleghi nel caso *Poitrinol*, pare opportuno rispondere con le più pacate – ma non per questo meno incisive – parole della nostra Corte costituzionale: «la libera partecipazione personale al dibattimento, se costituisce una garanzia per l'imputato, che è soggetto al processo ed alla potestà punitiva che in esso si esprime ma non necessariamente deve collaborare al suo svolgimento, manifesta anche una scelta difensiva, che come tale va salvaguardata e non può essere configurata come obbligatoria o coercibile»<sup>(88)</sup>.

LORENZO BERNARDINI

*Assegnista di ricerca nell'Università del Lussemburgo*

---

<sup>(87)</sup> V. la *Dissenting Opinion* del Giudice Pettiti, nel caso Corte EDU, *Poitrinol*, 23 novembre 1993, cit., trad. propria.

<sup>(88)</sup> Corte cost., 15 luglio 1994, n. 301, § 3 del *Considerato in diritto*.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. III civ., ordinanza 6 luglio 2022, n. 21403

Pres. Scarano – Rel. Guizzi

*M.m. e M.i. vs Stato italiano, Presidenza Consiglio dei ministri*

*L'istituto della rimessione in termini, quanto al termine per proporre impugnazione, richiede pur sempre che vi sia una causa non imputabile, riferibile ad un evento che presenti il carattere dell'assolutezza – e non già una impossibilità relativa, né tantomeno una mera difficoltà – e che sia in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza (massima non ufficiale).*

*Il principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c. ha per oggetto solo fatti storici sottesi a domande ed eccezioni, le une e le altre da intendersi in senso sostanziale (massima non ufficiale).*

(*Omissis*) – Fatti di causa (*Omissis*).

Ragioni della decisione

5.1. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano – ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4) – «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c., in relazione all'art. 2697 c.c. e all'art. 153 c.p.c.».

Censurano la sentenza impugnata per aver escluso la rimessione in termini, ritenendo inidonea la dichiarazione scritta della collega di studio del difensore degli (allora) appellanti, così disattendendo il principio relativo alla «inesistenza di qualsiasi gerarchia aprioristicamente precostituita fra le diverse fonti di prova disponibili», giacché la corte territoriale, nella sostanza, avrebbe sostenuto la tesi secondo cui, «in assenza di una prova legale, una prova soggetta al libero apprezzamento del giudice non sarebbe valutabile perché 'meno certa'».

5.2. Con il secondo motivo denunciano ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) – «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c., in relazione all'art. 2697 c.c. e all'art. 153 c.p.c.».

Censurano nuovamente, la mancata rimessione in termini «per avere il giudice di merito negato qualsivoglia valore, immotivatamente, ad una prova liberamente apprezzabile, come la dichiarazione scritta e/o orale di una collaboratrice forense».

5.3. I motivi primo e secondo – suscettibili di trattazione unitaria, data la loro connessione, censurando la decisione della corte territoriale di negare rilievo, ai fini della rimessione in termini, alla dichiarazione scritta relativa alla mancata possibilità di acquisizione del fascicolo di primo grado – non sono fondati.

Sul punto, occorre muovere dal rilievo che l'applicazione dell'istituto della rimessione in termini, quanto al termine per proporre impugnazione, «richiede pur sempre che vi sia una causa non imputabile, riferibile ad un evento che presenti il carattere della assolutezza – e non già una impossibilità relativa, né tantomeno una mera difficoltà – e che sia in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza in questione» (così, da ultimo, in motivazione, Cass., sez. un., 4 dicembre 2020, n. 27773; in senso analogo, tra le altre, Cass., sez. I, 23 novembre 2018, n. 30512; Cass., sez. III, 4 aprile 2013, n. 8216). (*Omissis*).

5.4. Con il terzo motivo denunciano – ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) – «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c., in relazione all'art. 2697 c.c. e all'art. 153 c.p.c.».

Rilevano come la presidenza del Consiglio dei ministri non abbia posto in discussione il fatto dell'impossibilità del ritiro del fascicolo di primo grado, ma abbia solo prospettato che i documenti contenuti nello stesso non fossero essenziali per la formazione dell'appello, sicché il fatto su cui si fondava l'istanza di rimessione doveva ritenersi incontestato.

5.5. Con il quarto motivo, in stretta continuità con quello precedente, denunciano – ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4) – «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c., in relazione all'art. 2697 c.c. e all'art. 167 c.p.c.», censurando la sentenza impugnata «per avere la corte di merito non rilevato l'esistenza di un fatto pacifico».

5.6. Con il quinto motivo, anch'esso strettamente collegato ai due precedenti, denuncia – ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4) – «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c., in relazione all'art. 2697 c.c. e all'art. 167 c.p.c.», censurando la sentenza impugnata «per avere la corte di merito non rilevato l'esistenza di un fatto pacifico», ovvero l'impossibilità per la collaboratrice del difensore degli appellati di accedere al fascicolo d'ufficio.

5.7. I motivi terzo, quarto e quinto – suscettibili anch'essi di trattazione unitaria, data la loro connessione, censurando la decisione impugnata per non aver ritenuto la mancata trasmissione del fascicolo di primo grado quale fatto «non contestato» (o addirittura «ammesso») dalla presidenza del Consiglio dei ministri – sono in parte inammissibili e in parte infondati.

(*Omissis*).

Va d'altro canto osservato che «Il principio di non contestazione di cui all'articolo 115 c.p.c. ha per oggetto fatti storici sottesi a domande ed eccezioni» ... le une e le altre da intendersi in senso sostanziale, atteso che il principio è stato sempre interpretato nel senso che «imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione su fatti costitutivi del diritto preteso dalla controparte (o per converso all'attore di prendere posizione su fatti modificativi o estintivi allegati dal convenuto), determina 'effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà, perciò, ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti... la non contestazione è dunque comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio (...) poiché attiene alla '*res in iudicium deducta*'» (*Omissis*).

5.8. Con il sesto motivo denunciano – ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5) – «omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia», ovvero la richiesta di assunzione di prova orale, mediante l'escussione della predetta collaboratrice di studio, in relazione all'impossibilità di acquisizione del fascicolo di primo grado.

5.8.1. Il motivo è inammissibile.

Premesso – per le medesime ragioni già indicate, in particolare nella disamina del primo e secondo motivo di ricorso – che la circostanza oggetto della richiesta prova testimoniale non sarebbe stata affatto «decisiva». (*Omissis*)

5.9. Con il settimo motivo denunciano – ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) – «violazione di legge», e ciò «in relazione all'art. 113 c.p.c.», oltre che «*overruling* dell'ago con sfaldamento degli argini».

Lamentano che «se i fatti non sono contestati» l'autorità giudiziaria ordinaria «non può sollevare eccezioni o introdurre questioni nuove e mai dibattute», sicché, nella specie, «ci si poteva attendere una decisione diversa in relazione al *quid disputandum* ed altresì al *decisum*».

5.9.1. il motivo è inammissibile. (*Omissis*).

6. (*Omissis*).

(*Omissis*)

P.Q.M.

la corte rigetta il ricorso. (*Omissis*).

## **«Rimessione in termini» e condotte processuali di «non contestazione»: una questione ancora aperta**

1. – Con la decisione in epigrafe<sup>(1)</sup>, la Cassazione affronta, nella prospettiva dell'onere ad impugnare, distinte questioni processuali, che risolve ponendo alcune incertezze nel percorso logico argomentativo proposto e tali da suscitare l'interesse a vagliare, nel suo complesso, la tenuta del provvedimento reso.

Circoscrivendo, a tali fini, l'esame della pronuncia alle sole parti<sup>(2)</sup> in cui viene sollevata la violazione della disciplina della «rimessione in termini»<sup>(3)</sup> e della «non contestazione»<sup>(4)</sup>, le suggestioni che la lettura del prov-

<sup>(1)</sup> Per un primo commento v. Triolo, *Equivoci in tema di rimessione in termini e non contestazione*, in *Il Processo* 2022, fasc. 3, 903.

<sup>(2)</sup> Non tratteremo *ex professo*, infatti, le censure di cui al settimo motivo, con le quali gli impugnanti hanno denunciato – ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. – «violazione di legge», «in relazione all'art. 113 c.p.c.», oltre che «*overruling* dell'AGO con sfaldamento degli argini», né l'ottavo, con cui i ricorrenti hanno reiterato la questione di legittimità costituzionale e risollevato richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

<sup>(3)</sup> In letteratura v. le opere monografiche di Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano 1996 e di De Santis, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino 1997. Seguendo l'evoluzione normativa che ha segnato l'istituto v. pure Caponi, *Rimessione in termini nel processo civile*, in *Digesto civ., Agg.*, Milano 2010, 466; D'Adamo, *Prime riflessioni sulla nuova rimessione in termini*, in questa *Rivista* 2010, 385; De Santis, *La ragionevole durata, l'applicazione della norma processuale e la rimessione in termini*, in questa *Rivista* 2009, 875; Boccagna, *Sub art. 153*, in *Codice di procedura civile*, a cura di Consolo, 5<sup>a</sup> ed., Milano 2013, 1808; Panzarola, *Sulla rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in questa *Rivista* 2009, 1636; Menchini, *Principio di preclusione e autoreponsabilità processuale*, in *Giusto proc. civ.* 2013, 979 ss.; Besso, *Sub artt. 153*, in *Gli atti processuali, Commentario al codice di procedura civile Chiarloni*, a cura di Besso – Lupano, Torino 2016, 597 ss.

<sup>(4)</sup> Sul principio in parola e sulla ricostruzione, anche storica, dell'accidentato percorso che ha portato alla sua codificazione, si v., senza presunzione di completezza nell'indicazione, Chioyenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, 2<sup>a</sup> ed. riv. e emend., Napoli 1936, 325 ss.; Carnelutti, *La prova civile*, rist. Milano 1992, 18; Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano 1951, II, 741; Andrioli, voce *Prova (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, 274; Verde, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, *Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 613; Bona Ciaccia Cavallari, *La contestazione nel processo civile*, I, Milano 1992, *passim*; Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995, *passim*; Taruffo, *Verità negoziata?*, in *Accordi di parte e processo*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 69 ss.; Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.* 2004, II, 111 ss.; Proto Pisani, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.* 2006, I, 2, 3143; De Santis, *Sul conetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, in questa *Rivista* 2008, I, 560;

vedimento pone, anche con riguardo all'esplicitazione della relazione tra gli stessi intercorrente<sup>(5)</sup>, potranno meglio cogliersi se precedute da un accenno al caso concreto e da un sintetico inquadramento degli istituti richiamati.

2. – La vicenda portata all'attenzione della Corte origina dall'impugnazione di una sentenza d'inammissibilità del gravame proposto contro un'ordinanza di rigetto nel merito della domanda risarcitoria, che gli odierni impugnanti avevano proposto in primo grado<sup>(6)</sup> invocando il tardivo e parziale recepimento della direttiva comunitaria 2004/80/CE del Consiglio UE.

L'appello era stato in effetti dichiarato inammissibile per essere stato proposto tardivamente, ovvero oltre il termine di trenta giorni fissato dall'art. 702-ter, comma 6°, c.p.c. non essendo state rintracciate le condizioni per la rimessione in termini, che gli appellanti avevano avanzato facendo valere, quale «circostanza» incontestata dagli appellati, la «mancata riconsegna», da parte della cancelleria del tribunale, del fascicolo d'ufficio<sup>(7)</sup>.

Al ricorso in cassazione degli attori in primo grado, soccombenti anche nel giudizio di appello, lo Stato italiano ha resistito con controricorso, chiedendo la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione ovvero, in subordine, il rigetto del ricorso.

Cavallone, *In difesa della Veriphobia (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in questa *Rivista* 2010, 1 ss., spec. 18-19; Sassani, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.* 2010, 410; De Vita, (voce) *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, Milano 2010, 832, spec. 839 ss.; Mocchi, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in questa *Rivista* 2011, 330; Tedoldi, *La contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in questa *Rivista* 2011, 76 ss.; L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in questa *Rivista* 2014, 1043 ss.; Carosi, *In tema di fondamento sistematico del principio di non contestazione e della sua efficacia sull'attività decisoria del giudice*, in questa *Rivista* 2022, 1453 ss.

<sup>(5)</sup> In astratto, come accenna Mocchi, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, cit. 330 gli istituti vedono un «naturale» punto di contatto nei limiti della c.d. contestazione tardiva, affinché sia valutata la possibilità, ove ne sussistano i presupposti, di richiedere la rimessione in termini, ex art. 153, comma 2°, c.p.c.

<sup>(6)</sup> I ricorrenti in cassazione, attori in primo grado, avevano convenuto in giudizio lo Stato italiano con ricorso ex art. 702-bis c.p.c., lamentando di non aver potuto invocare quelle disposizioni – non (ancora) recepite nell'ordinamento interno – che avrebbero loro consentito di soddisfare, per equivalente, la lesione subita. La domanda era stata rigettata sul duplice rilievo dell'assenza di prova vuoi dell'impossidenza dell'omicida, vuoi del danno patrimoniale subito dai figli della vittima, e della non risarcibilità del danno tanatologico.

<sup>(7)</sup> La corte territoriale aveva difatti ritenuto inidonea la dichiarazione scritta, asseritamente proveniente da un collega di studio del difensore dell'appellante, circa il mancato reperimento del fascicolo di primo grado, reputando, invece, necessaria, un'attestazione della cancelleria di assenza del fascicolo, che la parte avrebbe potuto facilmente procurarsi.

3. – La violazione dell'art. 153, comma 2°, c.p.c.<sup>(8)</sup>, in combinato disposto con le norme che regolano, da un lato, l'*onus probandi* e, dall'altro, il meccanismo della valutazione delle prove, viene denunciata con i motivi primo, secondo<sup>(9)</sup> e sesto<sup>(10)</sup> di cui al ricorso, che la Corte ha dichiarato infondati ed inammissibili escludendo che lo «smarrimento e/o il mancato trasferimento del fascicolo di primo grado» potesse integrare una circostanza idonea<sup>(11)</sup> ai fini della rimessione in termini quanto al potere di impugnare.

Funzione e caratteri dell'istituto sono facilmente evincibili dal confronto emerso dopo l'entrata in vigore della norma, la cui collocazione, tra quelle generali, ha giustificato l'idea della sua applicabilità anche ai termini per impugnare.

Secondo una formula espressiva, fortemente evocativa, l'istituto della rimessione in termini regola<sup>(12)</sup>, infatti, una generalizzata previsione di

<sup>(8)</sup> Secondo cui, «La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'art. 294, secondo e terzo comma».

<sup>(9)</sup> Più esattamente, i ricorrenti hanno denunciato, con il primo motivo, la «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c., in relazione all'art. 2697 c.c., e all'art. 153 c.p.c.», ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 4, mentre con il secondo motivo, le stesse norme vengono censurate ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c.

<sup>(10)</sup> Per quanto, invero, con questo motivo, si fosse denunciato, ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. l'«omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia vale a dire la richiesta di assunzione di prova orale, mediante l'escussione della collaboratrice di studio, in relazione all'impossibilità di acquisizione del fascicolo di primo grado. La Corte lo ha dichiarato inammissibile muovendo dal rilievo secondo cui la circostanza, oggetto della prova testimoniale, non sarebbe stata affatto decisiva sostenendone, inoltre, l'inconferenza posto che l'articolo 360 c.p.c., comma 1°, n. 5, nella sua attuale formulazione, contempla, quale vizio di legittimità, l'«omesso esame» (e non l'omessa motivazione) di un 'fatto' (e non di un punto decisivo)». Per la Corte, che si richiama ad ampia giurisprudenza – v. Cass., sez. V, 8 settembre 2016, n. 17761; nello stesso senso Cass., sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 23238 – con questa formula il legislatore ha inteso riferirsi ad un «fatto vero e proprio», e, quindi, ad «un fatto principale *ex art.* 2697 c.c. (cioè un fatto costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo) od anche un fatto secondario (cioè un fatto dedotto in funzione di prova di un fatto principale), purché controverso e decisivo».

<sup>(11)</sup> Per la Cassazione è tale un «preciso accadimento, ovvero una precisa circostanza da intendersi in senso storico-naturalistico»: v. in questo senso Cass., sez. V, 8 ottobre 2014, n. 21152 e Cass., sez. un., 23 marzo 2015, n. 5745; deve cioè trattarsi di «un dato materiale, un episodio fenomenico rilevante, e le relative ricadute di esse in termini di diritto» – come emerge da Cass., sez. I, 5 marzo 2014, n. 5133 – ma non deve ricomprendere questioni o argomentazioni o istanze istruttorie: così, espressamente, Cass., sez. VI, 6 settembre 2019, n. 22397.

<sup>(12)</sup> Diversamente da quanto era previsto nel codice previgente, ove venivano invece indicate singole fattispecie di «rimessione». *Rectius* nel codice vigente, v. però le previsioni di cui agli artt. 208, 294, 345, comma 3°, 650 e 668 c.p.c.

«restituzione del termine<sup>(13)</sup> alle parti», che la dottrina compendia in un decalogo di eventi, noti anche alla prassi giurisprudenziale<sup>(14)</sup>: si pensi, ad esempio, alla mancata comparizione ad un'udienza, o al mancato esercizio di un potere entro una specifica fase processuale o, ancora, alle decadenze maturate esternamente al singolo grado processuale<sup>(15)</sup>.

Come è parimenti noto, l'operatività della norma è rimessa alla prova, per la parte che ne invoca gli effetti, di essere incorsa in decadenza<sup>(16)</sup>, «per 'causa a sé non imputabile'»<sup>(17)</sup>. Deve trattarsi, quindi, di una «causa scusante», tale da non implicare la violazione dei principi di autoresponsabilità, di efficienza e di ragionevole durata del processo<sup>(18)</sup>, il cui accertamento, rimesso al sindacato del giudice del merito, viene condotto alla luce del criterio della diligenza media, cui ogni parte deve orientare la propria condotta<sup>(19)</sup>.

Giova, in effetti, ricordare come l'istituto della rimessione in termini, deve essere interpretato in aderenza alle regole del «giusto» processo, bilanciando dunque l'esigenza della perentorietà dei termini con la salvaguardia dei diritti alla difesa e al contraddittorio di tutte le parti, secondo

---

(13) Invero il dibattito in ordine alla possibilità di evocare gli effetti di cui all'art. 153 c.p.c. anche con riguardo a termini non perentori è ancora acceso, posto che la nuova disposizione è stata collocata in un articolo rubricato per l'appunto «Improrogabilità dei termini perentori». Per quanto sia favorita, anche in dottrina, un'interpretazione letterale, che lega la rimessione in termini alla decadenza maturata solo in relazione ad un termine perentorio, si è osservato come questa lettura non offrirebbe adeguata tutela a chi avrebbe potuto domandare la proroga del termine prima della sua scadenza. La giurisprudenza, per ovviare all'inconveniente in ultimo evidenziato, consente allora la proroga del termine ormai decaduto al ricorrere di «gravi» motivi. V. sul punto, Boccagna, Sub art. 153, cit., 1812; Besso, Sub art. 153, cit., 626 e poi *amplius* nel testo.

(14) La prassi annovera, altresì, molteplici ipotesi di decadenze imputabili al fatto dell'ufficio giudiziario adito, per individuare le quali sia consentito nuovamente rinviare a Boccagna, *op. cit.*, 1824.

(15) In dottrina, tra i sostenitori della tesi per cui la disciplina in parola possa invocarsi anche per attività di un grado esterno, v. Besso, *op. cit.*, 627 e così anche Maggio, *I termini processuali*, in *Diritto processuale civile, Trattato Omnia*, diretto da Lotario Dittich, Tomo Primo, *Disposizioni generali*, Milano 2019, 1147 ove si ricorda che il principio si estenderebbe anche alla proposizione di impugnazioni tardive (con superamento del giudicato); al procedimento esecutivo, ai procedimenti speciali sommari, sia in senso stretto, sia in funzione cautelare, oltre ai procedimenti di volontaria giurisdizione.

(16) Per uno studio dell'istituto della decadenza applicato al processo civile, v. Balbi, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano 1983, oltre alle preziose indicazioni ricavabili dai contributi degli aa. già citati alla nota 3, cui si rinvia.

(17) Per la cui definizione v., *ex plurimis*, Caponi, *La causa non imputabile alla parte nella disciplina della rimessione in termini nel processo civile*, in *Foro it.* 1998, 2658.

(18) Così Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., 158, 196 e 206.

(19) Per una casistica esemplificativa, v. Boccagna, Sub art. 153, cit. 1822.

un indirizzo da tempo indicato dalla Corte costituzionale<sup>(20)</sup> e precursore degli stessi interventi normativi che hanno condotto all'attuale formulazione dell'art. 153, comma 2°, c.p.c.

4. – È alla sintesi ricostruttiva che precede, e all'orientamento maggioritario di legittimità<sup>(21)</sup> per il quale, più esattamente, i presupposti applicativi della rimessione in termini devono rintracciarsi a) nella sussistenza «di una causa non imputabile (alla parte)», b) nell'esistenza di «un evento» che presenti, per un verso, il carattere della «assolutezza»<sup>(22)</sup>, e che sia, per altro verso, «determinante con il verificarsi della decadenza», che la Corte fa capo per escludere, nel caso di specie<sup>(23)</sup>, la sussistenza delle condizioni della «non imputabilità» e dell'«assolutezza», al verificarsi delle quali la disciplina della rimessione in termini avrebbe potuto essere validamente invocata.

Invero, la Cassazione ha escluso la fondatezza dell'istanza di rimessione dei ricorrenti facendo proprio il più rigoroso tra gli indirizzi di legittimità<sup>(24)</sup>, per il quale la clausola generale della «causa non imputabile» alla parte viene integrata solo da impedimenti materiali, dal carattere assoluto, tali da inibire concretamente l'esercizio del potere: secondo questo ordine di idee, lo «smarrimento» del fascicolo non è causa ostativa all'esercizio del potere ad impugnare.

L'assunto che precede, costituendo un portato specifico della pronuncia, trova coerenza interna solo se letto nell'ottica di quell'orientamento, anche

<sup>(20)</sup> V. Corte Cost. 21 luglio 1988, in *Foro it.* 1989, I, 951; Corte Cost. 12 giugno 1991, n. 270, in *Foro it.* 1992, I, 1711 con indirizzi precursori degli stessi interventi legislativi realizzati dapprima con la L. 26 novembre 1990, n. 353, con cui si era previsto il meccanismo endoprocessuale di cui all'art. 184-bis c.p.c., e poi con L. 18 giugno 2009, n. 69 con cui, abrogata la norma che precede, si è dato ingresso al meccanismo di cui all'art. 153, comma 2°, c.p.c.

<sup>(21)</sup> Così, da ultimo, in motivazione, Cass., sez. un., 4 dicembre 2020, n. 27773. In senso analogo, tra le altre, v. anche, Cass., sez. I, 23 novembre 2018, n. 30512 e Cass., sez. III, 4 aprile 2013, n. 8216.

<sup>(22)</sup> Che sia tale, dunque, da non integrare una impossibilità relativa, né tantomeno una mera difficoltà.

<sup>(23)</sup> Nello specifico, i soccombenti avevano censurato la decisione della corte territoriale nella parte in cui aveva negato rilievo, ai fini dell'invocazione degli effetti normati all'art. 153 c.p.c., alla (idoneità della) della dichiarazione scritta, di un collaboratore di studio del difensore degli attori in primo grado, di non aver potuto acquisire il fascicolo di primo grado.

<sup>(24)</sup> Indirizzo che risale a Cass., sez. un., 18 dicembre 2018, n. 32725, i cui principi si ritrovano anche in Cass., sez. VI, 9 agosto 2019, n. 21304 accogliendo le osservazioni di parte della dottrina: v., ad es., Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere giur.* 2009, 879 oltre agli a. citati alla nt. 3, con particolare riguardo alle riflessioni di D'Adamo, *Prime riflessioni cit.*, 395-396.

dottrinale, cui già si è accennato<sup>(25)</sup>, per cui, la concessione della rimessione in termini si lega alla condotta incolpevole della parte che la invoca. Ed è proprio su questo profilo che deve condursi una più attenta verifica per cogliere il profilo di interesse, che caratterizza la decisione in commento.

5. – Quanto alla questione qui in discussione, la pronuncia si segnala positivamente per aver accolto principi ampiamente condivisi tra gli interpreti ma non è esente da incertezze che, ad una lettura poco meditata del provvedimento, potrebbero apparire tali da innescare un cortocircuito di affermazioni.

Pregevole, e da accogliersi positivamente, è, senz'altro, la schietta apertura che la Corte opera verso la possibilità di invocare con successo la disciplina di cui all'art. 153, comma 2°, c.p.c., purché ne ricorrano i presupposti, quand'anche l'attività omessa sia «esterna al grado», e tale da integrare financo l'esercizio di un potere «esterno», quale è, per l'appunto, quello ad impugnare.

A questi esiti, la Corte perviene restituendo una lettura «costituzionalmente» orientata della norma, che bilancia le ragioni di difesa della parte soccombente con il rispetto delle regole del giusto processo, al cui rispetto fanno affidamento le altre parti del giudizio; ragioni e regole che la Cassazione filtra, oltremodo, sotto la lente del principio di autoresponsabilità, affinché la verifica sull'«assolutezza» venga svolta in un duplice senso: escludendo, da un lato, che l'accadimento storico impossibilitante lo svolgimento dell'attività sia riconducibile alla responsabilità della parte ed accertando, al contempo, che l'evento abbia efficienza causale determinante nell'impedire alla stessa di esercitare il potere nel termine previsto.

Passaggio logico non chiaramente espresso nella prospettazione della Corte è allora quello per cui se è l'assenza di una causa imputabile alla parte a mantenere incorrotto il principio di autoresponsabilità, la fondatezza dell'istanza di rimessione in termini è rimessa ad un complesso scrutinio che, sebbene venga svolta «sommariamente», secondo quanto si ricava dall'art. 294 c.p.c., deve essere condotto in ordine a tutte le componenti della condotta processuale «mancata», di modo che se il

---

<sup>(25)</sup> V. gli aa. citati alla nt. 3 e altresì le impressioni di Triolo, *Equivoci in tema di rimessione in termini e non contestazione*, 905 il quale ripercorrendo l'insegnamento di Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., 75, mette in evidenza come l'evoluzione interpretativa, che si registra in ordine all'ambito di applicazione della disciplina della rimessione in termini, segna il progressivo «passaggio ad un sistema 'improntato all'autoresponsabilità da decadenza sul fondamento della colpa'».

«fatto» ostativo, non imputabile soggettivamente alla parte, incida sul (solo) perfezionamento dell'attività da doversi tenere, la parte non è comunque esentata dal compiere l'atto iniziale, o dal dare propulsione all'esercizio del potere nel termine di decadenza fissato. Diversamente opinando, l'omesso assolvimento dell'atto iniziale, specialmente là dove siano previste disposizioni che consentano la salvezza del potere stesso, assume tratti di «colpevolezza» ed è tale da non esimere da responsabilità la parte, che sopporterà le conseguenze della decadenza maturata, senza poter fruttuosamente invocare la disciplina di cui all'art. 153, comma 2°, c.p.c.

6. – Applicando i principi sopra visti al potere di impugnare, lo «smarrimento del fascicolo e/o il suo mancato trasferimento», al netto della modalità con cui la circostanza venga in concreto allegata e dimostrata<sup>(26)</sup>, lascerebbe, dunque, pienamente integro il potere ad impugnare della parte entro il termine stabilito, potendo, questa, oltretutto contare, sulla ricostituzione del fascicolo disperso e sull'integrazione dei motivi di appello, quali attività che un pacifico orientamento di legittimità assicura<sup>(27)</sup>. Ed è proprio sull'esame di questi profili che ci si deve ancora soffermare per ovviare a facili contestazioni.

È stato, in effetti, osservato<sup>(28)</sup> come l'integrazione dei motivi d'appello costituirebbe una forma implicita, «camuffata», di rimessione in termini che sottende l'ulteriore pericolo che anche nel processo civile si dia ingresso alla tecnica dei c.d. «motivi aggiunti» nota al diritto amministrativo<sup>(29)</sup>.

Si tratta, invero, di una lettura non pianamente condivisibile, che può essere avversata argomentando anche dal solo referente semantico dei

<sup>(26)</sup> Il rilievo che precede supera, invero, la fondatezza dell'ulteriore questione che era stata sollevata dai ricorrenti e relativa all'illegittima preferenza che sarebbe stata accordata alla certificazione documentale proveniente dalla cancelleria, rispetto alla dichiarazione della collaboratrice/collega del difensore, posto che, per pacifico e risalente indirizzo di legittimità, per cui la prova dei presupposti legittimanti la rimessione in termini, in caso di decadenza dall'impugnazione, debba essere «puntuale e rigorosa, stante l'eccezionalità della fattispecie derogatoria», giacché l'inammissibilità dell'impugnazione derivante dall'inosservanza dei termini all'uopo stabiliti a pena di decadenza, secondo i principi dell'ordinamento, «è correlata alla tutela d'interessi di carattere generale e, come tale, è insanabile, oltre che rilevabile d'ufficio»: così Cass., sez. un., 5 aprile 2005, n. 6983 e, nello stesso senso, più di recente, Cass., sez. II, 5 giugno 2015, n. 11666.

<sup>(27)</sup> V. Cass., sez. lav., 25 marzo 2013, n. 7393.

<sup>(28)</sup> Sul punto, v. anche le osservazioni di Triolo, *op. cit.*, cit. 904-906, il quale rileva come «essere impossibilitati a depositare (o notificare) l'atto di appello non equivale ad essere impossibilitati a redigere un buon atto di appello».

<sup>(29)</sup> Così ancora Triolo, *op. loc. cit.*, 906.

lemmi utilizzati: il concetto di «integrazione» (dei motivi di impugnazione) è certamente non coincidente con quello di «proposizione» (dei motivi stessi). Se si volesse tracciare un semplice parallelo, la proposizione dell'impugnazione, quale esercizio iniziale del relativo potere, nel termine stabilito, scongiura, infatti, il solo passaggio in giudicato formale della pronuncia, mentre la formulazione dei motivi di impugnazione – o la loro integrazione – consente di esaminarne la fondatezza, purché essa sia stata ritualmente proposta.

La distinzione che precede, ricondotta al caso che ci occupa, rende allora esplicito il ragionamento inespresso della Corte secondo cui, l'impedimento fattuale allegato dai ricorrenti («mancata disponibilità del fascicolo di primo grado»), non fosse tale da assumere un'efficienza causale «determinante» ed assoluta quanto alla perdita del potere ad impugnare incidendo, unicamente, sulla possibilità di spiegare, con cura e dovizia, i motivi di appello di cui all'atto; possibilità che viene peraltro preservata dall'integrazione dei motivi stessi, a salvezza delle regole del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale.

7. – Facendo constare, per il tramite dei motivi terzo, quarto e quinto<sup>(30)</sup> di cui al ricorso, la violazione dell'art. 115, comma 2°, c.p.c.<sup>(31)</sup>, i ricorrenti fanno nuovamente riferimento alla «mancata trasmissione del fascicolo di primo grado» per contestare gli esiti decisori della pronuncia impugnata, sul rilievo per cui il giudicante non avrebbe tratto le dovute conseguenze dalla condotta non contestativa della Presidenza del Consiglio dei ministri, che avrebbe addirittura ammesso<sup>(32)</sup> l'inesistenza del fascicolo.

Svolgendo quale premessa iniziale quella per cui il «fatto», smarrimento del fascicolo di primo grado, è irrilevante ai fini della concessione della

---

<sup>(30)</sup> Per la cui esatta indicazione se ne veda la formulazione nel testo del provvedimento.

<sup>(31)</sup> L'art. 115 c.p.c., rubricato «Disponibilità delle prove» nella formulazione vigente ad opera dell'art. 45, comma 14°, L. 18 giugno 2009, n. 69 prevede che «salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza». Invero, già prima della sua espressa inserzione nel tessuto normativo, il principio veniva ricavato dal combinato disposto degli artt. 167, comma 1°, c.p.c. e 416, comma 3°, c.p.c., oltre che da alcune disposizioni regolanti le conseguenze derivabili da condotte processuali non contestative: v., ad es., quanto stabilito all'art. 2734 c.c., e ai meccanismi di cui agli artt. 14, 35 e 215 c.p.c.

<sup>(32)</sup> La presidenza del Consiglio dei ministri non avrebbe posto in discussione il fatto dell'impossibilità del ritiro del fascicolo di primo grado, ma avrebbe solo prospettato che i documenti contenuti nello stesso non fossero essenziali per la formazione dell'appello.

rimessione in termini quanto al termine ad impugnare, la Corte rileva come tale accadimento non sia neppure un «fatto» idoneo per invocare favorevolmente la disciplina della non contestazione, dichiarando per l'effetto in parte inammissibili, e in parte infondati, i motivi appena visti. Cedevole, ai fini dello scrutinio di legittimità invocato, non sarebbe, difatti, il solo profilo attinente alla tecnica di rilievo della condotta di non contestazione<sup>(33)</sup>, bensì, ed anche, l'insussistenza stessa dei presupposti applicativi del principio che, per indirizzo generale, secondo la pronuncia qui in commento, avrebbe ad oggetto solo «fatti storici sottesi a domande ed eccezioni da intendersi in senso sostanziale»<sup>(34)</sup>.

Aderendo, dunque, ad una impostazione riduttiva del fenomeno contestativo, la Cassazione afferma che il principio di cui all'art. 115 c.p.c., «da sempre interpretato nel senso che, imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto preteso dalla controparte»<sup>(35)</sup> è peraltro tale da determinare «effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e acquisito al materiale processuale e dovrà, perciò, ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti»<sup>(36)</sup>. Il che, certamente, non equivale ad assegnare alla condotta stessa un'efficacia di «piena prova».

Vedendo nella non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, la Cassazione reputa, quindi, di non poter dare seguito alla tesi suggerita dai ricorrenti che vorrebbe conferire all'istituto una portata che gli è estranea, risolvendo questioni che attengono allo svolgimento del processo e no, propriamente, alla «*res in iudicium deducta*». Così opinando, la Corte conclude che la non contestazione può avere ad oggetto solo fatti «storici» e non anche fatti «processuali» trattandosi, come chiarisce la Cassazione, di un «comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio (...) poiché attiene alla '*res in iudicium deducta*'»<sup>(37)</sup>.

<sup>(33)</sup> La Corte argomenta dal principio, apparentemente insuperato e affermato da Cass., sez. III, 9 agosto 2016, n. 16655 e da Cass., sez. III, 22 maggio 2017, n. 12840., secondo cui «quando il motivo di impugnazione si fonda sul rilievo che la controparte avrebbe tenuto condotte processuali di non contestazione», è onere del ricorrente predisporre l'atto di impugnazione in modo tale da «indicare la sede processuale di adduzione delle tesi ribadite o lamentate come disattese».

<sup>(34)</sup> V. da ultimo, in questo senso, Cass., sez. III, 5 marzo 2020, n. 6172.

<sup>(35)</sup> O, per converso, all'attore di prendere posizione sui fatti modificativi o estintivi allegati dal convenuto: cfr. Cass., sez. III, 3 maggio 2016, n. 8647.

<sup>(36)</sup> Sul punto confronta anche Cass., sez. III, 21 giugno 2013, n. 15658.

<sup>(37)</sup> V. in questo senso la decisione al punto 5.7.

Le affermazioni che precedono, lette in una prospettiva che tenga conto dell'attualità degli orientamenti giurisprudenziali e dei più recenti indirizzi dottrinali, suggeriscono di mettere maggiore ordine tra i principi espressi.

A tali fini, fissando il concetto di «fatto»<sup>(38)</sup> in ogni realtà naturale che interessa il diritto, e declinandone il concetto in funzione dell'accertamento del giudice, sul rilievo per cui i fatti giuridici – siano essi costitutivi, principali o secondari, oppure estintivi-impeditivi-modificativi del diritto fatto valere possono rilevare ai fini dell'individuazione dell'oggetto del giudizio oppure «solo ai fini della formulazione della risposta posto con la domanda introduttiva (*i.e.*: esistenza o inesistenza del diritto sottoposto al giudizio)»<sup>(39)</sup>, recuperiamo, seppur nei costretti limiti di questa indagine, gli esiti del complesso confronto intervenuto sulla non contestazione.

8. – Acceso e contrastato è stato in effetti il dibattito sviluppatosi intorno alla non contestazione prima della sua consacrazione normativa e certamente caratterizzante, nel suo progredire, è stato l'intervento delle Sezioni unite che, con il noto arresto n. 761 del 2002<sup>(40)</sup>, seppur in *obiter dictum*, ha dettato alcuni principi dogmatici ritenuti per molti tutt'ora attuali.

Come è noto, gli sforzi interpretativi condotti verso la razionalizzazione del fenomeno, ne avevano in precedenza consegnato due letture principali, fissandone il fondamento ora nel principio dispositivo in senso sostanziale, ora in quello processuale. Nel primo senso, più precisamente, la non contestazione era stata ricondotta ai (soli) fatti principali<sup>(41)</sup> che

<sup>(38)</sup> In letteratura, insuperata è la lettura che ne offre Sacco, voce *Fatto giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, aggiornamento, Milano 2010, pp. 610 ss., spec. 612-616, cui si rinvia, per il quale il diritto qualifica sé stesso e lascia fuori da questa auto qualificazione ciò che non lo è, vale a dire il mero fatto: il fatto è dunque una circostanza, capace di influire su un effetto giuridico. All'illustre giurista ci si permette di rinviare anche per le puntuali esemplificazioni svolte.

<sup>(39)</sup> Nel testo, specialmente tra virgole, Merlin, *Compensazione e processo*, vol. I, Milano 1991, 336-338 testo e note.

<sup>(40)</sup> Ci si riferisce a Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761 per un cui commento critico, tra i molti, v. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione*, in *Foro it.* 2003, I, 608; Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.* 2002, I, 2019 ss.; Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corriere giur.* 2003, 1345.

<sup>(41)</sup> Gli unici, in effetti, non conoscibili d'ufficio e tali da non disegnare il *thema probandum*, ma solo quello *decidendum*. I fatti secondari, invece, deducibili in esclusiva funzione probatoria, si collocherebbero in un'area che non è assegnabile all'esclusiva disponibilità delle parti, incidendo, invece, sul piano della formazione del convincimento del giudice. Ne deriva che, e quanto agli effetti della mancata contestazione, il giudice deve astenersi da qualsiasi controllo probatorio sul fatto principale non contestato e deve rite-

compongono la fattispecie costitutiva di diritti disponibili. Sempre forte è stata, in effetti, la tendenza a correlare la non contestazione alla disponibilità<sup>(42)</sup> delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, vedendo in essa uno strumento di perfezionamento del principio della domanda<sup>(43)</sup>, nel più ampio quadro dell'esercizio dell'autonomia privata, che permette alla parte, non contestando il fatto contro di essa allegato, di escludere la necessità della prova del fatto stesso, poiché non controverso. E le Sezioni unite del 2002 avevano cavalcato questa impostazione affermando come la non contestazione dei fatti principali – costitutivi o integranti un'eccezione in senso sostanziale – fosse potere irrevocabile della parte e speculare a quello di allegazione, che concorre alla formazione del *thema decidendum*<sup>(44)</sup> soggiacendo agli stessi termini fissati per l'esercizio dell'attività assertiva. Secondo quest'ordine di idee, l'onere di allegazione dei fatti, e quello di contestazione, rappresentano proiezioni speculari del principio dispositivo in senso ampio.

Netta è, dunque, la scelta di campo eletta dalle Sezioni Unite nel 2002 nell'escludere recisamente gli esiti cui approda l'opposta lettura del fenomeno per cui la non contestazione consisterebbe, invece, in una tecnica di economia processuale, che trova fondamento nell'autoresponsabilità<sup>(45)</sup>

nerlo sussistente, appunto perché, la condotta processuale lo esclude, in quanto non controverso, dagli accertamenti richiesti. I fatti secondari, invece, non essendo qualificabili in termini di disposizione della situazione sostanziale controversa, operano sul diverso piano della formazione del convincimento del giudice ai fini degli accertamenti richiesti.

<sup>(42)</sup> Per la sistematica processuale, che, come è noto, ne ha approfondito l'essenza guardando specialmente all'oggetto delle controversie arbitrabili, «il concetto di disponibilità del diritto o, se si vuole, il diritto disponibile, implica quello di potere (o facoltà) di disposizione del diritto da parte del soggetto: è disponibile il diritto di cui le parti possono disporre, mentre è indisponibile il diritto sottratto al loro potere dispositivo»: così Motto, *La compromettibilità in arbitrato secondo l'ordinamento italiano*, Milano 2018, 275.

<sup>(43)</sup> Di «proiezione dinamica del potere monopolistico della parti di fissare il tema della lite» discute Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in questa *Rivista* 1977, II, 217 ss. Secondo questo ordine di idee, la non contestazione non fornisce al giudice elementi di convincimento sul fatto che ne è oggetto, ma esclude il potere e il dovere del giudice di formarsi alcun convincimento su di esso, che va comunque considerato come esistente ai fini della decisione: così, quasi testualmente, De Vita, *op. cit.*, 844.

<sup>(44)</sup> Così opinando, i fatti principali non contestati, poiché estranei al giudizio di fatto, non rientrano tra quelli la cui esistenza deve dimostrarsi nel giudizio, mentre l'allegazione di quelli secondari e la loro contestazione sono attività che non incidono «sul tema della decisione e quindi, attraverso questa, sulla situazione sostanziale della lite» (...) «la loro influenza è solamente indiretta o mediata e si spiega per il tramite della successiva attività probatoria». Nel testo, tra virgole, v. Verde, *Norme inderogabili*, cit., 2183 ss.

<sup>(45)</sup> Questa teorica, ben illustrata da Menchini, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, cit., 981 ss., dà rilevanza a circostanze soggettive quali sono, ad esempio,

delle parti e attiene alla prova dei fatti: questi, se non controversi, «escono dal *thema probandum* e determinano una *relevatio ab onere probandi* che ne rende superflua la dimostrazione, a prescindere dal carattere principale o secondario di essi... che nulla ha da spartire con il principio dispositivo in senso sostanziale»<sup>(46)</sup>.

Altra parte della dottrina, e taluni orientamenti giurisprudenziali hanno, in effetti, colto nella non contestazione un comportamento processuale della parte, dal quale il giudice può trarre argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c., con la conseguenza che il fatto non contestato è da considerarsi certo, ai fini della decisione, solo se alla mancata contestazione si accompagnino elementi di piena prova del fatto stesso. Chi ha avanzato questa tesi<sup>(47)</sup>, l'ha invero declinata in un duplice senso ora ritenendo che la non contestazione sia un argomento di prova, utile a fondare la decisione del giudice, ora vedendo in essa una fonte di prova presuntiva, di per sé idonea a condurre all'accoglimento della domanda o dell'eccezione che sul fatto stesso si fonda. «Strade diverse» di un unico ragionare, si è detto, poiché portano alla medesima conclusione: il fatto

l'errore inevitabile o l'ignoranza scusabile, fa capolino anche in alcune pronunce: v., ad es., Cass. civ., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15783, in *Corriere giur.* 2006, 677, spec. 685, con nota adesiva di Gasperini, *Rimessione in termini e poteri esterni allo svolgimento del processo: le Sezioni Unite riconoscono la rilevanza dell'errore scusabile*. V. anche, nello stesso senso, Cass., sez. II, 2 luglio 2010, n. 15811, in *Corriere giur.* 2010, 1473, spec. 1480, con nota di D'Alessandro, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso in cassazione*.

<sup>(46)</sup> Così, testualmente, Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo 115 c.p.c.*, cit., 83 il quale pone inoltre in rilievo come la tesi dogmatica fatta propria dalle Sezioni Unite confonda due fenomeni che è utile invece tenere distinti: da un lato l'allegazione *tout court*, che consiste soltanto nella formulazione di enunciati linguistici, di carattere ipotetico, intorno all'esistenza di determinati fatti; dall'altro lato, la loro qualificazione giuridica mediante riconduzione a una fattispecie legale, che determina il prodursi di effetti giuridici nel contesto della formulazione della domanda. A contare, per l'a., è dunque «il contesto in cui i fatti vengono dedotti: se è quello degli atti introduttivi, lì si esplica e viene in rilievo il principio dispositivo in senso sostanziale, perché in quel contesto le allegazioni in fatto vengono correlate a effetti giuridici. Viceversa, al fine di stabilirne l'esistenza, non è possibile assegnare un diverso statuto ai fatti principali o a quelli secondari: tutti concorrono, con diverse gradazioni di rilevanza logica rispetto alla fattispecie legale, a provare l'esistenza o meno della situazione sostanziale dedotta in giudizio».

<sup>(47)</sup> La tesi, risalente, che si rintraccia nel pensiero di D'Onofrio, *Commento al codice di procedura civile*, I, Torino 1951, 176 è stata poi ripresa da Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema della oralità*, I, Milano 1962, 86 ss. e De Marini, «Ammissione», in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 244 è stata rivalutata dal pensiero L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino 2004, 80 ss. il quale attribuisce alla non contestazione (e al silenzio) l'efficacia di argomento di prova, e di Vallebona, *Allegazione e prove nel processo del lavoro*, in *NGCC* 2006, II, 1 ss.

non contestato deve essere considerato alla stregua di quello per cui è stata fornita una prova liberamente valutabile<sup>(48)</sup>.

9. – Dall'intervento delle Sezioni unite, e sino alla novella legislativa, gli indirizzi giurisprudenziali successivi<sup>(49)</sup>, delineatisi anche a sezioni unite<sup>(50)</sup>, e gli orientamenti dottrinali coevi hanno particolarmente insistito sulla ricognizione dei limiti d'applicabilità, oggettivi e soggettivi, della non contestazione, per fissarne, con maggiore efficacia, fondamento ed effetti.

Quanto al primo profilo, viene chiaramente affermato che l'onere di contestazione non è unilaterale, bensì reciproco e multidirezionale, gravando anche sull'attore, oltretché su qualsiasi altro interventore, perché possa essere impregiudicato il principio di uguaglianza anche nel trattamento processuale tra le parti. Quanto alla sua portata oggettiva, fermo il principio secondo cui la contestazione è rilevante solo se ha ad oggetto un «fatto da accertare nel processo non guardando alla sua dimensione giuridica», si è oltremodo chiarito come esso non possa vincolare il giudice nell'interpretazione delle norme di diritto, ciò nel chiaro rispetto di quanto disposto all'art. 101, comma 2°, Cost. e all'art. 113 c.p.c. Ne consegue che l'interpretazione della disciplina – legale o contrattuale – dei fatti stessi, restano prerogativa indiscussa dei poteri del giudice.

Nessun mutamento significativo si è invece osservato in relazione all'assunto, posto a fondamento della stessa pronuncia della pronuncia del 2002, per il quale il principio opererebbe esclusivamente nei giudizi aventi ad oggetto una situazione sostanziale caratterizzata dal requisito della disponibilità<sup>(51)</sup>, quale corollario, si è detto, della stessa regola di disponibilità della tutela giurisdizionale. In questa prospettiva, la non contestazione viene dunque ad integrare l'esercizio di un atto dispositivo del diritto sostanziale e, giocoforza, non può che riguardare i fatti principali<sup>(52)</sup>,

---

<sup>(48)</sup> Così, tra virgole nel testo, Verde, *Norme inderogabili*, cit., 2180.

<sup>(49)</sup> Per una ricognizione dell'applicazione giurisprudenziale dell'istituto prima del 2009, si vedano le indicazioni contenute in De Vita, *op. cit.*, 840-843.

<sup>(50)</sup> Il riferimento è speso a Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202 e Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203.

<sup>(51)</sup> Senza poter riferire gli ampi esiti cui è giunta la teoria generale del diritto, il concetto di indisponibilità opera quale limite all'autonomia privata delle parti ed è slegato dalla natura, derogabile o inderogabile, delle norme: per ampi riferimenti v. Motto, *op. cit.*, 291, testo e note, spec. 113, cui ci si permette di rinviare anche per le ampie indicazioni bibliografiche ivi contenute.

<sup>(52)</sup> Come è noto, allorché il giudizio abbia ad oggetto diritti disponibili, il *thema decidendum* viene difatti delineato dall'iniziativa processuale delle parti, per il tramite dell'allegazione dei fatti, e il fatto «ammesso», poiché non reso oggetto di condotte contesta-

sebbene, sino alla novella del 2009, e proprio con riguardo a processi vertenti su diritti disponibili, in cui il silenzio della parte può essere posto a suo carico in virtù del principio di autoresponsabilità processuale e di collaborazione fra le parti e fra esse e il giudice, era discusso se la parte fosse sgravata dall'onere probatorio anche in ordine ai fatti non contestati dall'altra parte, costituita, ma silente<sup>(53)</sup>.

Questioni, queste, in parte composte dall'intervento legislativo e certamente superabili qualora alla non contestazione si desse un fondamento probatorio: attribuendo, difatti, al giudice il potere di valutare liberamente, ai fini della decisione, la mancata contestazione, ovvero di considerarla come un argomento di prova piena, il fenomeno è certamente riferibile anche ai fatti secondari e sarebbe applicabile anche nelle controversie relative a diritti indisponibili<sup>(54)</sup>.

10. – Il confronto, sinteticamente riferito, sulla natura e sull'operatività della non contestazione ha accompagnato l'entrata in vigore dell'art. 115, comma 1°, c.p.c., norma dal carattere generale, che assegna, come è noto, al giudice il potere di fondare la decisione sui «fatti non specificamente contestati dalla parte costituita».

L'intervento normativo, che non è andato esente da critiche nemmeno in ordine alla perfettibilità della sua formulazione e quanto alla scelta di politica legislativa che è stata condotta nell'aver collocato la regola della non contestazione in una norma «storicamente e sistematicamente imper-

---

tive, viene espunto dal *thema probandum* e deve ritenersi vero, ma può sempre essere smentito da altre risultanze istruttorie.

<sup>(53)</sup> Così, testualmente, Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino 2019, 143.

<sup>(54)</sup> E chi ha sostenuto tale opzione ha mosso il proprio pensiero evidenziando come nel giudizio, l'interesse pubblico protetto dall'indisponibilità della situazione sostanziale, non esclude a priori l'operatività delle prove liberamente valutabili dal giudice o il ricorso agli argomenti di prova. A conclusioni simili si perviene anche nel caso in cui gli effetti della contestazione vengano letti quale conseguenza dello spirare di un termine processuale di preclusione. Si è osservato infatti come, anche in tali ipotesi, non paia possibile, da un punto di vista logico, escludere la vigenza del principio nei processi relativi a diritti indisponibili poiché la qualità della situazione sostanziale, oggetto del processo, non impedisce al legislatore di scandire il giudizio con termini preclusivi tesi a distribuire organizzativamente le attività processuali delle parti e del giudice. V. in argomento Rascio, *Note brevi sul «principio di non contestazione» (a margine di una importante sentenza)*, in *Diritto e Giustizia* 2002, p. 83 ss., spec. 87 e Del Core, *Il principio di non contestazione*, cit., 138 i quali chiariscono che l'interesse pubblico, sotteso alle controversie relative a diritti indisponibili, resta sempre e comunque tutelato e garantito, poiché gli effetti della non contestazione, probatori o di decadenza che siano, possono essere evitati, in difetto dalla presa di posizione della parte, dal P.M.

fetta», da sempre espressione del principio dispositivo in senso processuale (o se si preferisce di disponibilità delle prove), è stato prevalentemente letto in dottrina<sup>(55)</sup> quale occasione per superare l'affermazione dei principi resa dalle Sezioni Unite del 2002. Secondo questo ordine di idee, la non contestazione assumerebbe piena valenza di *relevatio ab onere probandi*<sup>(56)</sup>, integrando uno strumento di temperamento (o di inversione) processuale dell'*onus probandi*, fermi restando il principio del libero apprezzamento del giudice e quello di acquisizione probatoria<sup>(57)</sup>.

In questa prospettiva, la non contestazione assume dunque le vesti di un comportamento processuale significativo e rilevante sul piano probatorio, di cui il giudice si avvale insieme agli altri mezzi di prova<sup>(58)</sup> e che, in un'ottica di economia processuale e di celerità dei giudizi, si innesta in una perfetta relazione «circolare» con l'onere di allegazione e con quello della prova<sup>(59)</sup>. Se così è, la regola non può che applicarsi anche ai fatti secondari e pure alle questioni meramente processuali grazie anche ad una apprezzabile apertura giurisprudenziale<sup>(60)</sup>, sostenuta anche da una recente dottrina<sup>(61)</sup>, che vi ha dato consistenza argomentando dalla presenza, nel nostro ordinamento, di

<sup>(55)</sup> Così, v. ancora, Tedoldi, *op. cit.*, 86 cui si rinvia anche per ulteriori e opportune indicazioni bibliografiche.

<sup>(56)</sup> Per Carosi, *In tema di fondamento sistematico*, cit., 1453, il fenomeno della non contestazione afferirebbe al principio della disponibilità della prova (o dispositivo in senso processuale) integrando un espediente tecnico, giustificato da ragioni semplificazione, che, attraverso il meccanismo della finzione e il richiamo all'autoresponsabilità, assimila la contestazione omessa (o generica) alla *confessio* e, per questa via, realizza una *relevatio ab onere probandi* a vantaggio della parte che ha allegato il fatto.

<sup>(57)</sup> Sul principio di acquisizione, quale fenomeno di limitazione o attenuazione dell'onere della prova e di superamento della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., v. tra i più L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit. 1057; Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1346-1347; Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 139 ss.

<sup>(58)</sup> Così opinando, il principio avrebbe potuto essere affermato anche in altre disposizioni, quali gli artt. 116, comma 1°, c.p.c. o nella stessa norma che regola l'*onus probandi*. V. *amplius* le indicazioni offerte sul punto da Cavallone, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 950 ss., fatte proprie da Tedoldi, *op. loc. cit.*, 86-87 e note da 34 a 36.

<sup>(59)</sup> Cfr. nuovamente Tedoldi, *op. ult. cit.*, testo e note, stt. nt. 32, 33 per ampie citazioni bibliografiche, anche in ordine al rilievo per cui l'istituto avrebbe trovato miglior collocazione nel secondo comma dell'art. 115 c.p.c. posto che i fatti contestati genericamente sarebbero assimilabili a quelli notori i e non bisognosi di prova.

<sup>(60)</sup> Cfr. tra le altre Cass., 4 dicembre 2007, n. 25269, in *Lav. giur.* 2008, n. 270 con nota adesiva di Iarussi, *Onere di tempestiva allegazione e giusto processo*; Cass., 13 giugno 2005, n. 12636, in *Il Civilista* 2010, II, 34; Cass., 13 aprile 2001, n. 5536, in *Giust. civ. mass.* 2001, 787.

<sup>(61)</sup> La questione è stata ad es. affrontata da Frus, *Il principio di non contestazione tra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim.*

alcune disposizioni, che regolano la prova del fatto processuale, come si evince, ad esempio, dall'art. 294 c.p.c. che, proprio in materia di rimessione in termini, pone in capo alla parte che la invoca l'onere di dimostrare la sussistenza di una circostanza a sé non imputabile.

11. – L'ambivalenza nella ricostruzione del fenomeno della non contestazione affiora anche nella più recente giurisprudenza di legittimità, «spaccata» nell'affermazione di postulati tra loro incompatibili: uno – (ri)espresso anche nella pronuncia in commento<sup>(62)</sup> – che recependo, in modo ortodosso e acritico, l'enunciazione di massime ricorrenti, che risalgono all'arresto delle Sezioni Unite del 2002, riconduce la non contestazione al principio dispositivo sostanziale con le conseguenze note e ampiamente espresse. L'altro, invece, che osserva l'istituto in dimensione processuale e probatoria: così ritenendo la non contestazione produce «l'effetto della *relevatio ab onere probandi...* e spetta al giudice del merito apprezzare, nell'ambito del giudizio di fatto al medesimo riservato, l'esistenza ed il valore di una condotta di non contestazione dei fatti rilevanti, allegati dalla controversia»<sup>(63)</sup>.

Il contrasto tra orientamenti, che di per sé imporrebbe altro intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, non è esente da conseguenze<sup>(64)</sup> e a quale lettura debba preferirsi favore è presto detto.

L'apertura verso la giustificazione, in chiave probatoria, della non contestazione reca, difatti, con sé significativi risultati, permettendo di «riscrivere» la *ratio* dell'istituto in funzione dei valori fondamentali della semplificazione, della ragionevole durata e dell'economia processuale. Offrendone, difatti, una lettura orientata al rispetto di tutti i precetti, costituzionali e convenzionali, anche di fonte sovranazionale, che assistono l'esercizio della funzione giurisdizionale, l'applicazione dell'istituto guarda pacificamente anche ai fatti secondari, senza che sia posto in capo al giudice alcun vincolo «cognitivo e decisionale», il quale potrà dunque porre il fatto allegato, e non

*dir. proc. civ.* 2015, 73 e, più di recente, da Gradi, *La prova nel giudizio civile in Cassazione*, in *Scritti in onore di Franco Cipriani*, Napoli 2020, II, 918 ss.

<sup>(62)</sup> Conforme a Cass., sez. VI, 25 novembre 2021, n. 36659, con nota critica di Carosi, *In tema di fondamento sistematico del principio di non contestazione*, cit., 1433.

<sup>(63)</sup> Così, testualmente, Cass., 2 marzo 2022, n. 6799.

<sup>(64)</sup> Cfr. ancora Carosi, *In tema di fondamento sistematico del principio di non contestazione*, cit., 1436 il quale osserva in effetti che «altro è affermare che la non contestazione è contegno rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, che è vincolante per il giudice e che espunge il fatto non contestato dal novero degli accertamenti domandati; altro, invece, è sostenere che la non contestazione di un fatto agisce come meccanismo di inversione processuale dell'onere della prova (...)».

contestato, a fondamento della sua decisione fatti salvi i principi del libero convincimento e di acquisizione processuale, che gli consentono di orientare la propria decisione in senso differente da quello evincibile dalle risultanze proprie del fatto incontestato. Così ragionando, maturi parrebbero altresì i tempi per ritenere applicabile il principio della non contestazione anche nei giudizi aventi ad oggetto diritti indisponibili<sup>(65)</sup>.

12. – La proposta ricostruttiva sopra vista è sconosciuta all'ordinanza in commento, che si innesta nell'alveo del più tradizionale e restrittivo orientamento sulla non contestazione, che lega saldamente questo fenomeno al principio dispositivo in senso sostanziale, in forza del richiamo operato a massime giurisprudenziali «sartorialmente cucite tra loro»<sup>(66)</sup>, a conferma di quanto sia ancora radicata la tendenza a svolgere il tema della non contestazione nella prospettiva della disponibilità del diritto e della tutela giurisdizionale, nonostante le spinte riformiste e adeguatrici che ne predicano una differente sistemazione e alla quale va la nostra preferenza.

La ricognizione che si è operata sul principio della non contestazione ha rivelato, in effetti, la riduttività delle letture dell'istituto secondo i soli «binari» della natura – costitutiva, principale o secondaria, e/o anche impeditiva, modificativa o estintiva – del fatto e della qualità – disponibile o indisponibile<sup>(67)</sup> – della situazione sostanziale oggetto del giudizio<sup>(68)</sup>.

L'opposta impostazione, che ne riferisce quale tecnica di *relevatio ab probandi* favorendone l'applicazione ad ogni «fatto» che venga allegato per sorreggere qualsivoglia questione che sia, indifferentemente, di merito o processuale, consente alle parti di circoscrivere e definire, a proprio piacimento, il *thema probandum* e permette al sistema di recuperare armonia, guadagnando anche in termini di effettività della tutela impartita, poiché lascia impregiudicati il principio della domanda e quello dell'acquisizione e, al contempo, incorrotti i poteri del giudice.

---

<sup>(65)</sup> Sul punto v. *amplius* Cass., 22 ottobre 2002, n. 14887, con nota di Carratta, *Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*, in *Fam. e dir.* 2010, 571.

<sup>(66)</sup> Cfr. la massima, seppur non ufficiale, indicata in apertura di questo scritto.

<sup>(67)</sup> L'inutilità della contrapposizione viene ben evidenziata da Fabiani, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corriere giur.* 2009, 8 ss. spec. 14 il quale rifiuta la contrapposizione tra diritti disponibili e indisponibili, posto che l'accordo sulle prove – quale esito naturale della non contestazione – non vincola comunque il giudice.

<sup>(68)</sup> La questione emerge, pur se in *obiter dictum*, anche in Cass., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951, in questa *Rivista* 2017, pp. 234 ss., spec. 251-253, con nota di Ghirga, *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*.

13. – Provando allora a svolgere il ragionamento seguito dalla Corte secondo le direttrici appena tracciate, cerchiamo di «rileggere» la decisione offerta, nel tentativo di ridurne le aporie vagliandone la tenuta complessiva.

Come si è detto, la Cassazione, richiamandosi alle risultanze emerse dal giudizio di verosimiglianza *ex art.* 294 c.p.c., ha ritenuto l'accadimento storico «autodichiarazione del collega di studio» – quanto all'assenza del fascicolo di ufficio – «inverosimile» ed «insufficiente» per fondare validamente l'istanza di rimessione in termini; peraltro, secondo la Corte, la prova della mancata consegna del fascicolo di primo grado avrebbe dovuto essere offerta mediante certificazione di cancelleria e non già con richiesta di escussione di una prova orale<sup>(69)</sup>.

Questo fatto, chiaramente allegato per sostenere l'esame di una questione processuale, *i.e.* la rimessione in termini, non è stato peraltro contestato dai resistenti, anzi, è stato addirittura da questi ammesso. Ma la Corte, chiamata a sindacare la violazione dell'art. 115, comma 1°, c.p.c. ha riaffermato, in modo *tranchant*, la mancata violazione del principio della non contestazione, riaffermando come il fenomeno operi solo con riguardo a fatti storici sottesi a domande ed eccezioni, le une e le altre da intendersi in senso sostanziale, con buona pace di ventennali orientamenti di segno contrario.

La perfettibilità della pronuncia riguardo alla diversa ricostruzione del fenomeno della contestazione è già stata evidenziata e non occorre nuovamente esprimere le ragioni che sottostanno alla lettura che invero si preferisce.

Si tratta ora e semplicemente di valutare, quanto alla tenuta pratica del provvedimento, se una differente lettura del principio di non contestazione, disancorato dalla teorica del principio dispositivo in senso sostanziale e aperto ad una impostazione «processuale» con effetti «probatori», ispirata al principio di autoresponsabilità<sup>(70)</sup> e al rispetto delle regole di economia processuale<sup>(71)</sup>, avrebbe, nel caso concreto, condotto ad esiti decisionali differenti.

Sicuramente, una simile giustificazione causale del provvedimento ne avrebbe assicurato una maggiore coerenza interna, posto che gli stessi principi sono stati, a ragione, invocati dalla Corte per motivare, come si

---

<sup>(69)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 12 luglio 2005, n. 14611.

<sup>(70)</sup> L'evenienza è ammessa da Carratta, *Il principio di non contestazione*, cit., 279 e più di recente è stata confermata da Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino 2018, 702 ss.

<sup>(71)</sup> Secondo il pensiero ad esempio espresso da Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo art. 115*, cit., 83; Proto Pisani, *Ancora sull'allegazione*, cit., 3144.

è visto, la decisione in punto di rimessione in termini. Allorché si fosse offerta anche del fenomeno della non contestazione una visione secondo gli indici appena visti, la Cassazione avrebbe senz'altro assestato un ulteriore colpo verso una più coerente e moderna ricognizione dell'istituto, ma il domandarselo implica pure la necessità di stabilire se, così opinando, sarebbero state sovvertite pure le sorti della decisione.

Sostituendoci alla Corte in questo esercizio, e tentando di esaminare la censura sulla non contestazione secondo una direttrice ricostruttiva tesa a bilanciare l'autoresponsabilità col principio di economia processuale per stabilire se l'accadimento storico allegato dai ricorrenti potesse essere diversamente valutato, non pare, a ben vedere, che il segno della decisione, quanto all'effetto ultimo invocato, vale a dire, la concessione della rimessione in termini, sarebbe stato suscettibile di mutamento. E ciò in ragione degli esiti dell'assorbente valutazione, svolta *ex art.* 294 c.p.c., che, a monte, ha assegnato inidoneità al fatto «smarrimento del fascicolo d'ufficio» nell'integrare la previsione dell'art. 153, comma 2°, c.p.c. applicata al potere ad impugnare<sup>(72)</sup>, a prescindere che si sia trattato di una circostanza non contestata o addirittura ammessa.

Peraltro, e quanto ai rapporti intercorrenti tra gli istituti denunciati, soltanto una causa non imputabile, nel senso chiarito dalla Corte, consente a chi non abbia contestato nei termini, di «fare marcia indietro», con l'onere altresì di provare che il fatto anteriormente dato per pacifico, in realtà non esiste: sicché la contestazione omessa o generica determina, ancora più che una *relevatio ab oneri probandi*, una sorta di *praesumptio iuris tantum* di esistenza del fatto tardivamente o genericamente contestato<sup>(73)</sup>.

Quantunque l'opzione per una lettura della non contestazione, quale tecnica processuale, non avrebbe mutato le sorti della decisione, non di meno i tempi appaiono maturi per consolidare il radicale mutamento di indirizzo sulla sua qualificazione giuridica, secondo indici costituzionalmente orientati, tesi a sorreggere le ragioni di effettività della tutela giurisdizionale.

SILVIA TARRICONE  
Dottore di ricerca

---

<sup>(72)</sup> V. le più ampie riflessioni svolte retro §3, nota 11.

<sup>(73)</sup> Cfr. testualmente, Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 92.

## TRIBUNALE DI TORINO, sez. II civ., ordinanza 12 aprile 2023

Pres. Demaria – Est. Aloj

M.A. c. J.P.J.E., L.E.E., G.E. e altri

*Il processo italiano pendente tra più parti, di cui solo alcune partecipano anche al processo pendente all'estero, e vertente su più domande, di cui solo alcune sono state presentate presso il foro straniero, dev'essere sospeso ai sensi dell'art. 7, comma 3°, l. 31 maggio 1995, n. 218, onde scongiurare il rischio di un contrasto tra giudicati (massima non ufficiale).*

*Le norme italiane che impongono il ricorso alla mediazione senza prevedere che dalla presentazione della domanda presso l'organismo di mediazione si possa considerare pendente la lite ai fini dell'art. 7 l. 31 maggio 1995, n. 218, non violano il principio della parità delle armi di cui all'art. 6 conv. eur. dir. uomo (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). – I convenuti hanno eccepito la litispendenza sulla base dell'art. 8 della Convenzione italo-svizzera del 3 gennaio 1933 (Convenzione tra la Svizzera e l'Italia circa il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie) in relazione alla pendenza di tre diversi giudizi dinanzi alle autorità giudiziarie svizzere, che saranno meglio descritti nel prosieguo, sinteticamente identificati in atti come giudizi “Ginevra III”, “Thun I”, “Thun II”, che i convenuti assumono essere prevenienti rispetto al presente giudizio. (*Omissis*).

Dei tre giudizi a cui si è fatto riferimento non è contestato tra le parti, e risulta effettivamente dalla documentazione depositata, che quelli indicati come “Ginevra III” e “Thun I” siano prevenienti. (*Omissis*). Deve ora esaminarsi la questione relativa al se sia preveniente rispetto alla presente causa il giudizio pendente in Svizzera indicato in atti come “Thun II”.

Risulta dagli atti processuali e dalla documentazione depositata che: il 23 dicembre 2019 (*omissis*) depositava presso l'organismo di mediazione (*omissis*), con sede a Torino, domanda di mediazione a norma del d.lgs. 28/2010 (*omissis*), preannunciando le domande che avrebbe poi presentato nel presente giudizio (*omissis*); il 17 gennaio 2020 (*omissis*) proponevano una domanda di conciliazione giudiziale innanzi allo *Schlichtungsbehörde Oberland* di Thun; con atto di citazione notificato il 14 febbraio 2020 (data della prima notifica al convenuto (*omissis*)) (*omissis*) instaurava il presente giudizio dinanzi a questo Tribunale; in data successiva i convenuti proponevano la domanda giudiziale dinanzi al Tribunale di Thun. Occorre di conseguenza stabilire se il giudizio incardinato presso l'autorità giudiziaria di Thun sia stato introdotto prima o dopo il presente giudizio.

Al fine di dirimere la questione occorre partire dall'esame della Convenzione italo-svizzera del 1933, che all'art. 8 pone unicamente la regola secondo la quale i tribunali di uno dei due Stati devono ricusare di prendere cognizione della causa quando questa si trovi già pendente dinanzi ad un tribunale dell'altro Stato che sia munito di giurisdizione secondo le norme della citata Convenzione, mentre non contiene una disciplina uniforme circa la determinazione del momento in cui pende la lite (*omissis*).

Occorre dunque interrogarsi, in assenza di disciplina uniforme, sul come nel caso di specie il Tribunale debba determinare il momento della pendenza delle cause introdotte rispettivamente in Italia e in Svizzera.

Con riferimento alla causa introdotta in Italia, ossia al presente giudizio, non vi è dubbio che debba applicarsi la legge nazionale del giudice dinanzi al quale il processo si svolge

(c.d. *lex fori*), nella specie rappresentata dalla disciplina generale del codice di rito italiano (*omissis*). Orbene, la legge nazionale applicabile deve identificarsi, nella specie, con l'art. 39, comma 3, del codice di rito italiano (*omissis*).

Non può condividersi la tesi secondo la quale, nelle materie per le quali il d.lgs. n. 28/2010 ha previsto la mediazione obbligatoria, tra cui la materia successoria, la pendenza della lite in applicazione del diritto nazionale sarebbe determinata dalla introduzione del procedimento di mediazione. Nessuna disposizione espressa in tal senso è contenuta nel d.lgs. n. 28/2010 (*omissis*). Neppure può condividersi la tesi secondo cui la circostanza che la pendenza della lite sia determinata dall'introduzione del procedimento di mediazione si può desumere dalla disposizione di cui all'art. 4, comma 1°, d.lgs. n. 28/2010 (nella versione vigente *ratione temporis* anteriore alle modifiche introdotte con d.lgs. n. 149/2022) (*omissis*). Tale disposizione non opera alcun riferimento alla pendenza del giudizio che seguirà (eventualmente) la mediazione, ma è volta a determinare la prevenzione tra più procedimenti di mediazione che siano stati proposti dinanzi ad organismi diversi (*omissis*).

In conclusione, in applicazione dell'art. 39, comma 3°, c.p.c., deve ritenersi che il presente giudizio sia pendente dalla data del 14 febbraio 2020, ossia dal giorno in cui si è perfezionata la prima notificazione dell'atto di citazione.

Occorre ora stabilire in quale momento si è determinata in Svizzera la pendenza del giudizio indicato in atti come "Thun II". (*Omissis*).

Secondo l'art. 62, comma 1°, del codice di procedura civile svizzero (ZPO) "*Il deposito dell'istanza di conciliazione, della petizione, dell'istanza introduttiva del giudizio o della richiesta comune di divorzio determina la pendenza della causa*". Un'analoga disposizione è contenuta nell'art. 9, comma 2°, della legge federale di diritto internazionale privato svizzero del 18 dicembre 1987, secondo la quale "*Determinante per la litispendenza in Svizzera è il momento del primo atto procedurale necessario all'introduzione dell'azione. A tal fine, basta l'apertura della procedura di conciliazione*". Ne consegue che per determinare il momento della pendenza della lite in Svizzera deve aversi riguardo al giorno in cui è stata depositata la domanda di conciliazione, che per il giudizio indicato in atti come "Thun II" va identificato nel 17 gennaio 2020.

Le conclusioni a cui si è pervenuti in ordine al momento in cui si determina la pendenza della lite in Svizzera e in Italia risultano in linea con le diverse caratteristiche del procedimento di conciliazione svizzero rispetto alla mediazione italiana, che inducono ad assimilare il primo a un procedimento giurisdizionale, diversamente dalla seconda. In particolare, tra l'altro, il procedimento di conciliazione svizzero è disciplinato integralmente dal codice di procedura civile svizzero (ZPO) agli artt. 197 e ss., diversamente dal procedimento di mediazione italiano, che trova la propria disciplina in un corpo normativo separato rispetto al codice di rito ed è caratterizzato da una minore procedimentalizzazione; l'accordo che chiude il procedimento di conciliazione svizzero è idoneo al giudicato (art. 208, comma 2°, ZPO), a differenza dell'accordo concluso dalle parti in sede di mediazione (*omissis*).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 20 dicembre 2017, resa nella causa C-467/2016 (*Brigitte Schlömp c. Landratsamt Schwäbisch Hall*) (*omissis*), ha rilevato altresì che la procedura di conciliazione svizzera è, di norma, obbligatoria, la sua inosservanza determina l'inammissibilità di una successiva domanda giudiziale, e le autorità di conciliazione sono soggette alle garanzie previste dal codice di procedura civile in materia di ricusazione dei giudici di pace componenti l'autorità medesima. Tali caratteristiche hanno indotto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (*omissis*) a qualificare le autorità di conciliazione svizzere come "giudice" ai sensi della citata Convenzione (*omissis*).

Orbene, al di là dello specifico contesto normativo in cui è avvenuta la qualificazione dell'autorità di conciliazione svizzera quale "giudice", ciò che occorre rilevare in questa sede è che la procedura di conciliazione svizzera, per come è stata sopra descritta, presenta caratteristiche non assimilabili alla procedura di mediazione italiana (*omissis*).

La ricostruzione proposta consente senz'altro di escludere che l'applicazione delle norme processuali interne vigenti rispettivamente in Italia e in Svizzera ai fini della individuazione del momento in cui ciascuna lite possa dirsi pendente determini la violazione del principio di parità delle armi nel processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*omissis*).

Invero, in applicazione del diritto processuale vigente in Italia, nulla avrebbe impedito all'attrice di introdurre il procedimento dinanzi a questo Tribunale prima di esperire il tentativo di mediazione, atteso che, come si è detto, in tale ipotesi secondo l'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 (nella versione *ratione temporis* applicabile al presente giudizio) il Tribunale, rilevata la mancata introduzione o la mancata conclusione del procedimento di mediazione, avrebbe potuto assegnare alle parti un termine per introdurre o completare la mediazione, al cui esito il giudizio sarebbe regolarmente proseguito senza alcuna sanzione processuale. Pur essendo il procedimento di mediazione in funzione deflattiva logicamente antecedente alla proposizione del giudizio, il diritto positivo vigente in Italia, coerentemente con la natura dell'istituto, che produce effetti solo limitatamente assimilabili a quelli della proposizione di un'azione giudiziale, non pone infatti alcun divieto di introdurre il giudizio preventivamente rispetto all'introduzione della mediazione (*omissis*). In conclusione, in considerazione di tutto quanto sopra esposto, deve affermarsi che il giudizio identificato in atti come "Thun II" era già pendente nel momento in cui, in data 14 febbraio 2020, è stato introdotto il presente giudizio. (*Omissis*).

Escluso che ricorra un'ipotesi di litispendenza internazionale, occorre ora interrogarsi sulla ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 7, comma 3°, l. n. 218/1995, per la sospensione del presente giudizio (*omissis*).

Richiamato il contenuto dei giudizi pendenti in Svizzera come descritto in precedenza, può osservarsi che (*omissis*) delle numerose domande che costituiscono oggetto del presente giudizio alcune costituiscono oggetto anche dei giudizi prevenienti ("Ginevra III", "Thun I", "Thun II") pendenti tra parti, pur non coincidendo per lo più i *petita* immediati in considerazione della circostanza che i tre giudizi svizzeri pendono a parti invertite rispetto al presente giudizio. Altre domande svolte nel presente giudizio risultano senz'altro connesse con quelle proposte dinanzi ai giudici svizzeri o da queste dipendenti.

In particolare, tra l'altro, la decisione sulla domanda di riduzione per lesione della quota riservata a (*omissis*) relativa alla successione (*omissis*) e sulle domande a questa collegate dipende dalla decisione sulla validità, efficacia, opponibilità o meno degli accordi successori (*omissis*), nonché dalla decisione sulla validità ed efficacia dei testamenti (*omissis*), sulla domanda volta all'accertamento della qualità di unici eredi di (*omissis*) in capo a (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*) e dell'assenza di diritti ereditari in capo a (*omissis*); la decisione sulla domanda di accertamento del diritto di subentro successorio di (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*) nel luogo e nel grado della madre (*omissis*) e la decisione sulla domanda di riduzione per lesione della quota riservata a (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*) in qualità di legittimari per rappresentazione e sulle domande a questa collegate dipendono dalla decisione sulla validità, efficacia, opponibilità o meno degli accordi successori (*omissis*), nonché dalla decisione sulla validità ed efficacia dei testamenti (*omissis*), sulla domanda volta all'accertamento della qualità di unici eredi di (*omissis*) in capo a (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*) e dell'assenza di diritti ereditari in capo a (*omissis*); la decisione sulla domanda re-

lativa alla successione (*omissis*) dipende dalla decisione sulla validità, efficacia, opponibilità o meno dell'accordo transattivo del 18 febbraio 2004. (*Omissis*).

Alla luce di quanto sopra esposto può ritenersi che nell'ipotesi in cui il presente giudizio non venga sospeso vi sia un concreto rischio che nei due Stati possano essere emesse decisioni difformi, ciò che sarebbe ostativo rispetto al riconoscimento in Italia delle decisioni svizzere in applicazione del disposto dell'art. 1 della Convenzione italo-svizzera del 1933. Quanto all'ulteriore requisito necessario perché si addivenga alla sospensione del giudizio *ex art. 7, comma 3°, l. n. 218/1995*, il Collegio ritiene che possa senz'altro operarsi una prognosi di riconoscibilità delle decisioni che saranno emesse in Svizzera ai sensi dell'art. 1 della Convenzione del 1933. (*Omissis*). Quanto al requisito *sub b*), viene in rilievo la questione della eventuale contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza che riconosca la validità degli accordi successori conclusi nell'anno 2004 con riferimento alla successione (*omissis*), segnatamente dell'accordo transattivo del 18 febbraio 2004 e del patto successorio del 2 marzo 2004. (*Omissis*).

Il divieto dei patti successori, sancito nel diritto interno dall'art. 458 c.c., ha subito dei temperamenti dapprima con l'entrata in vigore della disciplina del patto di famiglia (artt. 768-*bis* e ss. c.c.), introdotta con l. n. 55/2006, e successivamente per effetto dell'entrata in vigore del Regolamento UE n. 650/2012. (*Omissis*). Dunque, in forza della evoluzione normativa alla quale si è fatto riferimento, e nei limiti della natura prognostica della presente valutazione, non pare potersi escludere per contrarietà all'ordine pubblico l'ammissibilità dei patti successori, ivi compresi quelli rinunciativi o ablativi, qualora questi risultino consentiti dalla legge straniera che sia ad essi eventualmente applicabile. In ogni caso, ritiene il Collegio che la questione della eventuale contrarietà all'ordine pubblico di una pronuncia che riconosca la validità degli accordi successori abbia una rilevanza limitata e non dirimente ai fini della presente pronuncia di sospensione del giudizio. Come si è detto, l'odierna pronuncia deve essere emessa allo stato degli atti, ossia quando ancora le cause pendenti in Svizzera non si sono concluse, dunque non è dato sapere quale sarà l'esito delle stesse.

Allo stato, quindi, il riconoscimento da parte dell'autorità giudiziaria svizzera della validità degli accordi successori costituisce solo uno dei diversi possibili epiloghi dei giudizi pendenti dinanzi alla predetta autorità, non potendosi escludere, ad esempio, che tali giudizi si concludano con pronunce di contenuto diverso, per il cui riconoscimento non si porrebbe alcuna questione di contrarietà all'ordine pubblico. Inoltre, come si è detto in precedenza, la pregiudizialità delle cause prevenienti pendenti in Svizzera rispetto alle domande svolte nel presente giudizio non è riferita alle sole domande relative alla validità o meno degli accordi successori, ma riguarda anche altre domande (*omissis*).

In conclusione, non vi è allo stato alcun elemento dal quale poter desumere con sufficiente certezza che le sentenze che saranno emesse all'esito dei giudizi svizzeri non saranno riconoscibili in quanto si porranno in contrasto con principi di ordine pubblico. (*Omissis*).

La sospensione del processo appare quanto mai opportuna, essendo l'unico strumento che, in un caso come quello in oggetto – in cui, pur in mancanza dei presupposti della litispendenza, vi sono numerose ed evidenti interferenze tra i giudizi pendenti all'estero e quello pendente in Italia introdotto successivamente – consente di scongiurare il rischio di giudicati contraddittori e il conseguente ostacolo alla circolazione delle decisioni perseguendo “*l'armonia internazionale delle soluzioni, attraverso un coordinamento preventivo e non successivo*” (cfr. Cass. sez. VI-2 n. 9057/2021, già citata in precedenza). (*Omissis*).

### **Pregiudizialità-dipendenza e continenza secondo l'art. 7, comma 3°, l. n. 218/1995**

1. – La presente riflessione sull'art. 7 della legge di diritto internazionale privato (l. n. 218/1995) prende le mosse da un'intricata vicenda successoria *mortis causa*, di seguito esposta.

Davanti al Tribunale di Torino, l'attrice instaurava un processo contro i suoi primi tre figli e contro un notaio che era stato esecutore testamentario nella successione di sua madre.

*Ab ovo*, il contenzioso risale alla morte del padre dell'attrice, il quale aveva lasciato come uniche eredi la moglie e la figlia. Tra queste era insorta poco dopo una controversia, conclusasi dapprima con un accordo transattivo, tramite cui si definiva la rendicontazione del patrimonio del *de cuius* e la relativa divisione, poi con un patto successorio, mediante il quale le eredi convenivano sulla rinuncia della figlia all'eredità della madre.

Dopo circa tre lustri dalla sottoscrizione degli accordi, moriva la madre dell'attrice, lasciando tre testamenti con i quali, *inter alia*, istituiva eredi i suoi tre nipoti (ossia i primi tre figli dell'attrice), nominava come esecutore testamentario un notaio svizzero, precisava la rinuncia all'eredità effettuata dalla figlia con i predetti accordi e dichiarava di voler sottoporre la successione esclusivamente al diritto svizzero, con competenza dei giudici elvetici, giacché la Svizzera era stata centro delle proprie attività.

Presso il Tribunale di Torino, l'attrice decideva dunque di impugnare i testamenti per varie ragioni (tra cui la lesione della quota di legittima), di dedurre l'invalidità dei due accordi (transattivo e successorio) e di promuovere petizione ereditaria rispetto a presunti beni del padre lasciati alla madre e celati grazie a società *offshore*.

L'azione davanti al giudice italiano, tuttavia, era stata anticipata da diversi altri processi instaurati presso la giurisdizione svizzera.

Un primo, denominato "Ginevra III" (successivo a due processi svizzeri terminati con declinatoria in rito), introdotto dalla madre contro la figlia e proseguito dai tre nipoti; un secondo, definito "Thun I", instaurato dai tre figli contro l'attrice nel processo di Torino; un terzo, "Thun II", instaurato sempre dai figli contro la madre, con la peculiarità per cui prima del deposito della domanda presso lo *Schlichtungsbehörde Oberland* di Thun (organismo di conciliazione svizzero) era stata presentata in Italia domanda di mediazione da parte della madre a preannunciare l'introdu-

zione del processo *de quo*, rispetto al quale l'oggetto del processo "Thun II" è in buona parte sovrapponibile.

Va detto inoltre che nel processo italiano hanno spiegato intervento litisconsortile a favore della madre *ex art.* 105, comma 1°, c.p.c. i quattro figli dell'attrice nati da un secondo matrimonio, sicché sul piano soggettivo è questo il processo continente tra tutti quelli iniziati.

2. – Un aspetto su cui focalizzare l'analisi inerisce al modo di determinare la prevenzione del processo *ex art.* 7, comma 2°, legge d.i.p., poiché in prima battuta i giudici si sono pronunciati sull'eccezione di litispendenza sollevata dai convenuti.

La precedente pendenza dei processi "Ginevra III" e "Thun I" non era invero disputata, ché questi, anticipati dalla canonica istanza di conciliazione, erano stati introdotti con domanda giudiziale antecedente alla presentazione della domanda presso il foro torinese.

Diverso era il discorso per il processo "Thun II", il primo atto in assoluto essendo stato la domanda di mediazione depositata dall'attrice presso un organismo con sede a Torino, cui poi erano seguite la presentazione della domanda di conciliazione da parte dei tre figli, la domanda giudiziale dell'attrice presso il Tribunale di Torino, e infine la domanda giudiziale dei tre figli presso il giudice di Thun.

Ora, se la disciplina della litispendenza impone al giudice adito per secondo di sospendere a favore del giudice preveniente (*art.* 7, comma 1°, legge d.i.p.), occorre comprendere come determinare la prevenzione nel caso di domanda giudiziale anticipata dal deposito dell'istanza presso organismi per la soluzione alternativa del contenzioso.

Il principio, che è tale per il diritto positivo (*i.e.* secondo l'*art.* 7, comma 2°, legge d.i.p.) e per la giurisprudenza<sup>(1)</sup>, è quello per cui si guarda alla legge del luogo di svolgimento del processo della cui prevenzione si dubita. Così, se in Italia si deve capire da quando pende un processo in Svizzera, il giudice italiano deve fare riferimento all'ordinamento svizzero; se si deve capire da quando pende un processo in Italia, si guarda naturalmente alla legge italiana.

---

<sup>(1)</sup> C. Giust. CE, 7 giugno 1984, C-129/83. Per una critica, R. Marengo, *La litispendenza internazionale*, Torino 2000, pp. 79 e 167 ss. Sulla disciplina dettagliata nel reg. UE n. 1215/2012, S.M. Carbone, C.E. Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale: il Regolamento Ue n. 1215/2012*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani, G.A. Benacchio, XV, 7° ed., Torino 2016, pp. 287 ss.

Nel giudizio torinese, la litispendenza andava risolta ai sensi non dell'art. 7 legge d.i.p. bensì dell'art. 8 della Convenzione italo-svizzera del 1933, risalente accordo internazionale che però nulla dispone in punto di determinazione della prevenzione<sup>(2)</sup>, talché al riguardo bisognava attingere dalla *lex fori* italiana<sup>(3)</sup>, ovvero guardare all'art. 39, comma 3°, c.p.c., che com'è noto fissa la pendenza della lite dal momento della notificazione dell'atto di citazione o del deposito del ricorso.

Il processo torinese doveva perciò ritenersi pendente dalla notificazione dell'atto di citazione, e non dalla presentazione della domanda presso l'organismo di mediazione<sup>(4)</sup>.

Rispetto al processo "Thun II", ai sensi dell'art. 62, comma 1°, della ZPO elvetica e dell'art. 9, comma 2°, della legge federale di diritto internazionale privato svizzera (LDIP) del 1987, la pendenza risaliva invece al deposito dell'istanza di conciliazione, come giusto con riferimento alla litispendenza internazionale espressamente concede la LDIP, che considera atto di procedura (*Verfahrensbandlung*) l'atto introduttivo dell'*iter* di conciliazione (art. 9, comma 2°).

Al netto quindi di ogni scrutinio sulla natura del procedimento di conciliazione svizzero – assimilabile a un prodotto della giurisdizione daché regolato nella ZPO e idoneo in alcuni casi a raggiungere la stabilità del giudicato<sup>(5)</sup> –, andava già solo in virtù della *lex fori* elvetica dichiarata la prevenzione del processo presso il giudice di Thun.

<sup>(2)</sup> Così recita l'art. 8 della Convenzione: "A richiesta di una delle parti i tribunali di uno dei due Stati devono ricusare di prendere cognizione di contestazioni ad essi sottoposte, quando queste contestazioni si trovano già pendenti davanti un tribunale dell'altro Stato, purché questo tribunale sia competente secondo le norme della presente Convenzione".

<sup>(3)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 27 gennaio 2020, n. 1717.

<sup>(4)</sup> Cfr. Trib. Padova, 5 febbraio 2019, in *Banca, borsa e titoli di credito* 2019, II, pp. 778 ss., con nota di I. Mecatti, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della l.c.a. delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente*. Per la dottrina, del resto, è senz'altro escluso l'impiego dell'analogia onde colmare i vuoti legislativi in ordine agli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda di mediazione, che è affatto distinta dalla domanda giudiziale, operando "in una fase prenegoziale (trattative), inidonea ad avere un valore processualmente rilevante" (R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale: composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino 2011, p. 236).

<sup>(5)</sup> Vedi C. Giust. UE, 20 dicembre 2017, C-467/2016, anche nella parte in cui è richiamata la relazione esplicativa del Prof. F. Pocar sulla Convenzione di Lugano del 2007 (2009/C 319/01) riguardo alla definizione del termine "giudice" (p. 48 del documento reperibile *online*).

2.1. – Tenendo presente che nei contenziosi transnazionali è tutt'altro che insolita la strumentalizzazione della litispendenza, appare perspicuo il rischio di penalizzare la giurisdizione italiana se si considera che quando l'attore vuole introdurre un processo in Italia per una controversia in cui è obbligatoria la mediazione, si ritrova *ex lege* costretto a “scoprire le carte”, poiché anticipando le proprie intenzioni con l'istanza di mediazione mette la controparte (poniamo straniera) nella posizione di attivarsi presso il giudice (o l'organismo di conciliazione) del rispettivo foro (tipicamente con domanda di accertamento negativo della pretesa altrui) e di beneficiare così del “fisiologico” ritardo italiano.

È verosimile, del resto, che i convenuti nel processo italiano abbiano voluto giocare d'anticipo col presentare domanda di conciliazione in Svizzera dopo nemmeno un mese dall'introduzione dell'istanza di mediazione in Italia, a riprova dell'abuso (*forum shopping*) che si può realizzare tramite tali meccanismi.

Il giudice torinese si è dunque interrogato sulla legittimità del vigente assetto normativo (art. 39, comma 3°, c.p.c., art. 7, comma 2°, legge d.i.p., art. 5, d.lgs. n. 28/2010) ai sensi dell'art. 6 conv. eur. dir. uomo, evocando il principio della parità delle armi<sup>(6)</sup>.

Le conclusioni raggiunte non meritano adesione, anzitutto per aver omesso di vagliare la disciplina italiana alla luce di importanti principi costituzionali che già a ridosso dell'entrata in vigore della legge di diritto internazionale privato italiana avevano indotto la dottrina a dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 7 legge d.i.p., con riferimento al diritto di azione *ex art. 24 Cost.*, al principio dell'art. 102, comma 1°, *Cost.*, e allo stesso art. 3 *Cost.*, inteso non solamente nell'ottica della parità delle armi, bensì pure quale strumento di rafforzamento degli altri due principi, nel senso che una certa soluzione legislativa, se messa in relazione ai singoli principi, non sarebbe con questi contrastante, ma se considerata dal punto di vista del principio di uguaglianza, risulterebbe illegittima<sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Nell'ordinanza sono riportati alcuni casi risolti dalla Corte EDU, invero concernenti la lesione del principio in ambito penale (sentenza 22 febbraio 1996, *Bulut c. Austria*; sentenza 18 marzo 1997, *Foucher c. Francia*; sentenza 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia*; sentenza 26 gennaio 2017, *Faig Mammadov c. Azerbaïjan*).

<sup>(7)</sup> E.F. Ricci, *Il nuovo diritto processuale internazionale di fronte alla Costituzione*, in questa *Rivista* 1997, pp. 310 ss. La vibrante critica dell'a. muove dal rigetto dell'idea che si debba attendere, e non solo recepire, una sentenza straniera, con conseguente condizione di stasi (o anche di definitiva negazione) del diritto costituzionale a ottenere un provvedimento giurisdizionale dal giudice italiano. La denunciata “attitudine eversiva (rispetto ai principi costituzionali)” dell'art. 7 legge d.i.p. sarebbe altresì evincibile dalla frustrazione della legittima aspettativa della parte a veder applicate al caso concreto le norme sostanziali italiane,

Nell'ordinanza ci si è invece limitati ad affermare che non essendo alla parte impedita l'introduzione del processo direttamente davanti al giudice, pur dove corra l'obbligo di filtrare la domanda in sede di mediazione, è esclusa l'illegittimità delle regole interne, alle quali si è suggerito di trasgredire, giacché l'infrazione è fondamentalmente innocua (il giudice, ai sensi dell'art. 5, comma 2°, d.lgs. n. 28/2010, si limita a rinviare l'udienza, in modo da permettere l'esperimento del tentativo) e garantisce il risultato minimo del marcare in anticipo la pendenza del processo italiano.

Il motivo per cui il giudice ha trascurato di considerare gli anzidetti principi costituzionali, verosimilmente, alligna nella singolarità della lettura dispensata.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata non avrebbe potuto raccomandare la violazione di una norma di comportamento processuale, elevando un espediente a interpretazione *secundum constitutionem* <sup>(8)</sup>, espediente che peraltro si traduce in una condotta all'atto pratico innaturale per il litigante, il quale di regola, se la mediazione assolve a una funzione deflattiva, nella sequenza logica degli atti introduttivi è spinto a eseguire l'adempimento collocato a monte <sup>(9)</sup>.

Il suggerito artificio dovrebbe servire ad affermare la giurisdizione italiana, dovrebbe cioè incidere su delicati equilibri che attengono ai rapporti tra le giurisdizioni sul piano internazionale e su tutto quanto ne consegue in termini processuali e sostanziali <sup>(10)</sup>, onde quando in futuro si ripresenterà l'occasione, è auspicabile che venga investita la Corte costituzionale del dubbio di legittimità.

talora (come con riferimento al terzo comma della disposizione *de qua*) senza che nemmeno la tempestività dell'azione domestica funga da garanzia a ciò. Sebbene non tutti i rilievi critici sollevati dall'a. siano condivisibili (cfr. R. Marengo, *La litispendenza internazionale*, cit., pp. 114 ss., M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, II, Milano 2002, pp. 812 ss., e Id., *Litispendenza internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere in Italia: due normative allo specchio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, pp. 1234 ss.), è certo che molte delle preoccupazioni espresse appaiono fondate se rilette alla luce di quanto si dirà *infra* rispetto alla conclusione cui è pervenuto il giudice nell'ordinanza che qui si annota.

<sup>(8)</sup> In arg., *amplius*, G. Amoroso, *L'interpretazione "adeguatrice" nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.* 1998, V, cc. 90 ss., soprattutto nella parte in cui esamina la portata limitatrice del diritto vivente, ove questo sia cristallizzato nell'affermazione di un determinato significato precettivo cui oramai ci si adegua nella prassi in modo pedissequo.

<sup>(9)</sup> Ragionando così anche in termini di *effettività* della tutela giurisdizionale come requisito di legittimità della mediazione obbligatoria per legge (in dottrina, F. Santagada, *La mediazione*, Torino 2012, pp. 40 s.; D. Dalfino, *La mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, 1° ed., Bologna 2016, p. 198).

<sup>(10)</sup> Cfr. E.F. Ricci, *Il nuovo diritto processuale internazionale*, cit., p. 316.

3. – Tornando all'art. 8 della Convenzione italo-svizzera del 1933, rilevata la prevenzione dei processi svizzeri, ai fini della litispendenza occorre accertare la giurisdizione dei giudici stranieri e la piena corrispondenza soggettiva e oggettiva rispetto al processo italiano.

Sul primo requisito, l'attrice – domiciliata in Svizzera – nell'ambito dei tre processi elvetici risultava “convenut[a] [con] domicilio in questo Stato” ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, titolo in sé sufficiente per l'attribuzione della giurisdizione al foro svizzero, anche perché non derogato da altri criteri di differente estrazione (art. 17, comma 3°, Trattato di domicilio e consolare tra la Svizzera e l'Italia del 1868; art. 50 legge d.i.p.; reg. UE n. 650/2012).

Sul secondo, che segnatamente interessa in questo studio, il discorso andava sviluppato mediante un confronto sul piano soggettivo e oggettivo tra il processo italiano e i tre pendenti *alibi*, procedendo con la cautela imposta dal fatto che l'art. 8 della Convenzione italo-svizzera regola la litispendenza ordinando al giudice prevenuto di spogliarsi subito della causa una volta verificata l'identità tra i processi, diversamente dall'art. 7 legge d.i.p., che in una prima fase prevede la sospensione del processo domestico<sup>(11)</sup>.

Comunque, a voler pure accreditare le più larghe definizioni di “stessa causa” affermatesi in relazione al regime normativo euro-unitario, non emergeva una totale sovrapposibilità tra i processi.

Sul piano soggettivo, si è già detto, il processo italiano è continente perché vede la partecipazione delle medesime parti dei processi in Svizzera e in più del notaio esecutore testamentario nonché degli intervenuti quattro figli dell'attrice nati da secondo matrimonio.

Sul piano oggettivo, il processo “Ginevra III” verte solamente sulla validità dell'accordo transattivo e del susseguente patto successorio, laddove quello italiano, oltre alla deduzione fatta dall'attrice in ordine alla validità di tali accordi, include domande di invalidità, inefficacia e inopponibilità dei testamenti redatti dalla madre dell'attrice, di dichiarazione di apertura della successione *ab intestato*, di riduzione per lesione della quota di legittima, di accertamento del subentro nel luogo e nel grado dell'ascendente degli intervenienti figli dell'attrice, e altre domande ancora.

---

<sup>(11)</sup> L'art. 8 della Convenzione italo-svizzera è norma speciale applicabile alla sola litispendenza, da intendere nel senso più rigido, ossia escludendo le varie forme di connessione e limitando la declinatoria ai casi di piena identità soggettiva e oggettiva tra i processi (v. Cass., sez. un., 28 maggio 1998, n. 5295).

L'oggetto del processo "Thun I" ricade invece prevalentemente sulla validità ed efficacia del patto successorio, ed è contenuto rispetto al processo di Torino. Così anche il processo "Thun II", vertente su domande di accertamento speculari a quelle presentate dall'attrice in Italia, da ritenersi contenute poiché le ulteriori domande svolte dall'attrice e dagli intervenienti conferiscono senz'altro maggiore estensione al giudizio domestico.

Rigettata l'eccezione di litispendenza, restava da vagliare la richiesta di sospensione per pregiudizialità *ex art. 7, comma 3°, legge d.i.p.*

4. – Volendo ora aprire una parentesi sull'art. 7 legge d.i.p. che possa tornare utile agli sviluppi del successivo paragrafo sui profili della continenza e della pregiudizialità, è d'uopo premettere che tale articolo (idealmente diviso in due parti, una disciplinante la litispendenza, l'altra la connessione per pregiudizialità-dipendenza) non è di agevole lettura, specie nel suo terzo comma.

Il primo alinea regola la litispendenza internazionale, i cui tratti caratterizzanti sono noti per non essere pienamente omologabili all'istituto di cui all'art. 39, comma 1°, c.p.c., col quale si può in buona parte dire condivisa la *ratio* ma non pure i presupposti applicativi e i risvolti, se consideriamo già solo l'originalità della definizione di equivalenza tra le cause dovuta al fatto che al di fuori delle ipotesi in cui le norme di conflitto condividono la scelta della legge sostanziale applicabile, nel contesto internazionale un medesimo episodio fattuale è sovente regolato da leggi diverse<sup>(12)</sup>.

In termini dunque peculiari rispetto alla litispendenza domestica possono dirsi ricorrenti i presupposti dell'art. 7, comma 1°, legge d.i.p. (si pensi, ad es., che la litispendenza internazionale dovrebbe trovare spazio nei rapporti di continenza tra le cause allorché il giudice straniero è stato adito con domande più ampie rispetto al giudice italiano<sup>(13)</sup>); e si pensi

---

(12) A. Di Blase, *Connessione e litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, Padova 1993, p. 84; Id., voce *Litispendenza internazionale*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, XIX, Roma 1995, pp. 2 s.; Id., *Art. 7*, in *Nuove leggi civ. comm.* 1996, p. 950; R. Luzzatto, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218. Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1995, p. 946; N. Boschiero, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino 1996, pp. 148 s.

(13) R. Luzzatto, *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 947; A. Di Blase, *Art. 7*, cit., p. 951; Id., *Influenza della Convenzione di Bruxelles sulla disciplina della litispendenza nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in Aa.Vv., *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato. Atti del Convegno di Studi organizzato dall'Università di Reggio Calabria (Crotone-Isola Capo Rizzuto 30-31 maggio 1996)*, a cura di F. Salerno, Padova 1997, pp. 204 s.; F. Malaga Dieguez, *La nuova disciplina italiana*

anche che le più duttili definizioni di litispendenza invalse nella giurisprudenza euro-unitaria<sup>(14)</sup> sembrano aver finito col condizionare in una certa misura l'interpretazione del concetto di "stessa causa" nello scenario conflittuale extra-Ue)<sup>(15)</sup>.

Manca invece una disciplina della continenza internazionale, per ragioni con ogni probabilità legate alle difficoltà di trasporre sul piano dei rapporti internazionali tra le giurisdizioni i meccanismi di coordinamento tipici della continenza<sup>(16)</sup>. Sicché, si può dire che in un ideale moto tra i poli opposti della litispendenza e della pregiudizialità-dipendenza, l'art. 7 non fa soste intermedie.

È vero peraltro che la continenza è istituito generalmente ignoto alle tradizioni processuali straniere<sup>(17)</sup>, non recepito infatti nel comune distillato del reg. UE n. 1215/2012 (e prima ancora della Convenzione di Bruxelles del 1968 e del reg. CE n. 44/2001), dove ci si avvicina al nostro modello di funzionamento della continenza solamente nell'art. 30, che per

della litispendenza internazionale, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, p. 1058; M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali*, cit., p. 830; E. D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007, pp. 326 s.

<sup>(14)</sup> Principalmente, vedi C. Giust. CE, 8 dicembre 1987, C-144/86, e C. Giust. CE, 6 dicembre 1994, C-406/92, in *Giur. it.* 1995, I, 1, cc. 929 ss., con nota di A. Pesce, *Materie speciali, litispendenza e connessione di causa nella interpretazione della Corte di giustizia della CE*. In dottrina, *funditus*, M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali*, cit., pp. 748 ss.

<sup>(15)</sup> Rispetto a tale contaminazione, favorevolmente, M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali*, cit., pp. 825 ss. (di cui v. anche *Litispendenza internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., pp. 1243 ss.), e C. Asprella, *I presupposti della litispendenza internazionale: rapporti tra l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles e l'art. 7 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, nota a C. Giust. CE, 19 maggio 1998, C-351/96, in *Giust. civ.* 1999, I, pp. 11 s. Valorizzano invece di più le differenze (non marginali) tra il modo in cui è regolata la litispendenza euro-unitaria e l'art. 7 legge d.i.p., G. Balena, *I nuovi limiti della giurisdizione italiana (secondo la legge 31 maggio 1995 n. 218)*, in *Foro it.* 1996, V, c. 230, A. Di Blase, *Influenza della Convenzione di Bruxelles*, cit., pp. 202 s., C. Consolo, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano 2002, pp. 163 ss., e N. Pisaneschi, *La connessione internazionale. Struttura e funzione*, Milano 2006, pp. 344 ss. Cfr. inoltre R. Luzzatto, *op. cit.*, pp. 945 s., e N. Boschiero, *Appunti sulla riforma*, cit., pp. 147 s. In giurisprudenza, tra le altre, v. Cass., 2 agosto 2011, n. 16862, e Cass., sez. un., 28 novembre 2012, n. 21108, in questa *Rivista* 2013, pp. 1570 ss., con nota di S.A. Villata, *Sulla nozione e sulla rilevanza d'ufficio della litispendenza internazionale nella l. 218/95*. Sebbene vertente su un caso di litispendenza comunitaria, v. inoltre Cass., 21 agosto 2018, n. 20841, in *Giur. it.* 2019, pp. 830 ss., con nota di C. Scalvini, *Litispendenza comunitaria: nozione di lis alibi pendens e di identità di cause*, e in *Danno e resp.* 2019, pp. 537 ss., con nota di P. Merli, *Tempo di forum shopping? La Cassazione "sconta" il danno risarcibile dall'identità oggettiva delle cause litispendenti*.

<sup>(16)</sup> A. Di Blase, *Art. 7*, cit., p. 951.

<sup>(17)</sup> C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 10<sup>o</sup> ed., Torino 2015, pp. 366 ss.

le cause connesse prevede la dichiarazione d'incompetenza favorevole al primo giudice quando è possibile la riunione della causa successiva a quella preveniente (ma si tratta appunto di cause in rapporto di connessione, concetto diverso da quello di continenza intesa come parziale litispendenza)<sup>(18)</sup>.

Se però da un lato, nell'art. 7, i caratteri della litispendenza sono delineati dal *conditor* con dettaglio anche maggiore rispetto all'art. 39, comma 1°, c.p.c., dall'altro la disposizione del comma 3°, pensata come valvola di sicurezza del sistema, è stata redatta con molta approssimazione.

Difatti, nello spettro di circostanze non espressamente censite dalla legge (quali quelle risalenti alla pregiudizialità tecnica o logica, all'art. 34 c.p.c., alla connessione impropria da mera identità di questioni), la copertura assicurata dal comma 3° è facilmente adattabile all'occorrenza della singola situazione processuale<sup>(19)</sup>.

Questo perché l'enunciato normativo (1) è generico nelle precondizioni ("Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera"), (2) toglie rilievo alla prevenzione temporale, (3) riconosce al giudice italiano (diversamente dall'art. 295 c.p.c.) la "facoltà" di sospendere esercitando discrezionalità tecnica, in concreto espressione di una ponderazione di molteplici fattori<sup>(20)</sup> (intensità della connessione tra le cause, durata del processo all'estero,

---

(18) Cfr. M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali*, cit., pp. 784 ss., e S.M. Carbone, C.E. Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo*, cit., pp. 297 s.

(19) E.F. Ricci, *Il nuovo diritto processuale internazionale*, cit., pp. 331 s.; C. Consolo, *Nuovi problemi*, cit., p. 175; E. D'Alessandro, *La connessione tra controversie transnazionali: profili sistematici*, Torino 2009, pp. 293 ss. In senso più preclusivo, E. Vullo, *Separazione giudiziale e causa di divorzio pendente tra le stesse parti in Svizzera*, nota a Cass., 26 novembre 2004, n. 22335, in *Famiglia e diritto* 2005, p. 147. In giurisprudenza, v. Trib. Milano 11 dicembre 1997, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1998, pp. 854 ss.; Cass., 13 giugno 2014, n. 13567, annotata da L. De Propris, *Osservatorio sulla Cassazione civile*, in questa *Rivista* 2015, pp. 605 s., e commentata da F. Sartori, *Sospensione del processo per pregiudizialità tecnica in un contratto autonomo di garanzia*, *ivi* 2016, pp. 483 ss.; Cass., 1° aprile 2021, n. 9057. Sulla sospensione per pregiudizialità civile in generale, se si vuole fare un confronto con l'art. 295 c.p.c., si v. S. Menchini, voce *Sospensione del processo civile di cognizione*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, pp. 6 ss.

(20) Cfr. F. Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza e connessione internazionale: strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli 2008, pp. 487 ss. Escludono invece che in concreto il giudice disponga di un reale margine di discrezione ai sensi dell'art. 7, comma 3°, legge d.i.p., R. Luzzatto, *op. cit.*, p. 947, e R. Marengo, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino 1996, p. 132. All'incontrario, ovvero nel senso che il giudizio sulla capacità del provvedimento straniero di produrre effetti renda discrezionale la valutazione del giudice tanto nel primo quanto nel terzo comma dell'art. 7, N. Boschiero, *op. cit.*, p. 147.

riconoscibilità della sentenza straniera, etc.) che sfocia in una valutazione la cui censura (oltre a essere notoriamente disputata nel *quomodo*)<sup>(21)</sup> è

---

(21) Vedi Cass., sez. un., 22 dicembre 2017, n. 30877 (in *Foro it.* 2018, I, cc. 515 ss., con nota di E. D'Alessandro, *Le sezioni unite ribadiscono che è il regolamento necessario di competenza lo strumento utilizzabile avverso il provvedimento di sospensione del processo per litispendenza internazionale*; in questa *Rivista* 2018, pp. 824 ss., con nota di A. Giussani, *Sospensione per litispendenza internazionale e giudizio di legittimità*; in *Corriere giur.* 2018, pp. 837 ss., con nota di S. Barone, *La sospensione per litispendenza comunitaria e internazionale cui tout court si impartisce il regolamento necessario di competenza*; per un commento, si v. anche G. Fiengo, *Il regime di impugnazione dell'ordinanza dichiarativa della litispendenza internazionale*, in *GiustiziaCivile.com*, 12 ottobre 2018, F. Pinto, *La sospensione per litispendenza internazionale (e comunitaria) e l'impugnazione del relativo provvedimento*, *ivi*, 18 gennaio 2019, e G. Raiti, *Ancora un revirement delle sezioni unite civili sul dilemma dell'impugnabilità dell'ordinanza sospensiva per litispendenza internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, pp. 361 ss.; l'ordinanza di rimessione alle sezioni unite è sunteggiata da L. Penasa, *La litispendenza internazionale integra una questione di giurisdizione? La parola (ancora una volta) alle sezioni unite*, in *Int'l lis* 2016, pp. 65 s.), dove si è affermato che tanto nei casi di litispendenza internazionale quanto nei casi di litispendenza comunitaria il giudice successivamente adito valuta solo il ricorso di alcuni presupposti come l'identità tra le cause e la pendenza del giudizio instaurato anteriormente, sì che tra i due giudici a decidere sulla giurisdizione è quello primieramente adito. Ne discende che contro la decisione del secondo giudice si può esperire il regolamento di competenza *ex art.* 42 c.p.c. quale rimedio a garanzia della ragionevole durata del processo, ma non già il regolamento preventivo di giurisdizione (segnatamente, rispetto al provvedimento *ex comma* 3° art. 7 legge d.i.p., vedi Cass., 13 giugno 2014, n. 13567, *cit.*, e Cass., 1° aprile 2021, n. 9057).

Tale orientamento pende a favore di una nutrita giurisprudenza (Cass., sez. un., 13 febbraio 1998, n. 1514, in *Corriere giur.* 1998, pp. 1194 ss., con commento di C. Consolo, *Litispendenza "comunitaria", convenzione "parallela" di Lugano, interventi di terzi e sindacabilità in sede di regolamento di giurisdizione*; Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 274; Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 37, in *Giur. it.* 2001, pp. 1603 ss., con nota di G. Canale, *Litispendenza internazionale, comunitaria, domanda di sospensione e mezzi di impugnazione avverso il provvedimento negativo*, e *ivi* 2002, pp. 520 ss., con nota di R. Marengo, "Natura" della questione di litispendenza comunitaria e regime della rilevanza; Cass., 15 dicembre 2000, n. 15843, in *Giust. civ.* 2001, I, pp. 945 ss., con nota di S. Rinaldi, *Litispendenza internazionale, sospensione del processo e regolamento di competenza*; Cass., sez. un., 17 maggio 2002, n. 7299, in *Famiglia e diritto* 2003, pp. 161 ss., con nota di R. Marengo, *Litispendenza internazionale, regolamento di competenza, identità oggettiva*; Cass., sez. un., 17 ottobre 2002, n. 14769, in *Giur. it.* 2003, pp. 2055 ss., con nota di C. Consolo, *La buona fede internazionalprocessualistica ed il nostro "ricarburato" regolamento di giurisdizione*; Cass., 7 maggio 2004, n. 8748; Cass., sez. un., 15 febbraio 2007, n. 3364; Cass., 15 maggio 2007, n. 11185; Cass., sez. un., 15 dicembre 2020, n. 28675, in *Judicium* 2021, pp. 217 ss., con nota di C. Delle Donne, *Luci e ombre del regolamento di giurisdizione nelle controversie transnazionali*; Cass., 1° aprile 2021, n. 9057; Cass., 15 aprile 2021, n. 9863; Cass., 29 luglio 2021, n. 21767), non però in contrasto (nel senso di ritenere possibile il regolamento di giurisdizione, Cass., sez. un., 8 giugno 2011, n. 12410, e Cass., sez. un., 2 agosto 2011, n. 16862, entrambe pubblicate in questa *Rivista* 2012, pp. 1625 ss., con nota di A. Giussani, G. Di Fazio, *Il difetto "temporaneo" di giurisdizione colpisce ancora*; in dottrina, per la lettura che vede il secondo giudice impegnato a decidere una questione di giurisdizione, tra gli altri, cfr. A. Attardi, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.* 1995, I, pp. 749 ss.; G. Balena, *I nuovi limiti della*

difficile da condurre a esito vittorioso<sup>(22)</sup>.

In un assetto così nebuloso, forse l'errore tecnico che più risalta riguarda le ipotesi in cui il diritto comune impone la sospensione per pregiudizialità, poiché la facoltà di sospendere non si attaglia a codeste situazioni<sup>(23)</sup>. Ma oltre l'analisi dei singoli risvolti applicativi della disposizione – che in tali contesti interpretativi è di relativa utilità, nella prassi incidendo molto il complessivo scenario operativo nel quale il giudice esprime le proprie valutazioni –, più in generale bisognerebbe cogliere l'inclinazione della norma, se intesa verso soluzioni di apertura o di chiusura alla giurisdizione straniera, senza dimenticare che successiva alla l. 31 maggio 1995, n. 218 è stata la riforma dell'art. 111 Cost., di cui si dovrebbe tenere conto nell'ottica di una lettura sistematica<sup>(24)</sup>.

A soccorso dell'interprete sembra venire l'art. 6 legge d.i.p., le cui maglie larghe potrebbero invero relegare la quiescenza ad avere nella

---

*giurisdizione italiana*, cit., cc. 231 s.; C. Consolo, *Litispendenza "comunitaria", Convenzione "parallela" di Lugano, interventi di terzi e sindacabilità in sede di regolamento di giurisdizione*, nota a Cass., sez. un., 13 febbraio 1998, n. 1514, in *Corriere giur.* 1998, pp. 1208 s.; M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali*, cit., p. 848; Id., *La "nuova" litispendenza comunitaria: aspetti procedurali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, pp. 1317 ss.; A. Carratta, *Sospensione per connessione internazionale e regolamento necessario di competenza: un'impossibile "quadratura del cerchio"*, nota a Cass., 26 novembre 2004, n. 22335, in *Int'l lis* 2005, p. 90; G. Gioia, *Teseo nel labirinto dei mezzi per regolare la giurisdizione del giudice italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2006, pp. 666 ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza internazionale ed ammissibilità del regolamento di giurisdizione in un'ordinanza recente della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2006, pp. 134 ss.; Id., *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., pp. 439 ss.).

<sup>(22)</sup> Cass., 13 giugno 2014, n. 13567, cit., ha infatti affermato che la «norma speciale di diritto internazionale privato lascia ampi margini alla discrezionalità del giudice circa l'opportunità di sospendere il giudizio in presenza di causa pregiudiziale, rispetto alla norma generale del codice di procedura civile»; si configura sicché «una ipotesi eccezionale di sospensione facoltativa, espressione di discrezionalità tecnica, con riferimento alla quale il sindacato di legittimità risulta certamente più circoscritto, dovendosi limitare a un controllo sulla completezza, correttezza, logicità delle argomentazioni utilizzate, senza poter sindacare l'opportunità della scelta»; conf., Cass., 1° aprile 2021, n. 9057. In dottrina, sull'impiego di criteri predeterminati per valutare il corretto esercizio della discrezionalità da parte del giudice, F. Sartori, *Sospensione del processo*, cit., pp. 495 ss.

<sup>(23)</sup> Per es., ipotizzando che all'estero penda una causa sull'accertamento della paternità e in Italia un giudizio per la condanna al pagamento degli alimenti da parte del presunto figlio contro il presunto padre, ai sensi del comma 3° dell'art. 7 legge d.i.p. il giudice italiano non sarebbe costretto a sospendere (sviluppo che peraltro la dottrina tende a escludere seguendo vie traverse; v. C. Consolo, *Art. 6*, in *Nuove leggi civili commentate* 1996, p. 945, e N. Pisaneschi, *La connessione internazionale*, cit., pp. 369 ss.; diversamente, F. Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., pp. 488 s.).

<sup>(24)</sup> Rispetto all'art. 295 c.p.c., cfr. F. Auletta, *Diritto giudiziario civile*, 3° ed., Bologna 2023, p. 267.

sostanza un ruolo secondario<sup>(25)</sup>, nel senso che il giudice italiano dovrebbe optare per l'art. 7, comma 3°, solamente dove ritenesse la sospensione necessaria per motivi di *effettiva dipendenza* della cognizione interna dall'accertamento straniero, e valutate altre variabili quali l'eventuale condotta di *forum shopping* perpetrata da una parte, la durata del giudizio all'estero<sup>(26)</sup>, l'esigenza costituzionale d'indirizzare la scelta secondo il principio della ragionevole durata del processo (che autorevole dottrina sostiene involgere oggi un *favor* per la prosecuzione, a discapito dell'uniformità tra le decisioni)<sup>(27)</sup>, etc.

Anche l'art. 6 sconta purtroppo errori di formulazione, presenti già nella rubrica ("Questioni preliminari"), poiché – come si è fatto notare – se davvero la disposizione fosse concepita per disciplinare il giudizio incidentale su mere questioni di fatto, sarebbe praticamente inutile e oltremodo sbagliata, sulle questioni di fatto mai potendosi porre problemi di giurisdizione<sup>(28)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Così, G. Balena, *op. cit.*, cc. 233 s., per il quale «[i]l combinato disposto degli art. 6 e 7, pertanto, induce a ritenere che, quanto meno nei rapporti tra giudice italiano e giurisdizioni straniere, e forse in ragione di un certo *favor* per la giurisdizione nazionale, la cognizione diretta (e sia pure meramente incidentale) delle questioni pregiudiziali debba rappresentare la regola, e la sospensione, invece, l'eccezione».

<sup>(26)</sup> Tale tipo di considerazione assume rilievo, ad es., in Svizzera e in Germania (vedi F. Marongiu Buonaiuti, *op. ult. cit.*, pp. 407 s.), e secondo G. Balena, *op. cit.*, c. 234, C. Consolo, *Nuovi problemi*, cit., p. 196, N. Pisaneschi, *op. cit.*, p. 375, ed E. D'Alessandro, *La connessione tra controversie transnazionali*, cit., p. 300, dovrebbe contare anche ai fini dell'art. 7, comma 3°, legge d.i.p.

<sup>(27)</sup> Cfr. G. Verde, *Diritto processuale civile. 2. Processo di cognizione*, 4° ed., Bologna 2015, p. 152, e G. Trisorio Liuzzi, *La Cassazione e la sospensione ex art. 295 c.p.c.*, nota a Cass., 3 maggio 1999, n. 4371, Cass., 30 maggio 1999, n. 3059, Cass., 2 ottobre 1998, n. 9787, e Trib. Trani 7 gennaio 2000, in *Foro it.* 2000, I, cc. 1978 s. In giurisprudenza, con richiami espliciti all'art. 111 Cost. e al valore orientativo assunto dal principio della ragionevole durata, v. soprattutto Cass., sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14670, in *Foro it.* 2004, I, cc. 1474 ss., con nota di G. Trisorio Liuzzi, *Le sezioni unite cassano la sospensione facoltativa del processo civile*; Cass., sez. un., 26 luglio 2004, n. 14060; Cass., 13 dicembre 2013, n. 27958; Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, in *Giur. it.* 2022, pp. 1127 ss., con nota di L. Di Cola, *La sospensione necessaria e principio della ragionevole durata del processo*.

<sup>(28)</sup> C. Consolo, *Art. 6*, cit., pp. 937 ss. L'a., quindi, focalizza l'attenzione sul valore che ha l'art. 6 legge d.i.p. rispetto alle questioni pregiudiziali di merito sulle quali il giudice italiano non ha giurisdizione, distinguendo a seconda che su tali questioni la decisione con effetto di giudicato sia imposta dalla domanda di parte o dalla legge. Nella prima ipotesi, afferma che non essendo possibile presentare domanda davanti al giudice italiano carente di giurisdizione, questi dovrà o decidere incidentalmente applicando l'art. 6 o, qualora sia stata promossa l'azione all'estero sulla medesima questione pregiudiziale, sospendere ex art. 7, comma 3°, legge d.i.p. Nella seconda, il giudice mai potrebbe risolvere *incidenter*, e dovrebbe dunque sospendere il processo vertente sulla causa dipendente dal previo accertamento pregiudiziale con effetto di giudicato (analogamente all'arbitrato, ex artt. 819 e oggi anche 819-bis, comma 1°, n. 2, c.p.c.), col suggerimento *de iure condendo* che al giudice sia

Si legge quindi “questioni preliminari” ma s’intende “questioni pregiudiziali”, ossia questioni di fatto-diritto che il giudice italiano si vuole abilitato a conoscere pur dove su di esse non abbia giurisdizione. Pure (e non soltanto) quando non abbia giurisdizione, perché se il giudice può decidere *incidenter* le questioni sulle quali non ha giurisdizione, *a fortiori* deve poter decidere quelle rispetto alle quali ha giurisdizione. Sarebbe insostenibile affermare il contrario, anche per motivi sistematici legati al comma 3° dell’art. 7, che nell’attribuire al giudice la facoltà tra la sospensione e la prosecuzione del processo, presuppone che in tale ultima circostanza egli possa esercitare un generalizzato potere di soluzione incidentale della questione, ovviamente in assenza di apposita domanda di parte che la converta in causa autonoma.

Di base, dunque, l’art. 6 conferisce al giudice ampi poteri di soluzione meramente *incidenter* delle questioni pregiudiziali, dopodiché l’art. 7, comma 3°, gli consegna un altrettanto ampio potere di decidere se sospendere o meno, senza apparentemente sottostare nemmeno al limite della decisione con effetto di giudicato<sup>(29)</sup>, poiché la facoltà data dalla norma non si conforma alle situazioni in cui è per legge richiesto il giudicato su questione pregiudiziale<sup>(30)</sup>, nelle quali ipotesi (esclusa senz’altro la definizione incidentale) il giudice dovrebbe scegliere tra la sospensione o la soluzione diretta della questione con idoneità al giudicato a seconda che difetti o meno di giurisdizione su di essa.

Il giudice sarebbe inoltre libero di non sospendere (limitandosi a una soluzione incidentale *ex art. 6*) laddove la questione pregiudiziale fondi un’apposita domanda proposta davanti al giudice straniero munito di giurisdizione, anche perché l’assenza di domanda sul rapporto giuridico esclude che si abbia tanto una forma di continenza favorevole al giudice

riconosciuto il potere di assegnare alle parti un termine entro il quale introdurre il processo all’estero a pena di estinzione del processo italiano (onde insomma evitare una stasi a tempo indeterminato). Similmente, cfr. Id., *Profili della litispendenza internazionale*, in *Riv. dir. int.* 1997, pp. 68 ss.; Id., *Nuovi problemi*, cit., pp. 194 ss.; N. Pisaneschi, *op. cit.*, pp. 359 ss.; E. D’Alessandro, *La connessione tra controversie transnazionali*, cit., pp. 295 s.; C. Consolo, F. Godio, *Profili processuali del Reg. Ue n. 650/2012 sulle successioni transnazionali: il coordinamento tra le giurisdizioni*, in *Riv. dir. civ.* 2018, pp. 39 s. Per R. Luzzatto, *op. cit.*, p. 943, l’utilità dell’art. 6 rimane comunque dubbia giacché anche rispetto alle questioni pregiudiziali, trattandosi di soluzione meramente incidentale, in assenza della norma non ci sarebbe stata alcuna incertezza sulla potestà del giudice a conoscerle.

<sup>(29)</sup> In questo senso, A. Attardi, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana*, cit., pp. 741 s.

<sup>(30)</sup> Per G. Balena, *op. cit.*, c. 234, è anche ipotizzabile la soluzione più drastica, secondo cui la sospensione discrezionale sarebbe possibile solo laddove sulla causa pregiudiziale pendente all’estero fosse *ex lege* imposta la decisione con autorità di cosa giudicata.

straniero (ovvero un processo di portata più estesa previamente pendente all'estero, nel qual caso il giudice dovrebbe applicare il comma 1° dell'art. 7) quanto favorevole al giudice italiano (ovvero, come sembra nella vicenda *de qua*, più domande presentate in Italia e un processo interno contiguo rispetto a quello estero). In una circostanza del genere, ancora una volta la mancanza di un dovere di sospendere per il giudice rende anomalo l'assetto disegnato dal legislatore, che però allo stato dell'arte pare per forza doversi configurare così<sup>(31)</sup>.

Insomma, l'art. 7, comma 3°, è norma mal concepita, che nel complesso si ha la percezione che il legislatore abbia scritto optando per un approccio non incline alla soluzione *aliunde*, favorevole cioè o alla definizione incidentale fin dove possibile delle questioni pregiudiziali (in tal senso milita l'art. 6)<sup>(32)</sup>, oppure alla soluzione *principaliter* delle domande proposte all'estero e in rapporto di parziale litispendenza o di continenza con il processo italiano giacché proposte altresì nel giudizio domestico.

Il tutto, del resto, finisce con l'allineare la disposizione del 3° comma al principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

I dubbi di legittimità scaturenti da una norma che fa della larga discrezionalità consegnata al giudice la cifra caratterizzante<sup>(33)</sup> – in contrasto con le riserve dell'art. 111 Cost. per cui “il giusto processo [deve essere] regolato dalla legge” (comma 1°) e “[l]a legge ne assicura la ragionevole durata” (comma 2°) –, vanno infatti messi da parte volta che si consideri come un'eventuale preclusione all'esame di ulteriori aspetti del contenzioso transnazionale, di là da quelli attinenti alla pregiudizialità, impedirebbe di penalizzare le condotte di *forum shopping*, o di ponderare la durata dell'accertamento presso il foro straniero e con essa il canone della ragionevole durata del processo domestico, che un uso parsimonioso della quiescenza deve quindi nel vissuto applicativo essere inteso a salvaguardare.

---

<sup>(31)</sup> Erra Cass., 13 giugno 2014, n. 13567, cit., quando esclude *tout court* l'applicazione dell'art. 6 legge d.i.p. in presenza di una domanda proposta all'estero sulla questione pregiudiziale, poiché una volta impedita la soluzione incidentale, il giudice che abbia legittimamente deciso di non sospendere (in mancanza di un obbligo, pure laddove la giurisdizione spetti soltanto al foro straniero) si troverebbe nell'impossibilità di procedere.

<sup>(32)</sup> *Contra*, F. Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., pp. 385 s.

<sup>(33)</sup> Cass., 13 giugno 2014, n. 13567, cit., parla infatti di «una ipotesi eccezionale di sospensione facoltativa», ipotesi che invece, Cass., sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14670, cit., ha escluso poter trovare dimora nell'ambito dei rapporti interni tra i processi (cioè, al di fuori dell'art. 295 c.p.c.) per problemi legati all'insindacabilità della decisione facoltativa di sospendere, che sarebbe in conflitto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

5. – A conclusione di una valutazione orientata invece dal solo proposito di prevenire potenziali contrasti tra giudicati, il giudice torinese ha accolto la richiesta di sospensione per pregiudizialità.

Senza apparenti segnali di attenzione verso l'art. 111 Cost., nella parte motiva del provvedimento si è anzitutto rammentato quanto meno asfittica, in confronto all'art. 295 c.p.c., sia la valutazione che il giudice italiano è chiamato a svolgere nell'applicazione dell'art. 7, comma 3°, legge d.i.p., la giurisprudenza della S.C. richiedendo che la sospensione venga all'esito di un giudizio di discrezionalità tecnica centrato non sul profilo della dipendenza dell'accertamento domestico, bensì sull'idoneità del provvedimento straniero a produrre effetti nell'ordinamento interno, onde scongiurare il conflitto tra giudicati.

Tale lettura è ispirata a una politica di cortesia (*comity*) nelle relazioni tra le giurisdizioni che all'atto pratico finisce con lo sbilanciare la ponderazione del giudice (non soltanto di quello prevenuto, trattandosi di sospensione per pregiudizialità) verso i requisiti di riconoscibilità della sentenza straniera, indi svalutando l'effettiva capacità del processo domestico di giungere a una conclusione piena e autonoma su ogni tratto fattuale e giuridico della lite.

Ove invece si fosse messo in luce questo secondo profilo, a fronte di un processo italiano soggettivamente e oggettivamente continente rispetto ai tre processi iniziati altrove – e perciò astrattamente idoneo ad acquisire esiti meritali pienamente soddisfacenti per estensione dell'accertamento principale, non dipendenti dall'accertamento straniero né fondati su decisioni meramente incidentali *ex art. 6 legge d.i.p.* –, si sarebbe forse raggiunta una diversa conclusione, che sarebbe stata preferibile.

Una critica, allora, va mossa *in primis* al richiamato orientamento di Cassazione nella parte in cui sminuisce l'importanza data dall'art. 7, comma 3°, legge d.i.p. al presupposto della pregiudizialità-dipendenza ed esalta il passaggio sul giudizio prognostico inerente alla capacità del provvedimento straniero di portare effetti in Italia.

Sul piano strettamente letterale, se l'art. 295 c.p.c. accenna alla dipendenza tra le cause (“dalla cui definizione dipende la decisione della causa”), l'art. 7, comma 3°, legge d.i.p. evoca la pregiudizialità (“Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera”), concetti che logicamente (prima che processualmente) sono fungibili.

Con ciò non si vuole negare che la pregiudizialità di cui all'art. 7, comma 3°, va intesa in un senso più ampio, persino a-tecnico, se inclusivo di uno spettro di connessioni tra le cause parecchio variegato (v. *retro* § 4). Tanto però non giustifica l'equivoco verso cui sembra spingere la S.C.

quando afferma che – diversamente dall’art. 295 c.p.c. – il vasto ambito applicativo dell’art. 7 esclude che “la decisione della causa pregiudicata dipenda dalla decisione della causa pregiudiziale”, essendo sufficiente a motivare la sospensione “l’idoneità alla produzione di effetti nell’ordinamento italiano da parte del provvedimento straniero pregiudiziale”<sup>(34)</sup>.

Appare infatti forzato (e finanche *contra legem*, rileggendo l’*incipit* del comma 3°) intendere gli *effetti* che il giudicato straniero può produrre nell’ordinamento come la generica attitudine della sentenza a essere recepita nel foro domestico, pur dove poi il giudicato non sia capace di essere effettivo in concreto, nella singola vicenda processuale in cui è maturata la congettura che ha portato alla sospensione, cioè sia inidoneo a dare un contributo all’accertamento nella circostanza processuale che da quella decisione si è ritenuta dipendere.

Non potendosi ridurre tutto all’astratta capacità della sentenza di essere assimilata nell’ordinamento domestico, bisogna quindi che in sede prognostica il processo italiano venga ritenuto dipendente dagli effetti dell’accertamento pregiudiziale, per fini di autentico raccordo tra la giurisdizione italiana e quella straniera<sup>(35)</sup>. Ma così non era nella fattispecie, per due motivi.

Uno, è che l’assunta pregiudizialità rispetto ai processi svizzeri si dava con esclusivo riferimento all’accertamento sulla validità e sull’efficacia dell’accordo transattivo e del patto successorio, accertamento cui è altresì chiamato (ancorché sia stato adito posteriormente) il giudice italiano in via principale (non occorre scomodare l’art. 6, in altre parole).

L’elemento processuale della prevenzione, essendosi al di fuori della litispendenza, non dovrebbe rilevare nei rapporti di pregiudizialità tra processi. E in effetti non ha avuto formale rilievo, poiché il giudice torinese non ha sospeso in virtù di questo fattore (che pure però avrà esercitato una qualche influenza, si ha ragione di credere).

Orbene, se il profilo della tempestività dell’introduzione dell’uno o dell’altro processo non rileva, e se il processo italiano non è dipendente dall’accertamento proveniente *aliunde* – essendo continente sia sotto l’aspetto soggettivo sia sotto l’aspetto oggettivo –, in concreto non vi poteva essere un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tale da giustificare ai

<sup>(34)</sup> Cass., 13 giugno 2014, n. 13567, cit.; conf., Cass., 1° aprile 2021, n. 9057.

<sup>(35)</sup> V. Cass., 25 settembre 2009, n. 20688, nella parte in cui ricorda l’esigenza di garantire «un’effettiva equivalenza dell’esercizio della funzione giurisdizionale in Italia e all’estero». In dottrina, sul valore della *comity* nell’art. 7 legge d.i.p., M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali*, cit., p. 813 s.

sensi del comma 3°, art. 7, la sospensione del processo italiano, che nei fatti – insomma – non era dipendente nel senso sopra accennato, ovvero nel senso di doversi giocoforza sospendere perché si correva il rischio di decidere su determinanti questioni pregiudiziali in modo meramente incidentale *ex art. 6 legge d.i.p.*

D'altronde, un processo continente nel quale siano state proposte tutte le domande presenti nel processo contenuto più altre, mai potrebbe “dipendere” dal processo *minor*, sarebbe un paradosso<sup>(36)</sup>.

È chiaro che però, a ragionare così, si passerebbe da un estremo all'altro: facendo leva sull'irrelevanza della prevenzione, chi volesse stare sicuro di portare a piena conclusione nel merito un processo cominciato dopo l'introduzione all'estero della stessa causa a parti invertite, dovrebbe semplicemente avere cura di ampliare i confini soggettivi e/o oggettivi dell'accertamento domestico, generando una continenza vantaggiosa per il giudice italiano<sup>(37)</sup>.

<sup>(36)</sup> *Contra*, però, vedi M.A. Lupoi, *op. ult. cit.*, pp. 830 s. Cfr. inoltre A. Di Blase, *Connessione e litispendenza*, cit., p. 93; Id., *Art. 7*, cit., pp. 951 s. e 964 s.; R. Luzzatto, *op. cit.*, p. 947; F. Malaga Dieguez, *La nuova disciplina*, cit., p. 1058. Per E. D'Alessandro, *La connessione tra controversie transnazionali*, cit., pp. 297 ss., la sospensione del processo italiano continente in attesa della definizione del processo straniero contenuto non sarebbe giustificata dalla finalità di prevenire un possibile conflitto pratico tra giudicati. La ragione della sospensione facoltativa risiederebbe piuttosto nell'esigenza eventualmente avvertita dalle parti di ottenere due accertamenti tra loro coordinati sul medesimo rapporto giuridico o anche su rapporti giuridici in relazione di consequenzialità. Donde il giudice italiano deve sospendere se la richiesta proviene concorde da tutte le parti del processo domestico. Diversamente, dovendo bilanciare da un lato l'esigenza di coordinamento tra le cognizioni e dall'altro la garanzia della ragionevole durata del processo, preminente di regola sarebbe quest'ultima (essendo munita di copertura costituzionale), sicché si potrebbe ordinare la sospensione soltanto ove il giudice si convinca che il tempo per istruire la causa interna è maggiore del tempo occorrente al raggiungimento del giudicato presso il foro estero. Peraltro, sul versante della continenza soggettiva, andrebbe pure considerata – come l'a. avverte – l'utilità della sospensione in ragione dell'opponibilità della decisione nei confronti di chi non è parte nel processo davanti al giudice straniero.

Rispetto al regime euro-unitario, in giurisprudenza, con soluzione penalizzante per il processo continente successivo, v. Trib. Bolzano 13 dicembre 2011, in *Giur. it.* 2012, pp. 2346 ss., con nota di A. Reinstadler, *La litispendenza internazionale ai sensi dell'art. 27 del Reg. (CE) n. 44/2001: un efficace limite al forum shopping*; in dottrina, R. Marengo, *La litispendenza internazionale*, cit., pp. 75 s., e C. Asprella, *I presupposti della litispendenza internazionale*, cit., p. 7.

<sup>(37)</sup> Una soluzione a questi problemi può forse venire da una sorta di doppio binario. Benché non menzioni la continenza, C. Consolo, *Nuovi problemi*, cit., pp. 197 s., sostiene che quando in Italia, in un processo vertente su un certo diritto, è successivamente proposta domanda di accertamento incidentale su una questione pregiudiziale rispetto alla quale pendè all'estero un altro processo, il giudice dovrebbe in parte applicare la disciplina della litispendenza *ex art. 7, comma 1°, legge d.i.p.* (ovvero in relazione alla domanda di accertamento incidentale), e in altra parte dovrebbe sospendere per pregiudizialità (ovvero in

Nondimeno, a voler pure nella circostanza dare speciale risalto al potere discrezionale del giudice, e così al dato della tempestività dell'azione<sup>(38)</sup>, nel senso – cioè – che in situazioni come questa, in cui il processo continentale è successivo a quelli contenuti, il primo dovrebbe cedere il passo ai secondi poiché cominciati anteriormente, restano comunque altri coefficienti che nella complessiva ponderazione fanno invero dubitare dell'esattezza della decisione di sospendere.

Si arriva dunque al secondo motivo di perplessità, riguardante la parte dell'ordinanza sulla contrarietà all'ordine pubblico del patto successorio.

5.1. – Il giudice ha dovuto considerare i presupposti di riconoscibilità della sentenza straniera applicando l'art. 1 della Convenzione italo-svizzera del 1933, che nell'indice dei requisiti, al numero 2), espone l'esigenza che la decisione emessa nell'altro Stato non vada contro l'ordine pubblico o i principi di diritto pubblico dello Stato nel quale è invocata.

Nell'occasione, si poneva un problema di riconoscibilità con riferimento all'accertamento in Svizzera (processi "Ginevra III" e "Thun I") della validità ed efficacia del patto successorio stipulato dall'attrice con la madre, problema che il giudice torinese ha risolto nel seguente modo: (1) l'ordine pubblico non dev'essere identificato con le norme imperative, ma

---

relazione all'oggetto originario del contenzioso, venuto poi a essere dipendente). Il problema di questa lettura (che avrebbe astrattamente potuto attagliarsi alla fattispecie esaminata) è che, come lo stesso a. riconosce, l'art. 7 non prevede situazioni del genere, "a cavallo fra il 1° e il 3° comma", talché si finisce di fatto per sottrarre al giudice la discrezionalità che il comma 3° gli vuole attribuita. Non sarebbe invece *contra legem* affermare la possibile prosecuzione parziale del processo sulla domanda originaria-dipendente: nell'ipotesi peggiore, almeno sull'accertamento vertente sulla stessa domanda proposta in Italia e all'estero, l'intreccio che si viene a produrre eviterebbe il contrasto tra giudicati. Seguendo tale costruzione, il giudice che di contro decidesse la sospensione del processo riguardante la domanda ritenuta dipendente dal giudicato straniero, è come se contribuisse a creare la pregiudizialità evocata nel terzo comma dell'art. 7, esclusa inizialmente dalla continenza favorevole al giudice italiano, e però poi conseguente alla sospensione per litispendenza.

(38) Il problema della tempestività nell'ambito dell'art. 7, comma 3°, legge d.i.p. è tra i principali motivi di perplessità espressi da E.F. Ricci, *op. cit.*, pp. 332 ss., poiché secondo l'a. per il tramite di questo meccanismo il nostro sistema di coordinamento abdica alle proprie prerogative giurisdizionali con troppa semplicità, consegnando alla parte che promuove l'azione all'estero il potere di incidere sul diritto costituzionale della controparte a ottenere tutela giurisdizionale in Italia, senza che appunto vi sia un freno nella regola della prevenzione. Per F. Malaga Dieguez, *op. cit.*, p. 1053, il rischio che si abusi dell'assenza di una regola di prevenzione dovrebbe essere neutralizzato dal fatto che il giudice italiano ha facoltà di decidere se sospendere; similmente, cfr. F. Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., pp. 491 s. Per A. Di Blase, *Art. 7*, cit., p. 965, invece, ai fini dell'art. 7, comma 3°, occorrerebbe sempre la previa pendenza del giudizio straniero.

con i principi e i valori che l'ordinamento nazionale – inteso nella sua completezza (includendovi, cioè, le fonti del diritto interne e sovranazionali) – ritiene intangibili; (2) tra le fonti del diritto cui guardare vi è sicuramente l'art. 458 c.c., ma vi sono pure altre disposizioni che hanno negli ultimi tempi mitigato il rigore del divieto (artt. 768-*bis* ss. c.c.; reg. UE n. 650/2012); (3) allo stato, non essendo possibile predire l'epilogo dei processi svizzeri sulla validità ed efficacia del patto successorio, non assumeva portata dirimente il pronostico sulla riconoscibilità delle sentenze straniere, queste potendo giungere a negare la validità dell'accordo, rimuovendo in radice le difficoltà; (4) ad ogni buon conto, l'accertamento della validità del testamento della madre dell'attrice ha presunto valore pregiudiziale nel processo torinese, e la sentenza che su tanto deciderà (nel processo "Thun II", non ricadente sul patto successorio) sarà verosimilmente riconoscibile.

Al netto dei primi due passaggi vertenti su aspetti di diritto sostanziale, rispetto al terzo c'è da rilevare come nell'ottica dell'art. 7, comma 3°, legge d.i.p. la motivazione appare inidonea a ribaltare le considerazioni espresse sull'assenza di un effettivo rapporto di pregiudizialità favorevole al foro straniero.

Si è affermato infatti nell'ordinanza che ove il giudice straniero accerterà l'invalidità del patto successorio, da ciò non discenderanno problemi nel processo domestico nella prospettiva del riconoscimento, mentre viceversa, potrebbero sovvenire difficoltà che allo stato degli atti si è ritenuto opportuno non considerare.

Nella prima ipotesi viene tuttavia da chiedersi perché dover attendere una decisione straniera sulla non validità del patto successorio quando questo stesso verdetto negativo poteva essere direttamente raggiunto dal giudice del processo continente. Per la seconda eventualità, l'attesa risulta altresì superflua dal momento che lo strumentario fattuale e giuridico occorrente per esaminare la (in)validità del patto successorio (ossia l'"effetto", ragionando nella prospettiva dell'art. 7, comma 3°) era già nella piena disponibilità del giudice italiano, al punto che definire prognostica la relativa valutazione appare qui quasi fuorviante se si tiene presente che tra i *themata decidenda* del processo torinese vi è proprio la validità del patto.

Insomma, nella prima eventualità è come se si fosse sospeso con l'aspettativa che il patto successorio venga dichiarato invalido, malgrado l'affermazione d'invalidità sia quella più verosimile già ai sensi della legge italiana vigente; nella seconda si è sospeso correndo il rischio che il prov-

vedimento sia poi non riconoscibile in virtù di una valutazione immediatamente erogabile<sup>(39)</sup>.

L'argomento di chiusura secondo cui l'esito del processo "Thun II" sarebbe pregiudiziale e non a rischio di disconoscimento, nemmeno si mostra pertinente. Sia perché, come più volte ripetuto, non s'intravede una dipendenza del processo continente rispetto a quello straniero, contenuto tanto sotto l'aspetto soggettivo quanto sotto quello oggettivo dei *petita*; sia perché a voler pure assumere che la prevenzione possa giocare un ruolo quando il rapporto tra i processi è ascrivibile al fenomeno della continenza anziché alla vera pregiudizialità-dipendenza, una qualche incidenza avrebbe dovuto avere la considerazione per cui quest'ultimo giudizio appare strumentalmente avviato dai convenuti nel processo torinese (v. *supra* § 2.1).

Così, nell'insieme dei diversi apprezzamenti cui esorta l'art. 7, comma 3°, legge d.i.p., l'approccio calibrato sul dover scongiurare il rischio di un contrasto tra giudicati si è tradotto in una soluzione errata nelle premesse – per quanto concerne il profilo della pregiudizialità (non realmente presente) e il giudizio prognostico sulla capacità del provvedimento straniero di essere produttivo di effetti –, non opportunamente bilanciata, incurante del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, in fin dei conti troppo cedevole alla giurisdizione straniera.

PASQUALE MAZZA  
*Dottore di ricerca*

---

<sup>(39)</sup> Per R. Marengo, *op. ult. cit.*, pp. 176 s., quando appare già solo "probabile" che la sentenza straniera non potrà svolgere effetti nel nostro ordinamento, l'interesse (ritenuto privato) ad attendere l'emanazione della pronuncia straniera dovrebbe arretrare difronte all'interesse (ritenuto pubblico) a garantire una tutela giurisdizionale non dilazionata.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ.,  
sentenza 21 dicembre 2022, n. 37434

Pres. Curzio – Rel. Grasso

*Marco Pellegrino e Claudio Streri c. Villa Florida s.a.s. di Giordano Sergio & C.*

*L'art. 182, comma 2°, c.p.c., nella formulazione introdotta dall'art. 46, comma 2°, della l. n. 69 del 2009, non consente di «sanare» l'inesistenza o la mancanza in atti della procura alla lite (massima non ufficiale).*

*(Omissis). – Fatti di causa.*

1. La vicenda, per quel che qui rileva, può sintetizzarsi nei termini di cui appresso. Villa Florida s.a.s. di Giordano Sergio & C. chiamò in giudizio Marco Pellegrino, chiedendo la di lui condanna al rilascio di due autorimesse, alla rimessione in pristino d'una d'esse, al pagamento dei lavori effettuati dall'attrice e al pagamento d'un equo indennizzo per l'occupazione senza titolo. Il convenuto, costituitosi, allegò l'esistenza fra le parti d'un altro contenzioso giudiziario, avente ad oggetto la domanda di esecuzione specifica ex art. 2932 cod. civ., dal medesimo proposta, al quale chiese riunirsi la causa introdotta dall'attrice, nel merito resistette alla domanda principale, sperando inoltre domanda riconvenzionale, con la quale chiese ridursi il prezzo pattuito per la compravendita, stante la dimensione delle autorimesse, di superficie inferiore a quanto convenuto.

2. Il Tribunale, con sentenza, dichiarò inammissibile l'atto di costituzione del convenuto per assenza di procura speciale "ad litem", dichiarandone la contumacia, accolse le domande attoree e condannò l'avvocato Claudio Streri, che aveva patrocinato il convenuto, in proprio al pagamento delle spese di lite.

3. La Corte d'appello di Torino rigettò l'impugnazione proposta da Marco Pellegrino e Claudio Streri.

4. Il Pellegrino e lo Streri proponevano ricorso per cassazione sulla base di cinque motivi.

4.1. La Seconda Sezione Civile, avuto riguardo al primo, secondo, terzo e quinto motivo, con l'ordinanza interlocutoria n. 4932/2022, rimetteva gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, perché ad esse fosse sottoposta la questione di massima di particolare importanza seguente: "Se, ai sensi dell'art. 182 c.p.c., comma 2, come novellato dalla legge n. 69 del 2009, il giudice debba assegnare un termine per il rilascio della procura *ad litem* o per la rinnovazione della stessa solo nel caso in cui la procura rilasciata al difensore di una parte sia materialmente presente in atti ma, tuttavia, risulti affetta da un vizio che ne determini la nullità, o anche nel caso in cui un avvocato abbia agito in rappresentanza di una parte senza che in atti esista alcuna procura da quest'ultima rilasciata in suo favore".

5. Rimessa la causa alle S.U., Villa Florida s.a.s. depositava memoria, in seno alla quale richiedeva interrompersi il processo essendo la predetta società stata dichiarata fallita nelle more. Marco Pellegrino depositava memoria illustrativa.

*Ragioni della decisione.*

1. Preliminarmente deve dichiararsi inammissibile la istanza d'interruzione del processo, non operando l'invocato istituto nel giudizio di cassazione. In un caso perfettamente sovrapponibile si è chiarito, di recente, che il fallimento di una delle parti che si verifichi nel giudizio di Cassazione non determina l'interruzione del processo ex art. 299 e ss. c.p.c.,

trattandosi di procedimento dominato dall'impulso di ufficio. Ne consegue che, una volta instauratosi il giudizio di Cassazione con la notifica ed il deposito del ricorso, il curatore del fallimento non è legittimato a stare in giudizio in luogo del fallito, essendo irrilevanti i mutamenti della capacità di stare in giudizio di una delle parti e non essendo ipotizzabili, nel giudizio di cassazione, gli adempimenti di cui all'art. 302 c.p.c. (il quale prevede la costituzione in giudizio di coloro ai quali spetta di proseguirlo) – Sez. 1, n. 3630, 12/02/2021, Rv. 660567 –.

2. Come chiarito con l'ordinanza interlocutoria il primo, il secondo, il terzo e il quinto motivo involgono il punto sul quale le Sezioni Unite sono chiamate a esprimere giudizio di nomofilachia.

2.1. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano violazione dell'art. 182, comma 1°, c.p.c., per non avere la Corte d'appello assegnato un termine per sanare il difetto di rappresentanza processuale, confermando la decisione di primo grado che aveva dichiarato inammissibile la costituzione della parte convenuta per la mancata allegazione di procura alla lite.

2.2. Con il secondo motivo denunciano violazione degli artt. 101 e 182, comma 2°, c.p.c. per avere la Corte distrettuale deciso la causa rilevando d'ufficio una questione, senza previamente assegnare alle parti termine per il deposito di memorie, così violando il principio del contraddittorio.

2.3. Con il terzo motivo denunciano violazione degli artt. 261, 182, comma 1° e 2° e 101, comma 2°, c.p.c., per avere la Corte di merito confermato la dichiarazione di contumacia della parte convenuta, con conseguente declaratoria d'inammissibilità di difese e domanda riconvenzionale.

2.4. Con il quinto motivo denunciano violazione degli artt. 91, 101 e 182, co. 1 e 2, cod. proc. civ., per avere la sentenza impugnata confermato la condanna in proprio dell'avv. Streri, senza avere previamente disposto i necessari accertamenti al fine di appurare l'esistenza della procura alle liti.

2.5. Infine, con il quarto motivo denunciano l'omesso esame id un fatto controverso e decisivo, lamentando il mancato esame delle prospettazioni difensive.

3. L'ordinanza di rimessione.

La Corte prende l'abbrivio dal vigente testo dell'art. 182 c.p.c. (siccome riformulato ad opera della l. n. 69/2009 e applicabile ai giudizi iniziati successivamente alla data – 4/7/2009 – della sua entrata in vigore), il quale al primo comma dispone che “Il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a contemplare o mettere in regola gli atti e documenti che riconosce difettosi”. Al secondo comma stabilisce che “Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione”.

Il testo previgente del comma secondo dell'articolo in esame stabiliva che “Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione, il giudice può assegnare alle parti un termine per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, salvo che si sia avverata una decadenza”.

Indi individua le novità della modifica (1) nell'aver reso doverosa l'assegnazione del termine per regolarizzare il vizio; (2) nell'aver eliminato la preclusione derivante da maturata decadenza; (3) nell'aver assicurato salvezza dei diritti con effetto retroattivo sin dal momento della prima notificazione; (4) nell'aver esteso il rimedio anche alle ipotesi di vizio riguardante la procura alle liti.

Di poi riprende i due orientamenti contrapposti che qui occorre divisare, con specifico riferimento alla procura alle liti, dando, comunque, per scontata la doverosità da parte del giudice dell'assegnazione del termine, ove ne rilevi la necessità (in tal senso, S.U. n. 9217/2010 e, *ex multis*, Sez. 1, n. 17683/2010, Sez. 1, n. 20052/2010, Sez. 3, n. 15156/2017, Sez. 6, n. 26948/2017, Sez. 3, n. 27481/2018, Sez. 3, n. 28824/2019).

Occorre premettere che, come si esaminerà in prosieguo, va distinta nettamente, per la diversità delle fattispecie e delle ricadute giuridiche, l'ipotesi del difetto riguardante il potere di disporre del diritto in senso sostanziale, da quella dell'istituzione di un avvocato quale procuratore alla lite.

Secondo il primo e più estensivo orientamento la nuova formulazione normativa impone al giudice, anche in grado d'appello, l'assegnazione del termine non solo nel caso di procura alle liti affetta da vizi che ne procurino la nullità, ma anche nell'ipotesi di procura inesistente o, comunque, non in atti, invitando la parte alla regolarizzazione (Sez. 3, n. 11359/2014), valorizzandosi la scelta legislativa di avere previsto, oltre alla "rinnovazione", anche il "rilascio" della procura, così restando priva di rilievo la distinzione tra inesistenza e nullità (in tal senso Sez. 2, n. 10885/2018).

Il secondo e più restrittivo orientamento nega che la parte possa ovviare, con effetto sanante "*ex tunc*", alla mancanza di procura alle liti o, comunque, alla sua assenza in atti.

Le S.U., con la sentenza n. 10414/2017, hanno enunciato la massima – Rv. 643938 – seguente: Nel giudizio dinanzi al Consiglio Nazionale Forense intrapreso, personalmente, da un avvocato privo di "*iuspostulandi*", perché non iscritto nell'albo speciale di cui all'art. 33 del r.d.l. 1578 del 1933 (nelle specie in quanto radiato) o sospeso dall'esercizio della professione, non è applicabile l'art. 182, comma 2, c.p.c., come modificato dalla l. n. 69 del 2009, che presuppone la regolarizzazione in favore del soggetto o del suo procuratore già costituiti e non consente, pertanto, la costituzione in giudizio di un soggetto diverso dal ricorrente, iscritto in quell'albo, previo rilascio di mandato speciale.

Successivamente la Cassazione ha avuto modo di giudicare manifestamente infondata l'eccezione d'illegittimità costituzionale dell'art. 182 c.p.c., nella parte in cui non troverebbe applicazione in caso d'inesistenza della procura "non essendo le situazioni delineate suscettibili di comparazione, come pure affermato da Cass., Sez. U., 27/04/2017, n. 10414, onde non è fonte di un *vulnus* costituzionalmente rilevante il fatto che la disciplina prevista dall'art. 182 c.p.c., comma 2, non trovi applicazione in caso di difetto originario della procura" (Sez. 6, n. 11930, 16/5/2018, p. 3).

Analogamente si è negata la sanatoria a riguardo del ricorso in appello proposto dalla parte personalmente priva del potere di postulare per sé stessa (Sez. 6, n. 24257/2018).

Anche questo secondo orientamento valorizza il tenore letterale della disposizione, ma in senso opposto al primo. Il vizio, determinante la nullità della procura al difensore, perciò stesso implicherebbe l'esistenza in atti della procura stessa.

Infine, l'ordinanza evidenzia la seguente casistica implicante profili di problematicità: (1) atto giudiziario firmato da avvocato al quale non risulta essere stata conferita procura; (2) atto promosso direttamente dalla parte priva di "*iuspostulandi*" (per la non sanabilità Sez. 6, n. 24257/2018 cit.); (3) procura rilasciata, ma non versata in atti, distinguendosi in tale categoria la procura di data certa, da quella priva di una tale qualità, (4) procura rila-

sciata in favore di un avvocato privo di “*ius postulandi*” (il caso esaminato dalla citata S.U. n. 10414/2017).

#### 4. Rappresentanza sostanziale e procura alle liti.

Come si è anticipato le due situazioni non sono affatto assimilabili e tantomeno sovrapponibili.

È possibile agire nell'interesse e nel nome altrui. Ciò frequentemente accade per la volontà negoziale dei privati. Può, poi, trattarsi di rappresentanza organica di soggetto diverso dalla persona fisica, a sua volta distinta da un collegamento pubblicistico (rappresentanza dello Stato, di enti statuali ed enti locali, territoriali o meno) o da un collegamento privatistico (basti pensare alla rappresentanza delle società). Può, infine, trattarsi della necessaria rappresentanza di soggetto che non ha la piena disponibilità del diritto (capacità d'agire).

In tutti questi casi il fenomeno resta, per così dire, estraneo ai meccanismi di funzionamento del processo, che, come noto, attraverso un complesso coordinato di norme avente valenza pubblicistica, è funzionalmente diretto al raggiungimento dello scopo prefissato, in uno alla regolamentazione dell'attività del giudice.

Ciò spiega la consolidata opinione per la quale il difetto di rappresentanza sostanziale, che si traduce nel processo nella mancanza di una delle condizioni dell'azione, si sana, in ogni stato e grado, mediante la costituzione del soggetto legittimato, il quale così ratifica l'operato del “falso rappresentante” (cfr., *ex multis*, Sez. 3, n. 12494/2001, Sez. 1, n. 13436/2003, Sez. L, n. 5135/2004, Sez. 3, n. 19164/2005, Sez. 1, n. 21811/2006, Sez. 1, n. 15304/2007).

Ben diverse riflessioni impone la rappresentanza tecnica in giudizio.

Dispone il vigente art. 82 c.p.c.: “Davanti al giudice di pace le parti possono stare in giudizio personalmente nelle cause il cui valore non eccede euro 1.100.

Negli altri casi, le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o con l'assistenza di un difensore. Il giudice di pace, tuttavia, in considerazione della natura ed entità della causa, con decreto emesso anche su istanza verbale della parte, può autorizzare a stare in giudizio di persona.

Salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti al tribunale e alla corte d'appello le parti debbono stare in giudizio col ministero di un procuratore legalmente esercente; e davanti alla Corte di cassazione col ministero di un avvocato iscritto nell'apposito albo”.

Escluse, quindi, la ipotesi delle cause minime davanti al giudice di pace (tali presunte per legge o valutate in concreto da esso giudice), salva l'ipotesi della sola assistenza sempre davanti al giudice di pace e i casi eccezionali nei quali la legge consente di agire e resistere personalmente, davanti al tribunale e alla corte d'appello, occorre stare in giudizio col ministero (cioè mediante) di un avvocato legalmente esercente. Davanti alla Corte di Cassazione, poi, l'avvocato deve essere iscritto nell'apposito albo.

Il ministero di un difensore implica di necessità il rilascio della procura, della quale si occupa il successivo art. 83, il quale al suo primo comma scolpisce una tale correlazione: “Quando la parte sta in giudizio con il ministero di un difensore, questi deve essere munito di procura”. Il secondo comma specifica che essa può essere generale o speciale e che, quanto alla forma, deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata. Il terzo comma, il quale indica i luoghi di apposizione, si premura di collegare la stessa a uno specifico atto processuale – a margine o in calce – (citazione, ricorso, controricorso, comparsa di risposta, comparsa d'intervento, precetto, domanda d'intervento in sede esecutiva, memoria di nomina di nuovo difensore), e, ove rilasciata su atto separato, mediante congiunzione.

L'ostensione della procura alle liti, quindi, diviene nel disegno legislativo, evenienza compenetrata al primo atto giudiziario redatto e depositato in adempimento del ministero difensivo assunto dall'avvocato col cliente, derivante da un contratto d'opera professionale intercorso tra il professionista e il cliente.

La parte, perciò, salvo i casi previsti dalla legge (come, ad esempio, nell'interrogatorio libero) non ha ruolo processuale se non attraverso l'operare del suo difensore, il quale compie e riceve atti nell'interesse del proprio rappresentato (art. 84 c.p.c.).

Il comma secondo dell'art. 125 c.p.c. prevede una eccezionale deroga alla regola che si ricava dall'insieme normativo prima richiamato, che imporrebbe il rilascio preventivo della procura da parte dell'attore, cioè prima che l'atto introduttivo assuma valenza esterna. Dispone, infatti, il comma in parola che "La procura al difensore dell'attore può essere rilasciata in data posteriore alla notificazione dell'atto, purché anteriormente alla costituzione della parte rappresentata". Eccezione, questa, espressamente esclusa dal comma 3 per i casi cui la legge "richiede che la citazione sia sottoscritta da difensore munito di mandato speciale" (querela di falso, ricorso per cassazione, controricorso per cassazione, revocazione).

L'art. 165 c.p.c., prescrive che l'attore si costituisca in giudizio a mezzo del procuratore versando in atti, per quel che qui rileva, la procura; egualmente il convenuto (art. 166 c.p.c.). L'art. 72 delle disp. att. e trans. si preoccupa di dare esecuzione a quanto prescritto dagli artt. 165, 166 e 168 c.p.c., disponendo che "Insieme con la nota d'iscrizione a ruolo la parte deve consegnare al cancelliere il proprio fascicolo (cioè quello contenente gli atti di cui agli artt. 165 e 166)".

Il disegno del codice di rito civile, quindi, salvo le eccezioni viste, prevede che la parte sta in giudizio con il ministero di un avvocato, al quale ha previamente rilasciato procura nelle forme e modi di legge. Tutta l'attività regolata dal processo, finalizzata allo scopo di statuire sulla controversia con efficacia di giudicato, implicante, quindi, oltre, ovviamente, alla proposizione di domande ed eccezioni, deduzioni ed eccezioni in senso lato, formali richieste di prova e controdeduzioni alle altrui richieste probatorie, eccezioni processuali in genere, sono affidate, in via esclusiva e non surrogabile, all'avvocato che, attraverso la procura ha assunto il ministero difensivo.

L'istituto della ratifica dell'operato del "*falsus procurator*" (art. 1399 c.c.) resta radicalmente estraneo al processo, come si è detto, retto da norme di diritto pubblico, le quali, se è pur vero che hanno lo scopo di soddisfare una privata pretesa, ciò perseguono attraverso un modello improntato a principi largamente non disponibili, fra i quali la necessaria investitura del procuratore alla lite e la ragionevole durata dello stesso.

In questo contesto deve leggersi la previsione di cui all'art. 182 c.p.c., comma 2°, prima e dopo la riforma del 2009.

Il testo previgente si differenzia in misura rilevante da quello riformato. Si è evidenziato che la norma non attribuiva al giudice il dovere di assegnare un termine per la sanatoria, pur avendo rilevato il difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione, bensì la mera facoltà, ben stigmatizzata dall'uso del verbo potere ("il giudice può"). Ma, quel che più rileva, le ipotesi contemplate erano diverse, tanto che il termine viene concesso allo scopo di permettere "la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni". In altri termini l'impulso del giudice era funzionale alla sanatoria del difetto di rappresentanza in senso sostanziale. Questo spiegherebbe anche la ragione per la quale il giudice non è tenuto alla sollecitazione, in quanto, come si è visto, la condizione dell'azione può essere sanata in ogni tempo con la costituzione della parte legittimata, con l'intervenuto rilascio delle autorizzazioni richieste dalla legge (basti pensare alle pubbliche delibere), con la ratifica da parte del soggetto legittimato (si

pensi a un ente privato collettivo) o, infine, con la presenza dell'assistenza del curatore nei casi previsti dalla legge.

Il nuovo testo introdotto dalla riforma del 2009 muta radicalmente il contenuto della disposizione. Alle ipotesi della carenza di legittimazione in senso sostanziale viene aggiunta quella di "un vizio che determina la nullità della procura al difensore" e il termine, da assegnarsi di necessità, ha lo scopo aggiuntivo di consentire "il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa". Inoltre, "L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione".

La sanatoria "*ex tunc*" costituisce un effetto connaturato alla costituzione in giudizio della persona legittimata o al deposito in atti di autorizzazioni o ratifica, come del pari l'intervento dell'assistenza imposta dalla legge; quindi, il vecchio testo non ha necessità di rendere esplicitazione alcuna sul punto, trattandosi di un effetto, per così dire, "naturale".

Il nuovo testo dispone espressamente un tale effetto proprio perché per la prima volta contempla la sanatoria anche a riguardo della procura alla lite.

Sfuma di rilievo, per le ragioni che si son dette, occuparsi della sanatoria del potere sostanziale di stare in giudizio, versandosi in tal caso, come si è visto, del sopravvenire di una delle condizioni dell'azione, che prescinde dalla novella. Solo a titolo meramente esemplificativo si ricorda Cass. n. 17683/2010 e n. 26948/2017, in tema di mancanza di autorizzazione a promuovere il giudizio o resistere allo stesso nell'interesse del fallimento; Cass. n. 20052/2010, in tema di mancanza di autorizzazione del sindaco al rilascio della procura speciale per rappresentare in giudizio il comune.

Si segnala, sotto altro profilo, S.U. n. 9217/2010, le quali hanno precisato che L'art. 182 c.p.c., comma 2°, (nel testo applicabile "*ratione temporis*", anteriore alle modifiche introdotte dalla L. n. 69 del 2009), secondo cui il giudice che rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione "può" assegnare un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, dev'essere interpretato, anche alla luce della modifica apportata dalla L. n. 69 del 2009 comma 2, nel senso che il giudice "deve" promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio e indipendentemente dalle cause del predetto difetto, assegnando un termine alla parte che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa, con effetti "*ex tunc*", senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali – Rv. 612563 – (conf. Cass. nn. 17683/2010, 20052/2010, 15156/2017, 26948/2017, 27481/2018, 28824/2019).

5. La procura speciale per il giudizio di cassazione.

1. La procura speciale per il giudizio di cassazione.

Dispone l'art. 365 c.p.c.: "Il ricorso è diretto alla Corte e sottoscritto, a pena di inammissibilità, da un avvocato iscritto nell'apposito albo [artt. 33-35, d.d.l. n. 1578/1933], munito di procura speciale".

Nella medesima udienza della causa in esame, le Sezioni Unite (sentenze 36057 e 36095 del 2022) hanno affermato il seguente principio di diritto: "A seguito della riforma dell'art. 83 c.p.c., disposta dalla legge n. 141 del 1997, il requisito di specialità della procura, richiesto dall'art. 335 c.p.c. come condizione per la proposizione del ricorso per cassazione (del controricorso e degli atti equiparati) è integrato, a prescindere dal contenuto, dalla sua collocazione topografica; nel senso che la firma per autentica posta dal difensore su foglio separato, ma materialmente congiunto all'atto, è in tutto equiparata alla procura redatta a margine o in calce all'atto stesso. Tale collocazione topografica fa sì che la procura debba considerarsi conferita per il giudizio di cassazione anche se non contiene un espresso riferimento al provvedimento da impugnare o al giudizio da promuovere, purché da essa

non risulti, in modo assolutamente evidente, la non riferibilità al giudizio di cassazione; tenendo presente, in ossequio al principio di conservazione enunciato dall'art. 1367 c.c. e dall'art. 159 c.p.c., che nei casi dubbi la procura va interpretata attribuendo alla parte conferente la volontà che consenta all'atto di produrre i suoi effetti”.

A tale principio ed alle relative motivazioni si fa ovviamente rinvio.

6. Due orientamenti contrapposti a riguardo della procura rilasciata per il giudizio di merito.

Secondo l'orientamento più estensivo la sanatoria della procura alle liti, dopo la novella del 2009, trova applicazione anche al caso dell'inesistenza dell'atto, perché mai redatto o perché non riversato nel fascicolo.

Si è, così, affermato che ove la procura risulti enunciata, ma non prodotta, il giudice deve assegnare alla parte il termine per la sua produzione (Cass. n. 11359/2014).

Una tale interpretazione ha trovato fondamento nel tenore letterale della disposizione normativa, la quale, a fianco della rinnovazione prevede il rilascio, intendendo, con l'uso del verbo rilasciare il confezionamento “*ex novo*” di un atto prima non esistente (Cass. nn. 23958/2020, 10885/2018). Per sostenere l'assunto, oltre al dato letterale, si è valorizzata l'esigenza di ridurre la visione formalistica del processo e la proliferazione delle cause.

Per contro si registrano plurime decisioni che escludono la “sanabilità” della procura alla lite inesistente. Cass. n. 24257/2018 ha affermato che in tema di opposizione a sanzione amministrativa, il ricorso in appello proposto dalla parte personalmente è inesistente e, come tale, non sanabile con il successivo deposito di procura conferita al difensore, poiché la sanatoria prevista dall'art. 182, comma 2, c.p.c. (come modificato dalla, art. 46, comma 2, l. n. 69 del 2009), presupponendo che l'atto di costituzione in giudizio sia stato comunque redatto da un difensore, si applica nelle ipotesi di nullità, ma non di originaria inesistenza della procura (Rv. 650812) – in senso conf., Cass. 11930/2020.

Occorre anche richiamare la già citata sentenza n. 10414/2017 delle S.U., la quale ha affermato che nel giudizio dinanzi al Consiglio Nazionale Forense intrapreso, personalmente, da un avvocato privo di “*ius postulandi*”, perché non iscritto nell'albo speciale di cui all'art. 33 del r.d.l. 1578 del 1933 (nelle specie in quanto radiato) o sospeso dall'esercizio della professione, non è applicabile l'art. 182, comma 2, c.p.c. come modificato dalla L. n. 69 del 2009, che presuppone la regolarizzazione in favore del soggetto o del suo procuratore già costituiti e non consente, pertanto, la costituzione in giudizio di un soggetto diverso dal ricorrente, iscritto in quell'albo, previo rilascio di mandato speciale.

Anche la dottrina appare divisa.

Si evidenzia che la disposizione risulta posta proprio a rimedio di sequenza non fisiologica, pur tenuto conto del contenuto dell'art. 125 c.p.c. Che la sanatoria implica la rinnovazione nel caso in cui la procura sussista e sia affetta da nullità e il rilascio, nel caso in cui essa non sussista, con la conseguenza che anche l'assenza originaria del mandato sarà rimediabile, con effetto “*ex tunc*”, nel termine indicato dal giudice. Taluno ha, peraltro, evidenziato il contrasto con il comma due dell'art. 125 c.p.c., che limita il rilascio all'epoca anteriore alla costituzione della parte rappresentata. Discrimine che in questa visione non avrebbe più motivo d'esistere.

C'è, tuttavia, discordia a riguardo del limite temporale, che, secondo un indirizzo non sussisterebbe e secondo altro orientamento dovrebbe identificarsi nella prima udienza, o, comunque, non oltre la rimessione in decisione, stante che in caso contrario, il rimedio otterrebbe l'effetto contrario di allungare i tempi processuali, comportando la rimessione sul ruolo della causa.

Si è anche cercato di coordinare l'art. 125, comma 2, c.p.c. con l'interpretazione estensiva della "sanatoria", evidenziando che la prima norma si occupa di stabilire la regola d'osservanza, mentre l'art. 182 curerebbe l'inosservanza.

Non è sfuggito, peraltro, il rischio di strumentalizzazioni, specie nel caso in cui si reputi la ratifica operabile in ogni stato e grado, giungendosi fino a costruire un assetto dogmatico in base al quale solo nel caso in cui non sorga incertezza circa la riferibilità della domanda alla parte (come nel caso in cui questa agisca personalmente al di fuori dei casi consentiti) sarebbe possibile sanare il difetto in ogni stato e grado; all'opposto, quando la mancanza procuri una incertezza non colmabile in ordine all'imputabilità alla parte asseritamente rappresentata, la sanatoria retroattiva dovrebbe restare confinata nel grado del giudizio nel quale il difetto si è verificato.

Non sono mancate opinioni contrarie all'interpretazione estensiva, che avrebbe sopravvalutato l'anodino riferimento al "rilascio della procura" accanto alla sua rinnovazione, nel mentre la norma fa esplicito richiamo solo alla nullità, senza neppure accennare all'assenza della procura. Inoltre, la mancata modifica dell'art. 125 c.p.c., comma 2, si è osservato, non rende praticabile l'interpretazione estensiva, stante che all'assenza di procura alle liti può rimediarsi solo nei termini previsti da quest'ultima norma. Nello stesso senso anche la mancata modifica dell'art. 165 c.p.c., e art. 72 disp. att. trans. c.p.c.

Si è osservato, infine, che l'estensione della portata della disposizione avrebbe procurato l'effetto contrario di quello sperato, allungando i tempi processuali, resi espansi dall'impedimento di ogni decadenza, sia sostanziale che processuale.

#### 7. Valutazioni conclusive

Reputa il Collegio che risulti più confacente all'assetto ordinamentale la tesi più restrittiva.

7.1. Il dato letterale, come si è visto, non supporta l'opposta opinione e, anzi, suffraga l'idea che la legge non abbia inteso contemplare l'inesistenza (peraltro fenomeno, per così dire, esterno ed estraneo alla categoria giuridica dell'atto viziato in senso proprio), avendo inteso considerare la procura affetta da nullità.

Dice la norma siccome novellata, "Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa".

La categoria del vizio inficiante la procura è, per espressa e testuale disposizione, quella della nullità. Nullità emendabile attraverso la rinnovazione, evidentemente eliminando il vizio che l'affetta, oppure, a discrezione della parte, mediante il rilascio di una nuova procura. Quest'ultima opzione non contempla affatto che una procura possa non essere esistita, ma, ben diversamente, che la parte possa sanare il vizio, implicante nullità, mediante un nuovo rilascio.

Diversamente si sarebbe dovuto divisare ove, a fianco dell'ipotesi della nullità la legge avesse espressamente previsto quella dell'inesistenza.

7.2. L'estensione all'inesistenza, non enunciata espressamente dalla legge, si porrebbe in irrisolvibile contrasto con l'art. 125 c.p.c., comma 2, artt. 165, 166 e 168 c.p.c., e art. 72 delle disp. att. e trans., i quali disegnerebbero una disciplina inconfidente e inutile.

Ma, soprattutto si porrebbe in insanabile contrasto con il principio enunciato dagli artt. 82 e 83 c.p.c., che impone, salvo casi limitati ed eccezionali, il ministero di un difensore, negando alla parte, che non sia avvocato, di poter stare in giudizio personalmente. Regola, questa, diretta, tradizionalmente, ad un tempo, ad assicurare la miglior tutela possibile

dei diritti a ciascuno dei contendenti e lo svolgersi rapido e ordinato del processo, garantito dalla presenza di tecnici in grado, così da purgarlo da rimostranze, lamenti e ostruzioni privi di fondamento giuridico e dettati esclusivamente dal coinvolgimento emotivo delle parti prive di competenza giuridica, che ne dilaterrebbero inutilmente i tempi e agevolerebbero deprecabili liti, anche con passaggio a sgradevoli vie di fatto.

Principio che resterebbe radicalmente frustrato per la semplice ragione che la parte priva di ministero difensivo avrebbe il diritto processuale di vedersi assegnato un termine per nominare il difensore, e, a nomina avvenuta, l'effetto "*ex tunc*" sancirebbe la piena validità degli atti fino a quel momento compiuti personalmente, come se fosse stata difesa da un avvocato, regolarmente munito di procura.

7.3. Si assisterebbe, in assenza di un espresso volere del legislatore a una impropria confusione tra il potere di stare in giudizio in senso sostanziale (legittimazione) e la rappresentanza processuale "*ad litem*". Solo nel primo caso, come si è cercato di spiegare, l'assenza di potere può essere sanata in ogni tempo (con la costituzione del soggetto legittimato o di quello adiuvante o con il deposito degli atti autorizzativi), senza implicanze processuali, trattandosi di vicenda riguardante esclusivamente il diritto sostanziale. Nel secondo caso la esistenza della procura alla lite costituisce presupposto processuale non surrogabile, salvo l'eccezione di cui all'art. 125 c.p.c., comma 2, che s'inserisce a pieno titolo nello sviluppo processuale, regolato da norme pubblicistiche.

7.4. Infine, non s'intravede quel guadagno sulla durata del processo, quella riduzione della proliferazione delle cause, che taluno ha posto in luce. L'assenza della procura, invece, genera l'inammissibilità della posizione processuale della parte e il processo verrà definito dal giudice come in tutti i processi con convenuto contumace, se è il convenuto a essere privo del ministero di un difensore. Nel caso in cui fosse l'attore a trovarsi in una tale situazione la sua domanda sarebbe inammissibile.

8. In attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, il Consiglio dei Ministri ha approvato nella deliberazione del 28/9/2022 l'articolato da trasfondere nel successivo decreto legislativo (il d.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, è stato successivamente pubblicato sulla G.U. n. 243 del 17/10/2022). La riforma ha nuovamente riformulato il testo dell'art. 182 c.p.c., nei termini seguenti: "Quando rileva la mancanza della procura al difensore oppure un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione che ne determina la nullità il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione".

La radicale modifica attribuisce un contenuto chiaramente diverso rispetto alla disposizione precedente. Non solo viene espressamente indicato il caso della "mancanza della procura", ma il vizio della nullità viene riferito al difetto di rappresentanza, di assistenza e di autorizzazione, quindi all'ipotesi della legittimazione sostanziale.

Trattasi di innovazione, che avrà vigore dal 30 giugno 2023, siccome preveduto dall'art. 35 dell'articolato, la quale, costituisce spartiacque con la disciplina attuale, vigente fino alla sua data di entrata in vigore, e apre uno scenario nuovo per il futuro. L'intervento in questione conferma "a contrario" la correttezza della linea interpretativa qui sposata, secondo la quale la norma vigente non consente la "sanatoria" dell'inesistenza della procura.

Vero è, peraltro, che la riforma che di qui a quale che mese entrerà in vigore, non si riferisce al fenomeno del mondo tangibile della “inesistenza”, avendo evocato, invece, la “mancanza”. Dal che potrebbe essere lecito dubitare se si sia voluto attribuire rilievo al mancato inserimento fra le carte processuali della procura esistente, e solo in un tal caso, o, seppure con la derivazione dal verbo mancare si sia inteso evocare anche l’inesistente in natura. Ove si opti per la prima soluzione sarebbe, di conseguenza, necessario che la parte dimostri la esistenza della procura al tempo regolato dall’art. 125 c.p.c., comma 2, che non è stato fatto oggetto di modifiche.

La questione, comunque, in questa sede non può essere approfondita perché qui non rilevante.

9. Discorso a parte, richiamando quanto detto al p. 5, deve essere svolto quanto alla procura speciale per ricorrere e resistere nel giudizio di cassazione, anche dopo la riforma del 2022.

L’art. 365 c.p.c., rimasto inalterato dopo l’ultima riforma del processo civile, prevede che il ricorso per cassazione deve essere “sottoscritto, a pena di inammissibilità, da un avvocato iscritto nell’apposito albo, munito di procura speciale”.

Impone, com’è agevole cogliere, due prerequisiti, che il difensore sia iscritto nell’albo speciale di cui al R.D.L. n. 1578 del 1933, e che sia munito di procura speciale.

Il requisito della specialità deve essere letto in relazione all’area circoscritta della procura alla lite, la quale ultima è indubbiamente speciale in sé, ove raffrontata con uno strumento generale. Tuttavia, per il ricorso per cassazione l’espressa specificazione di legge delinea, per così dire, un’area qualificata di specialità, che renda inequivoca la volontà di colui che rilascia la procura di avere inteso attribuire il mandato, collegato a un contratto d’opera professionale, al proprio avvocato d’impugnare davanti alla Corte di cassazione uno specifico e individuato provvedimento giudiziario. Per questa ragione a una tale procura non s’addicono, come si è visto, formule generiche e, comunque, non puntuali, che evocano la difesa in “ogni stato e grado” o attribuiscono poteri e competenze al patrono del tutto estranei al giudizio di cassazione. Quel che serve indefettibilmente è che risulti indicato il provvedimento avverso, il quale si intenda ricorrere, provvedimento che, all’evidenza, deve essere stato pubblicato in epoca anteriore al rilascio della procura.

Nello stesso segno s’inserisce l’art. 125 c.p.c., comma 3, riportato sempre al p. 5, rimasto anch’esso inalterato.

In questa direzione la già evocata giurisprudenza consolidata di questa Corte.

Rafforza, come si è visto, l’esposto convincimento, sia pure indirettamente, la sentenza n. 13/2022 della Corte costituzionale.

9.1. Non solo la riforma del processo civile del 2022 non ha inciso su tali principi, essendo rimasto immutato l’art. 365, e l’art. 125 c.p.c., comma 3, ma li ha vieppiù confermati regolando “il procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati”. Il neo introdotto art. 380-*bis*, dispone, infatti, che la parte destinataria di proposta monocratica di definizione, ravvisandosi inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso, può chiedere la decisione per il tramite di difensore munito di “una nuova procura speciale”.

È necessitato, di conseguenza, concludere che secondo il vecchio, ma anche il nuovo regime processuale resta preclusa “sanatoria” afferente al difetto di procura speciale per il ricorso di cassazione: occorrendo che la stessa sia rispettosa del principio di specialità, che ne impone, come si è visto, certo e specifico riferimento alla decisione impugnata, non è configurabile un rilascio tardivo per ordine del giudice. Sanatoria incompatibile, per un verso, con la natura di procura speciale, la quale presuppone che il cliente richieda, attra-

verso il mandato collegato al contratto d'opera, all'avvocato il proprio ministero di difensore abilitato a stare in giudizio davanti alle giurisdizioni superiori, a specifico riguardo di una data decisione e, per altro verso, con la disciplina di cui al R.D.L. n. 1578 del 1933, che limita l'abilitazione al patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori agli avvocati iscritti nell'apposito albo; disciplina che resterebbe elusa da una sanatoria con effetto "ex tunc".

10. A questo punto va enunciato il principio di diritto di cui appresso.

"Il vigente art. 182 c.p.c., comma 2, non consente di "sanare" l'inesistenza o la mancanza in atti della procura alla lite".

11. Alla luce di quanto sopra chiarito il primo e il terzo motivo debbono essere rigettati.

Il secondo motivo deve, del pari, essere disatteso.

Costituisce fermo arresto l'affermazione secondo la quale l'omessa indicazione alle parti di una questione di fatto oppure mista di fatto e di diritto, rilevata d'ufficio, sulla quale si fonda la decisione, priva le parti del potere di allegazione e di prova sulla questione decisiva e, pertanto, comporta la nullità della sentenza (cd. della "terza via" o a sorpresa) per violazione del diritto di difesa, tutte le volte in cui la parte che se ne dolga prospetti, in concreto, le ragioni che avrebbe potuto fare valere qualora il contraddittorio sulla predetta questione fosse stato tempestivamente attivato (Sez. 2, n. 11440, 30/4/2021, Rv. 661095; conf., *ex multis*, Cass. n. 11308/2020).

Deve trattarsi, quindi, di una questione, fondante la decisione, afferente al diritto sostanziale controverso, in ordine alla quale la parte che pone la doglianza allegghi le ragioni che avrebbe potuto far valere, ove il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato. Qui si verte, per contro, in ipotesi del rilievo doveroso da parte del giudice di un vizio processuale, in relazione al quale, i ricorrenti non allegano, né lo avrebbero potuto, ragioni, riguardanti la posizione di diritto soggettivo fatta valere.

Il quarto motivo resta assorbito (in senso improprio) dal rigetto dei primi tre motivi, in quanto riporta al vaglio di merito delle difese, rimaste precluse dalla declaratoria d'inammissibilità dell'atto costitutivo per inesistenza dell'atto di procura.

Del pari, assorbito (in senso improprio) deve dirsi il sesto motivo, discendendo la condanna in proprio al pagamento delle spese in capo al difensore dall'assenza di procura (cfr., *ex multis*, S.U., n. 10706, 10/5/2006, Rv. 589872; conf., *ex multis*, Sez. 3, n. 961/2009; Sez. L., n. 11551/2015 – in un caso identico –; Sez. 3, n. 58/2016; Sez. 6, n. 27530/2017; Sez. 3, n. 13055/2018).

12. La necessità di dovere approdare alla funzione nomofilattica delle Sezioni unite, in presenza di contrasto, fa apparire sussistere "ragione eccezionale", secondo il tenore dell'art. 92 c.p.c., comma 2, "ratione temporis" vigente (post-riforma operata dalla L. n. 69 del 2009 e ante-riforma di cui al D.L. n. 132 del 2014, convertito nella l. n. 162/2014), che giustifica l'interale compensazione delle spese del giudizio di legittimità.

13. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, (inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17) applicabile *ratione temporis* (essendo stato il ricorso proposto successivamente al 30 gennaio 2013), ricorrono i presupposti per il raddoppio del versamento del contributo unificato, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio di legittimità.

## **Sulla esclusione della sanatoria della procura inesistente o mancante in atti ai sensi dell'art. 182, comma 2°, c.p.c. *ante* riforma**

1. – Le Sezioni Unite, con la sentenza annotata, si pronunciano in relazione al campo applicativo dell'art. 182, comma 2°, c.p.c. nella sua versione antecedente all'intervento della Riforma Cartabia<sup>(1)</sup>. In particolare, la questione sottoposta dalla Sezione seconda civile riguardava la possibilità di estensione della sanatoria alla carenza della procura alle liti, alla luce del testo della norma che accordava al difensore l'opportunità di sanarla mediante rilascio o rinnovazione, laddove affetta da «un vizio che determina la nullità» della stessa.

Come noto, la Riforma Cartabia è intervenuta innovando la disposizione e sancendo espressamente, al secondo comma, quale fattispecie suscettibile di sanatoria, «la mancanza della procura al difensore». La sentenza in commento ha colto l'occasione per formulare alcune osservazioni al riguardo, rilevando non essere chiaro se il legislatore abbia inteso ricomprendere nel testo della norma solo la fattispecie del mancato deposito della procura o anche quella della sua inesistenza.

La decisione, dunque, seppur vertente su una norma ormai superata, rimane di attuale interesse, non solo per la perdurante applicabilità della disposizione *ante* riforma ai giudizi instaurati prima del 28 febbraio 2023 e ancora pendenti, ma in particolare perché i principi in essa dettati risultano suscettibili di condizionare anche l'interpretazione della norma nella sua nuova formulazione.

2. – La pronuncia in esame trae origine<sup>(2)</sup> dall'impugnazione della sentenza della Corte di appello di Torino, che confermava integralmente

---

<sup>(1)</sup> La pronuncia viene resa dalla Corte di Cassazione a ridosso dell'entrata in vigore delle modifiche del codice di procedura civile disposte dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (d'ora in avanti, "Riforma Cartabia"), in origine programmata al 30 giugno 2023 e poi anticipata al 28 febbraio 2023, dall'art. 1, comma 380°, l. 29 dicembre 2022, n. 197.

<sup>(2)</sup> Il giudizio veniva instaurato con ricorso *ex* art. 702-*bis* c.p.c., al fine della condanna al rilascio di due autorimesse, alla rimessa in pristino di una di queste, nonché al pagamento dei lavori eseguiti dall'attrice e di un equo indennizzo per l'occupazione senza titolo. Resisteva così il convenuto, chiedendo la riunione della causa ad altra già pendente ed avente ad oggetto l'esecuzione specifica *ex* art. 2932 c.c. da lui proposta; proponeva, inoltre, domanda in via riconvenzionale di restituzione del prezzo per una delle autorimesse e la riduzione del prezzo pattuito per l'altra, in considerazione delle dimensioni inferiori rispetto a quelle promesse.

la decisione del Tribunale di Cuneo. In particolare, venivano confermate la statuizione sull'inammissibilità dell'atto di costituzione del convenuto e delle domande riconvenzionali ivi contenute, per assenza della procura speciale, e la conseguente condanna in proprio dell'avvocato alla rifusione delle spese di lite. Veniva, così, proposto ricorso per cassazione dal convenuto dichiarato contumace in prime cure e dall'avvocato in proprio, sulla base di cinque motivi, di cui quattro rilevanti in questa sede, aventi ad oggetto la mancata concessione del termine per la sanatoria *ex art. 182, comma 2°, c.p.c.*, la mancata instaurazione del contraddittorio a fronte di una questione – quella della carenza in atti della procura – rilevata d'ufficio, sulla cui base è stata decisa la causa, la conferma della decisione in appello senza prima aver concesso la possibilità di regolarizzazione e la condanna in proprio dell'avvocato al pagamento delle spese del giudizio.

3. – La Sezione seconda ha ritenuto fosse opportuno, per il «carattere generale della tematica sollevata» e la «molteplicità delle ricadute applicative», rimettere<sup>(3)</sup> alle Sezioni Unite la questione inerente all'ambito di applicazione della sanatoria di cui all'art. 182, comma 2°, c.p.c.<sup>(4)</sup> applicabile *ratione temporis*. Il quesito poneva l'interrogativo se il termine «per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa» debba essere concesso solo ove la procura risulti depositata in giudizio, ma sia viziata e pertanto nulla, oppure anche nel caso di procura non presente materialmente in atti, perché mai rilasciata o perché non ivi depositata.

---

<sup>(3)</sup> Cass. 15 febbraio 2022, n. 4932, in *Giur.it.* 2022, 1864 ss., con nota di F. Godio, *Procura inesistente: opera o no la sanatoria dell'art. 182, 2° comma, c.p.c. (e se sì, come)?*; in *Ilprocessocivile.it* 2022, con nota di F. Bartolini, *Mancanza di procura negli atti: possibile la sanatoria?* Alla luce della rimessione alle Sezioni Unite della questione, insieme a quelle proposte dalle ordinanze gemelle Cass. 2 marzo 2022, n. 6946 e Cass. 2 marzo 2022, n. 6947, la Corte Suprema di Cassazione ha organizzato un convegno sul tema dal titolo «Dialogos sulla giustizia civile. La specialità della procura *ex art. 365 c.p.c. rilasciata su foglio separato*», tenutosi con modalità telematica il 19 maggio 2022, e dei cui interventi si terrà conto nel presente scritto.

<sup>(4)</sup> L'art. 182, comma 2°, c.p.c., nella sua versione *ante* "Riforma Cartabia", recitava quanto segue: «Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione».

La questione è controversa sia in giurisprudenza che in dottrina sin dalla riforma del 2009<sup>(5)</sup>. L'incertezza circa la corretta interpretazione della disposizione si è trascinata negli anni tra orientamenti antitetici, per pervenire ad un'ennesima presa di posizione delle Sezioni Unite<sup>(6)</sup>, questa volta però con una pronuncia più ampia e generale, tuttavia non per questo più convincente delle altre.

4. – Preso atto degli orientamenti contrapposti, la Corte si pronuncia circoscrivendo la sanatoria alle sole ipotesi di nullità della procura alle liti. Ritiene, invero, la tesi restrittiva «più confacente all'assetto ordinamentale» alla stregua di quattro ragioni, che peraltro non sembrano convincenti.

Innanzitutto, la Corte erge la testuale previsione della «nullità della procura» a criterio di lettura della norma<sup>(7)</sup>, che, come tale, avrebbe

<sup>(5)</sup> L'art. 182, comma 2°, c.p.c., nella sua formulazione antecedente al 2009, prevedeva che «quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione, il giudice può assegnare alle parti un termine per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, salvo che si sia avvertita una decadenza». Con l'intervento dell'art. 46, comma 2°, l. 18 giugno 2009, n. 69, la disposizione ha visto l'introduzione di elementi di novità, ed in particolare: l'estensione della sanatoria all'ipotesi di nullità della procura; l'obbligatorietà dell'assegnazione del termine; l'eliminazione della preclusione alla sanatoria per intervenute decadenze; la salvezza *ex tunc* degli effetti della domanda, in caso di intervenuta sanatoria.

Già con i primi commenti alla novella era stato denunciato il rischio di difficoltà interpretative del nuovo testo, con particolare riguardo alla sua possibile estensione anche alle ipotesi di inesistenza della procura alle liti. Cfr. D. Dalfino, *Difetto di rappresentanza, assistenza, autorizzazione; nullità della procura al difensore*, in *Aa.Vv., Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.* 2009, 287 ss., il quale asseriva che il concetto di «rilascio» poteva essere sintomo della possibile sanatoria della carenza originaria della procura, anche oltre il termine di cui all'art. 125, comma 2°, c.p.c.; C. Consolo, *Una buona «novella» al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giur.* 2009, 738.

Inoltre, la Cassazione ha ritenuto che la norma *ante* 2009 dovesse essere letta «anche alla luce della modifica apportata dall'art. 46, comma 2° della legge n. 69 del 2009», quale «criterio interpretativo del testo precedente» (cfr. Cass., sez. un., 19 aprile 2010, n. 9217, in questa *Rivista* 2011, 748 ss., con nota di M. Gozzi, *Difetto di rappresentanza o assistenza della parte e sanatoria in grado di appello*).

<sup>(6)</sup> Cfr., in senso positivo, *ex plurimis*, Cass., sez. un., 2 maggio 2017, n. 10648; Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20934; Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28337; Cass., sez. un., 7 marzo 2005, n. 4810, in *Giur. it.* 2005, 1210 ss., con nota di S. Chiarloni, *La giustizia vince sulla procedura, grazie ad un revirement della Corte suprema in materia di vizi della procura alle liti*; in questa *Rivista* 2005, 1045 ss., con nota di G. Monteleone, *La S.C. elimina nocivi formalismi in materia di procura alle liti*. In senso contrario, Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 10414, in *Dir. e giustizia* 2017, 74, 11 ss., con nota di S. Calvetti, *Reiscrizione negata all'avvocato radiato dall'albo: ammissibile il ricorso 'in proprio'?*.

<sup>(7)</sup> In tal senso, cfr. S. Caporusso, *I vizi di capacità e di rappresentanza nel regime delle sanatorie processuali*, Napoli 2019, 239 e 241; F. Troncone, *Problematiche sulla procura alle*

l'effetto di riconoscere solamente alla nullità appunto (e dunque non anche all'inesistenza) l'opportunità di sanatoria, perseguibile mediante la rinnovazione o il rilascio, in qualità di rimedi alternativi<sup>(8)</sup>.

Tuttavia, la previsione della possibilità di «rilascio della procura alle liti» accanto alla «rinnovazione», sembrerebbe piuttosto suggerire la volontà del legislatore nel senso di annoverare tra le ipotesi di cui all'art. 182, cpv., c.p.c. anche il caso della procura mai rilasciata, rispetto alla quale si prevede la possibilità di conferimento *ex novo*<sup>(9)</sup>. Ciò non sarebbe poi precluso dalla menzione dei «vizi che determinano la nullità della procura», in quanto non riscontrandosi mai la previsione espressa del concetto di «inesistenza», essa deve essere ricondotta nell'alveo della «nullità»<sup>(10)</sup>.

Le Sezioni Unite ritengono, però, che ad un tale orientamento sarebbero ostativi altresì gli artt. 125, comma 2°<sup>(11)</sup>, 165, 166 e 168 c.p.c. e l'art. 72 disp. att. c.p.c., nonché gli artt. 82 e 83 c.p.c.<sup>(12)</sup>. Questi diverrebbero

*liti nel giudizio per cassazione e sull'ambito di applicazione dell'art. 182 c.p.c.*, in *DPCIEC* 2022, 2, 206; S. Matteini Chiari, *Falsità della procura alle liti. Inapplicabilità dell'art. 182 c.p.c.*, in *Ilprocessocivile.it* 2022.

<sup>(8)</sup> I fautori della tesi restrittiva affermano non potersi rinnovare quanto non è mai esistito e che il concetto di rilascio costituisce mera alternativa attraverso la quale perseguire la sanatoria, che trova esecuzione nell'istante in cui, sanato il difetto di legittimazione processuale, sia necessario il rilascio di una distinta procura da parte del soggetto legittimato. Cfr. S. Caporusso, *op. cit.*, 239-240 e 251.

<sup>(9)</sup> Così, cfr. D. Turroni, *Il nuovo art. 182, cpv., c.p.c. Sempre rimediabili i difetti di capacità processuale e di procura al difensore*, in *Giur.it.* 2009, 1575; D. Dalfino, *op. cit.*, 289. In giurisprudenza, cfr. Cass. 29 ottobre 2020, n. 23958, in *Dir. e giustizia* 2020, 209, 6, con nota di A. Greco, *Procura alle liti viziata o mancante? Il giudice ha l'obbligo e non la facoltà di far sanare quanto rilevato al difensore senza preclusioni*; Cass. 7 maggio 2018, n. 10885; Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28337, *cit.*

<sup>(10)</sup> Cfr. R. Poli, *Le nullità degli atti processuali, L'inesistenza*, in L. Dittrich, *Diritto processuale civile*, Milano 2019, I, 1388 ss., per cui l'art. 156, comma 2°, c.p.c. «sembra ricomprendere sia l'ipotesi di mancanza materiale dell'atto sia quella di atto materialmente esistente ma privo degli elementi necessari minimi che consentano di ricondurlo ad un determinato tipo», tanto che sarebbe nullo anche l'atto mancante di «tutti i requisiti indispensabili per il raggiungimento dello scopo». La legge processuale, piuttosto, distingue tra i vizi relativi all'esistenza o alla determinazione del potere esercitato, e quelli relativi all'illegitto esercizio di un potere esistente ed individuabile. I primi, in quanto sintomo dell'inesistenza del potere in capo al soggetto che agisce, non integrano la nullità, mentre i secondi rientrano nelle vicende della procura e come tali sono sanabili ai sensi dell'art. 182, cpv., c.p.c. Così anche R. Poli, in *Dialogos*, *cit.*

<sup>(11)</sup> Cfr. S. Caporusso, *op. cit.*, 236 e 239; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino 2015, I, 366 ss., spec. 367; F. Godio, *Procura inesistente*, *cit.*, 1866; A. Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.* 2009, 270.

<sup>(12)</sup> Gli artt. 82 e 83 c.p.c. prescrivono il necessario conferimento di procura alle liti, mediante cui la parte autorizza il difensore a compiere gli atti processuali nel suo interesse. Secondo la tesi restrittiva, il mancato rilascio si porrebbe, dunque, in contrasto anche con

inutili ove si permettesse alla parte, che si sia costituita personalmente al di fuori dei casi consentiti dalla legge, di fare retroattivamente salvi gli effetti della domanda giudiziale, mediante la nomina di un difensore in corso di causa, come se la stessa «fosse stata difesa da un avvocato, regolarmente munito di procura».

La Corte prende a riferimento l'ipotesi più estrema di procura inesistente, in cui oltre al mancato rilascio della procura, l'attività processuale non è stata nemmeno svolta dal difensore. La fattispecie integra la plateale violazione dell'art. 82 c.p.c. che prescrive come obbligatorio il ministero del difensore<sup>(13)</sup>, salvi i casi previsti dalla legge, e come tale non è meritevole di sanatoria. Tuttavia, essendo la norma volta a garantire la «migliore esplicazione del diritto di difesa delle parti»<sup>(14)</sup>, ecco che tale *ratio* risulterebbe invece soddisfatta qualora «il difensore agisce per la parte nel processo»<sup>(15)</sup>, seppur mediante procura scritta male, non depositata, o persino non rilasciata.

Il limite temporale di cui all'art. 125, comma 2°, c.p.c., invece, concerne il rilascio della procura, e sarebbe perciò tutt'al più preclusivo della sanatoria di una procura totalmente assente, in quanto non rilasciata<sup>(16)</sup>, ma non potrebbe escluderla laddove un mandato ci sia, seppur viziato. Inoltre, è proprio il disposto di tale articolo che, menzionato a supporto

l'art. 81 c.p.c., costituendo essa negozio di diritto processuale che consente al difensore di svolgere l'attività giudiziale, altrimenti inammissibile (così, A. Valitutti, in *Dialogos*, cit.). In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 10 maggio 2006, n. 10706, in *Giust. civ.* 2007, I, 1193 ss., con nota di F. Cordopatri, *Ancora in tema di condanna del difensore alla rifusione delle spese di lite*, statuisce che «le parti (...) devono stare in giudizio col ministero di un avvocato regolarmente esercente, condizione che si realizza quando il difensore è munito di procura da indicare» e che la mancanza di procura «(situazione che comprende sia l'ipotesi della procura invalida, sia l'ipotesi della mancanza di prova che una procura sia stata rilasciata) produce la nullità dell'attività processuale compiuta».

<sup>(13)</sup> La figura del difensore salvaguarda il processo dall'animosità delle parti, assicurandone il corretto svolgimento, anche a fronte del forte tecnicismo e formalismo che lo connotano, nonché costituisce il «garante del rispetto delle 'regole del gioco' processuale, e dunque del contraddittorio» (cfr. R. Murra, voce *Parti e difensori*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.* 1996, XIII, 272; G. Finocchiaro, *In tema di inesistenza ed invalidità della sentenza per difetto di rappresentanza tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, 672).

<sup>(14)</sup> S. Chiarloni, *Contrasti*, cit., 649.

<sup>(15)</sup> F. Cipriani, *La procura su foglio autonomo tra la certificazione e gli spilli*, in *Foro it.* 1995, 543, che attribuisce alla procura lo scopo di consentire da un lato alla parte di agire in giudizio per mezzo di un avvocato e dall'altro a quest'ultimo di esercitare lo *ius postulandi* nel giudizio; Id., *Procura su foglio separato o procura presunta?*, in *Foro it.* 1997, 3156.

<sup>(16)</sup> Anche se a tal proposito, è stato affermato che, se l'art. 125, comma 2°, c.p.c. detta il modello legale, l'art. 182, cpv., c.p.c. costituisce il rimedio a cui ricorrere nel caso di inosservanza di quest'ultimo, e come tale operante anche nell'ipotesi di mancato rilascio della procura. Cfr. R. Poli, in *Dialogos*, cit.; S. Chiarloni, *op. ult. cit.*, 655.

della tesi restrittiva, ne smentisce l'assunto per il quale il difetto di procura non consentirebbe il sorgere di un rapporto processuale riconducibile alla parte e dunque la successiva sanatoria. Proprio perché la norma ammette la possibilità di rilascio in un momento successivo alla notificazione dell'atto introduttivo (ancorché anteriore alla costituzione), si può affermare che la procura alle liti non costituisce elemento imprescindibile dell'atto di citazione<sup>(17)</sup>, non impedendo la sua carenza l'instaurazione del giudizio, in quanto semplicemente incidente sulla regolarità della costituzione<sup>(18)</sup> della parte.

La Corte ritiene, poi, che l'interpretazione liberale sia sintomo di «una impropria confusione tra il potere di stare in giudizio in senso sostanziale (legittimazione) e la rappresentanza processuale “*ad litem*”», perché solo il primo, in quanto condizione dell'azione, sarebbe suscettibile di essere sanato in ogni stato e grado attraverso la costituzione in giudizio del legittimato e la ratifica dell'attività del *falsus procurator*. A parere della Corte, la seconda, invece quale presupposto processuale, sarebbe sanabile solo nei limiti sanciti dall'art. 125, comma 2°, c.p.c.<sup>(19)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> La tesi più rigorosa afferma che il mancato conferimento della procura al difensore preclude la valida instaurazione del giudizio e così la pendenza della lite, in quanto la procura costituirebbe condizione imprescindibile per la sua «formazione fenomenica» (Cass. 16 maggio 2018, n. 11930, in *Dir. e giustizia* 2018, 88, 19 ss., con nota di E. Mattioli, *Attività processuale senza procura, spese di lite a carico dell'avvocato*). Cfr. S. Caporusso, *op. cit.*, 216 e 236; F. Troncone, *op. cit.*, 206.

<sup>(18)</sup> Cfr. F. Carnelutti, *Conferimento tardivo della procura al difensore dell'attore*, in questa *Rivista* 1959, 312, che evidenzia come «la procura non è affatto un elemento della citazione», e dunque la sua inesistenza vizia «non la citazione, ma la costituzione in giudizio dell'attore», così da determinarne la (sola) contumacia; S. Chiarloni, *op. ult. cit.*, 655; G. Balena, *Sulle conseguenze del difetto di procura «ad litem»*, in *Foro it.* 1987, 556. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20934, *cit.*, che in relazione al caso di mancato rilascio della procura, afferma che «il vizio 'determina l'inesistenza soltanto di tale atto ma non anche dell'atto di citazione perché (...) essa procura non costituisce requisito essenziale dell'atto di citazione» e che «l'atto di citazione mancante della procura della parte', quindi, 'è del tutto idoneo ad introdurre il processo e ad attivare il potere dovere del giudice di decidere'».

<sup>(19)</sup> Secondo la tesi restrittiva, il rilascio *ex novo* della procura (inesistente), con efficacia *ex tunc*, integrerebbe la ratifica dell'attività svolta dal difensore, quale “*falsus procurator*”, non essendo in alcun modo la sua attività riferibile alla parte. Tale ratifica si ritiene, però, non operante nel contesto processuale (cfr. Cass. 15 novembre 2022, n. 33518; Cass. 6 dicembre 2021, n. 38735, in *Ilprocessocivile.it* 2022, con nota di S. Matteini, *Falsità della procura*, *cit.*). La retroattività degli effetti viene, infatti, riconosciuta dall'art. 125 c.p.c. solo alla procura rilasciata prima della costituzione in giudizio. Così, cfr. F. Troncone, *op. cit.*, 203 e 206; S. Caporusso, *op. cit.*, 240.

A vero dire, non è chiaro perché si possa accordare la sanatoria nelle ipotesi di carenza di capacità processuale e non farlo rispetto al difetto di procura al difensore, che più grave non è<sup>(20)</sup>.

Con il quarto motivo, la Corte asserisce che sarebbe inoltre maggiormente coerente con i principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo accedere alla tesi più restrittiva, per la quale la carenza della procura alle liti determinerebbe, nel caso del convenuto, la prosecuzione del giudizio con dichiarazione della sua contumacia, mentre, nell'ipotesi dell'attore, la declaratoria di inammissibilità della sua domanda.

Anche questo argomento non regge. La conseguenza più naturale sarebbe la riproposizione del giudizio al fine di pervenire ad una sentenza nel merito, sempre che nelle more delle vicende processuali il diritto non si sia prescritto. Non gioverebbe all'economia giudiziale nemmeno la chiusura in rito del giudizio protrattosi inutilmente per lunghi anni, in quanto il vizio è stato rilevato solo molto tempo dopo<sup>(21)</sup>.

Le Sezioni Unite sono così giunte a porre il principio di diritto, per il quale «Il vigente art. 182, comma secondo, cod. proc. civ.<sup>(22)</sup>, non consente di “sanare” l'inesistenza o la mancanza in atti della procura alle liti».

Hanno, inoltre, colto l'occasione, nonostante l'irrilevanza nel caso di specie, per pronunciarsi nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 182 c.p.c. nell'ambito del giudizio di legittimità, in forza della specialità qualificata di cui la procura gode nello stesso, la quale ne risulterebbe altrimenti elusa<sup>(23)</sup>.

<sup>(20)</sup> Cfr. D. Turroni, *op. cit.*, 1575; S. Chiarloni, *op. ult. cit.*, 656; G. Balena, *op. cit.*, 556 ss., per cui il difetto di rappresentanza legale non è meno grave del difetto originario di procura, scaturendo da entrambi identiche criticità, potendo persino propendere per la minore gravità del secondo, per la presenza di maggiori garanzie (responsabilità disciplinare del difensore), oltre al fatto che il difetto spesso non è dovuto al mancato conferimento, ma alla carenza della «forma necessaria di documentazione di tale incarico nel processo».

<sup>(21)</sup> S. Chiarloni, *op. ult. cit.*, 649.

<sup>(22)</sup> A scanso di equivoci, si ribadisce essere oggetto di pronuncia l'art. 182, come sostituito dall'art. 46, comma 2°, l. 18 giugno 2009, n. 69, e dunque nel testo *ante* Riforma Cartabia.

<sup>(23)</sup> Il requisito di specialità della procura alle liti nel giudizio di legittimità deriva, innanzitutto, dall'art. 365 c.p.c., per il quale il ricorso deve essere redatto da un difensore iscritto all'albo speciale di cui al r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 ed a cui sia stata conferita procura speciale. Essa dovrà, a pena di inammissibilità *ex* art. 366, comma 1°, n. 5, c.p.c., essere indicata nel ricorso, nonché, a pena di improcedibilità *ex* art. 369, comma 2°, n. 3, c.p.c., depositata assieme ad esso entro i venti giorni successivi dalla notificazione. Inoltre, giurisprudenza consolidata ha sancito la necessità che «la parte manifesti in modo univoco la sua volontà concreta e attuale di dare vita a quella determinata fase processuale e che a tanto si determini sulla base della valutazione della sentenza da impugnare», dovendo rilasciare la procura dopo la sua pronuncia ed anteriormente alla notificazione del ricorso. Cfr. Corte

Con riguardo al caso di specie, afferente all'ipotesi della carenza in atti della procura, sono stati dunque rigettati i primi tre motivi di ricorso, dichiarando «assorbito in senso improprio» quello relativo al capo di condanna del difensore alle spese di lite<sup>(24)</sup>, in quanto ritenuta conseguenza naturale dell'assenza della procura.

5. – Eppure, alla luce degli argomenti spesi dalla Cassazione, il più grande ostacolo all'applicabilità della tesi più estensiva è costituito dal fatto che il sistema processuale civile italiano si basa sulla necessità della sussistenza di un mandato espresso<sup>(25)</sup>. Il mandato, che nel codice del

---

cost. 20 gennaio 2022, n. 13. A ciò concorre altresì l'art. 125, comma 3°, c.p.c., che esclude la possibilità di conferimento della procura in un momento successivo alla notificazione dell'atto, «quando la legge richiede che la citazione sia sottoscritta da difensore munito di mandato speciale». Inoltre, la Corte ha sottolineato che, con la Riforma Cartabia, è stata modificata all'art. 380-*bis* c.p.c. una specifica ipotesi in cui è espressamente richiesto il rilascio di «una nuova procura speciale». Così, S. Caporusso, *op. cit.*, 227 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *Parti e difensori nel processo riformato*, in *Giur. it.* 2011, 227 ss., spec. 232. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 27 aprile 2018, n. 10266, in *Giur. it.* 2018, 1614 ss., con nota adesiva di G. Canale, *L'inapplicabilità dell'art. 182 c.p.c. al giudizio di cassazione*, secondo cui tale orientamento non contrasta nemmeno con i principi dettati dalla CEDU, avendo chiarito la Corte EDU che «il diritto di accedere al giudice di ultima istanza non è assoluto e, sulle condizioni di ricevibilità dei ricorsi, gli Stati hanno un sicuro margine di apprezzamento, potendo prevedere restrizioni a seconda del ruolo svolto dai vari organi giurisdizionali e dell'insieme delle regole che governano il processo».

In tema di specialità della procura alle liti nel giudizio di legittimità, si sono da ultimo pronunciate Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36057 e Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36095, alle quali si rinvia.

Al contrario, è tendenzialmente ammessa l'applicabilità dell'art. 182 c.p.c. nel giudizio di appello, anche se il dibattito si fa più complesso in relazione alla possibilità di sanatoria solo nell'ipotesi in cui il vizio si sia verificato nel medesimo grado in cui è stato rilevato oppure anche qualora esso sia sorto nel grado precedente. A tal proposito, si rinvia a S. Caporusso, *op. cit.*, 223 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *op. cit.*, 229 ss.; D. Turroni, *op. cit.*, 1576 ss.; M. Negri, *Sulla sanatoria del difetto di rappresentanza (e di procura ad litem)*, in *Corriere giur.* 2009, 1685 ss., spec. 1691; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino 2019, 36 per il quale ammettere la sanatoria nel grado successivo a quello in cui il vizio è sorto, consentirebbe la ratifica dell'attività processuale svolta *secundum eventum litis*; E.T. Liebman, *Rimedi alla costituzione irregolare del difensore*, in questa *Rivista* 1955, II, 265 ss.

<sup>(24)</sup> La giurisprudenza è consolidata nel condannare alle spese di lite il difensore che ha agito con procura inesistente, non producendo l'attività da esso svolta alcun effetto sulla parte. Cfr., *ex multis*, Cass. 16 maggio 2018, n. 11930, in *Dir. e giustizia* 2018, 88, 19 ss.; Cass., sez. un., 10 maggio 2006, n. 10706, cit. *Contra*, Cass. 5 settembre 2000, n. 11689, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 1895, per la quale «non può mai assumere la qualità di parte di un atto il soggetto che agisce nella veste di rappresentante pur non avendone i poteri».

<sup>(25)</sup> Nella relazione al progetto del codice di procedura civile del 1865, il guardasigilli Giuseppe Pisanelli valutò, invero, di aderire al sistema piemontese del mandato scritto, discostandosi dal sistema franco-napoletano che invece accoglieva il mandato presunto,

1940 divenne procura, si ritiene infatti rispondere a due precise esigenze, ossia garantire alla controparte la certa riferibilità dell'attività processuale posta in essere alla parte sostanziale<sup>(26)</sup> e tutelare quest'ultima nel rapporto con il proprio difensore<sup>(27)</sup>.

Tuttavia, è stato ritenuto in dottrina che il conferimento di procura scritta poco abbia a che fare con la tutela della controparte, se si tiene conto che esso viene prescritto anche in relazione a quei giudizi in cui una controparte non c'è<sup>(28)</sup> e che la garanzia della riferibilità deriva dal fatto che «gli effetti del processo si producono di diritto in capo alla parte»<sup>(29)</sup>. Per quanto concerne il secondo aspetto, invece, nemmeno in presenza di una procura espressa si può avere la certezza circa la provenienza del conferimento nei confronti del difensore e la tutela della parte da sue eventuali iniziative arbitrarie, in particolare se «non si possa contare sulla correttezza professionale»<sup>(30)</sup> di questi. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi della falsità materiale della procura<sup>(31)</sup>.

Nonostante tale rischio, però, il legislatore ha ugualmente riposto nell'avvocato la propria fiducia, affidandogli il potere di certificare l'autografia della parte conferente, alla quale per molto tempo si è creduto di attribuire la medesima efficacia dell'atto pubblico<sup>(32)</sup>. Ecco allora che non si vede il motivo per cui quella stessa fiducia non possa essergli riconosciuta anche a fronte del conferimento di una procura orale. Invero, il difensore, nell'esperire un giudizio per conto del titolare della situazione

sul presupposto che ciò si ponesse «a tutela del diritto della parte contraria». Cfr. G. Deluca, *La nomina del difensore nel processo civile*, in questa *Rivista* 2006, 594; F. Cipriani, *La procura su foglio autonomo*, cit., 538.

<sup>(26)</sup> R. Murra, voce *Parti e difensori*, cit., 276, osserva che gli atti processuali svolti in assenza della procura alle liti devono essere necessariamente riferiti al difensore e non alla parte, in quanto il conferimento della rappresentanza tecnica è «elemento indispensabile affinché l'esercizio dello *ius postulandi* del procuratore diventi attività della parte».

<sup>(27)</sup> Cfr. G. Deluca, *op. cit.*, 606, il quale riferisce che la giurisprudenza sostiene che «la procura servirebbe “a conferire la certezza della provenienza dalla parte del potere di rappresentanza”»; G. Balena, *op. cit.*, 561.

<sup>(28)</sup> Cfr. G. Deluca, *op. cit.*, 606; F. Cipriani, *op. ult. cit.*, 543, cita i processi di divorzio con ricorso congiunto o di delibazione della sentenza ecclesiastica richiesta da entrambi i coniugi.

<sup>(29)</sup> F. Cipriani, *op. ult. cit.*, 543.

<sup>(30)</sup> G. Balena, *op. cit.*, 562.

<sup>(31)</sup> Cfr. Cass. 6 dicembre 2021, n. 38735, cit., in cui la procura risultava falsa in quanto «realizzata mediante un fotomontaggio della procura allegata ad un precedente procedimento monitorio modificato solo nell'intestazione recante l'indicazione del Tribunale adito»; Cass. 6 dicembre 2004, n. 22790, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 5, nella quale si tratta di un caso di sottoscrizione ritagliata da altro foglio.

<sup>(32)</sup> In senso critico, cfr. F. Cipriani, *op. ult. cit.*, 539 ss.; G. Deluca, *op. cit.*, 601 ss.

sostanziale contro la sua volontà, avrebbe solo da perderci: correrebbe, infatti, il rischio di subire un esborso, a fronte della condanna al pagamento delle spese di lite, nonché di essere sottoposto a procedimento disciplinare.

Inoltre, alla luce della carenza di procura, ed in assenza di una norma che ne sancisca la forma scritta *ad substantiam*, l'incerta riferibilità alla parte della volontà di instaurare il giudizio potrebbe ben essere superata dalla presenza di altri indici<sup>(33)</sup> o colmata dal difensore stesso a cui venga richiesto di «giustificare i propri poteri»<sup>(34)</sup>.

Aggiungiamo, poi, che il sistema del mandato presunto è già stato adottato, da molto tempo, in altri ordinamenti<sup>(35)</sup>. E ciò lo si riscontra anche nel contesto italiano, nel giudizio penale<sup>(36)</sup>, o altresì nel campo stragiudiziale, ove «nessuno osa porre in dubbio la parola dell'avvocato che dichiara di agire per la parte, né tanto meno pretende che l'avvocato, prima di parlare, dimostri di essere stato autorizzato dal suo cliente»<sup>(37)</sup>.

In via generale, ciò porterebbe a concludere che un mutamento nel senso dell'ammissibilità del mandato presunto<sup>(38)</sup> sia la soluzione ai problemi che la forma scritta della procura porta con sé.

<sup>(33)</sup> Cfr. S. Chiarloni, *op. ult. cit.*, 660, che eleva a sintomo di tale volontà la sottoscrizione dell'atto di citazione ad opera della parte o la sua partecipazione personale al processo; G. Deluca, *op. cit.*, 605, il quale afferma che vi sono «comportamenti e/o fatti che non sono meno idonei della c.d. procura certificata a dimostrare l'esistenza dei poteri rappresentativi in capo all'avvocato che dichiara di stare in giudizio per la parte», tra cui la corrispondenza scambiata tra il difensore e l'attore prima dell'instaurazione del giudizio.

<sup>(34)</sup> F. Cipriani, *Procura su foglio separato*, cit., 3157, per cui ciò sarebbe possibile in forza della mancanza di una norma che prescriva, a pena di nullità, l'esibizione della procura in forma scritta, non essendo nemmeno annoverata tra le ipotesi di nullità dell'atto di citazione *ex art.* 164 c.p.c. Il difetto di procura, perciò, non dovrebbe mai condurre a ritenere inesistenti gli atti compiuti dal difensore.

<sup>(35)</sup> In particolare, in Francia, l'art. 416 c.p.c. dispensa l'avvocato dal fornire prova del conferimento a suo favore del mandato difensivo, o innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, l'art. 44, par. 1, lett. b) Regolamento di procedura della Corte di Giustizia impone al difensore di provare solo la sua qualifica di avvocato, e non il rilascio della procura. Per ulteriori riferimenti, cfr. G. Deluca, *op. cit.*, 613. Si riscontra maggiore flessibilità anche in Germania, in cui il §89 ZPO riconosce al giudice il potere di ammettere il difensore che è privo della procura o che non ne ha dato prova a stare in giudizio provvisoriamente, assegnando un termine per il rilascio.

<sup>(36)</sup> G. Deluca, *op. cit.*, 612, riferisce che, interpretando estensivamente l'art. 96, comma 2°, c.p.p., per cui il difensore può essere nominato con «dichiarazione resa all'autorità procedente ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata», si ritiene «comunemente che la nomina del difensore dell'imputato ben possa essere desunta da comportamenti e/o fatti concludenti».

<sup>(37)</sup> G. Deluca, *op. cit.*, 611-612. Così anche F. Cipriani, *op. ult. cit.*, 3160.

<sup>(38)</sup> Un (vano) tentativo in tal senso è stato compiuto dalla Commissione Tarzia nel 1996, che prevedeva l'opportunità di introdurre la «presunzione di esistenza della procura

6. – Ma fintantoché il sistema non muoverà in tal senso, deve osservarsi quanto segue.

La Suprema Corte di Cassazione prende le mosse dagli argomenti spesi con riferimento al ristretto novero di casi particolari<sup>(39)</sup> sottoposti alla sua attenzione dalla Sezione rimettente, per avvallare la tesi restrittiva con un principio di diritto generale. Tuttavia, le ipotesi in relazione alle quali da decenni si discute circa l'applicabilità della sanatoria di cui all'art. 182, comma 2°, c.p.c. sono maggiori e spesso più complesse<sup>(40)</sup>, tanto da indurre a pensare che una regola così ampia e generica non possa essere idonea a garantire, in considerazione della particolarità di ciascun caso, l'effettività della tutela giurisdizionale, sancita dall'art. 24 Cost.<sup>(41)</sup>.

La soluzione richiede, quindi, un bilanciamento di interessi. Le opportune valutazioni devono tenere complessivamente conto dei principi dell'effettività della tutela giurisdizionale, del contraddittorio, del giusto processo, della certezza del diritto, dell'economia giudiziale, a cui si ricollega la speditezza del processo. E ciò perché la sola considerazione di quest'ultimo interesse (pubblico) condurrebbe all'astratta negazione della sanatoria nei casi di inesistenza, con il rischio di sfociare in un eccessivo formalismo<sup>(42)</sup>.

In considerazione delle implicazioni<sup>(43)</sup> che vi si riconnettono, emerge dunque la necessità di distinguere le ipotesi di nullità da quelle della

in mancanza di contestazione o di esplicita richiesta di esibizione» (cfr. G. Tarzia, *Per la revisione del codice di procedura civile*, in questa *Rivista* 1996, 951 e 981). Ad esso aveva fatto séguito la proposta avanzata dal Professor Andrea Proto Pisani per la riforma del codice nel 2009, con la quale si suggeriva che la procura dovesse presumersi conferita «sulla base della semplice affermazione dell'avvocato» (cfr. A. Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.* 2009, V, 12).

<sup>(39)</sup> Ovvero, le ipotesi di mancato rilascio della procura al difensore, di costituzione della parte personalmente, ove a ciò non abilitata, di mancato deposito in atti della procura alle liti rilasciata, di procura conferita all'avvocato privo di *ius postulandi*.

<sup>(40)</sup> A titolo esemplificativo, si vedano le fattispecie elencate da F. Godio, *op. cit.*, 1867; S. Caporusso, *op. cit.*, 232 ss.

<sup>(41)</sup> Circa il contrasto tra la disciplina della rappresentanza tecnica e l'art. 24 Cost., si veda S. Chiarloni, *Contrasti*, 649.

<sup>(42)</sup> Cfr. G. Deluca, *op. cit.*, 593 ss., spec. 606 ss.; G. Balena, *op. cit.*, 552 ss., spec. 561; S. Chiarloni, *La giustizia vince sulla procedura*, cit., 1213; Id., *Contrasti*, cit., 641 ss., spec. 661, per il quale nell'eccessivo formalismo, le forme «sono piegate a scopi esattamente opposti ai loro propri, diventando fonte di sostanziale ingiustizia, invece di mantenersi, secondo il loro concetto, presidio di fondamentali garanzie», come accade nelle vicende attinenti la procura alle liti, in cui prendono il sopravvento esigenze di «autodifesa contro la semiparalisi indotta dall'aumento incontrollato dei ricorsi» in cassazione; A. Bonafine, *Procura "non speciale" per il giudizio di cassazione: le spese le paga l'avvocato*, in *www.judiciu-m.it* 2019, 3; D. Turrone, *op. cit.*, 1575.

<sup>(43)</sup> Il disconoscimento della possibilità di sanatoria alla procura inesistente o carente in atti determina la chiusura in rito del giudizio, ove il vizio riguardi l'attore, nonché la

procura inesistente<sup>(44)</sup>. Se, infatti, è piuttosto chiaro in cosa consista l'inesistenza materiale della procura, meno evidente risulta la nozione di inesistenza giuridica della stessa<sup>(45)</sup>. Quest'ultima viene generalmente identificata con il caso di un atto affetto da vizi talmente gravi, tali da farlo ritenere come non esistente nel mondo del diritto.

A tal proposito, si rileva l'importanza, nell'ordinamento processuale, del principio di strumentalità delle forme, per il quale queste «sono prescritte al fine esclusivo di conseguire un determinato scopo, coincidente con la funzione che il singolo atto è destinato ad assolvere nell'ambito del processo, e così, in definitiva, con lo scopo ultimo del processo, consistente nella pronuncia sul merito della situazione giuridica controversa»<sup>(46)</sup>. Di conseguenza, ruolo fondamentale viene rivestito dall'art. 156, comma 3°, c.p.c., che esclude la nullità dell'atto qualora abbia raggiunto il proprio scopo.

In relazione alla procura alle liti, è stato inoltre sostenuto che ricollegando «i requisiti formali degli atti processuali al loro scopo oggettivo ed alla loro funzione», la sanatoria è possibile «quando l'uno e l'altra siano raggiunti, o possano esserlo, senza arrecar danno ai diritti delle parti ed

---

dichiarazione di contumacia, nei confronti del convenuto, impedendo loro di far valere le proprie ragioni, o nel caso dell'impugnazione della sentenza, l'irrimediabile passaggio in giudicato di essa. Ciò non gioverebbe neanche alla ragionevole durata del processo. Oltre al fatto che la qualifica come "inesistente" della procura, se ritenuta inficiante l'atto di ingresso nel processo, condurrebbe ad una sentenza inesistente, legittimandola sua rilevanza anche successivamente al passaggio in giudicato della pronuncia, tale per cui la parte, non contenta del risultato processuale conseguito dal difensore, avrebbe a portata di mano uno strumento per porla nel nulla, con conseguente rischio di incertezza del diritto. Cfr. S. Chiarloni, *Contrasti*, cit., 661.

<sup>(44)</sup> La distinzione non è di così agevole soluzione. Invero, le fattispecie, con riguardo alle quali la giurisprudenza più liberale riconosce l'operatività della sanatoria, più che ipotesi di inesistenza, spesso integrano casi di procura nulla (cfr. F. Godio, *op. cit.*, 1866).

<sup>(45)</sup> L'inesistenza materiale e l'inesistenza giuridica formano la più ampia categoria di origine dottrinale della inesistenza. Questa viene circoscritta alle ipotesi di totale carenza dei requisiti minimi indispensabili perché un atto sia riconducibile ad un preciso modello legale, come tale insuscettibile di produrre alcun effetto giuridico. Con riguardo alla procura, cfr. Cass. 28 maggio 2019, n. 14474, per cui la carenza di specialità della procura è ipotesi di inesistenza, risolvendosi «non già nella mera inosservanza di requisiti di contenuto-forma della procura, bensì nella identificazione di un atto ontologicamente diverso da quello richiesto».

<sup>(46)</sup> Cass., sez. un., 20 luglio 2016, n. 14916, in *Guida dir.* 2016, 38, 56 ss., con nota di M. Finocchiaro, *Ogni altra ipotesi va qualificata come semplice nullità*, ha individuato gli elementi della notificazione, la cui assenza ne determinerebbe l'inesistenza giuridica. Aggiunge che, in mancanza di un'espressa previsione, quest'ultima deve ritenersi «confinata ad ipotesi talmente radicali che il legislatore ha, appunto, ritenuto di non prendere nemmeno in considerazione».

alla loro difesa»<sup>(47)</sup>. Pertanto, la procura, materialmente rilasciata, non può considerarsi inesistente, se di per sé idonea a raggiungere lo scopo.

Se, quindi, la procura scritta «risponde da un lato all'esigenza di regolazione dei rapporti tra la parte e il difensore e, dall'altro, a quella esterna di garanzia, per le controparti, della riferibilità all'assistito dell'attività svolta dal difensore»<sup>(48)</sup>, ecco che l'inesistenza deve riferirsi ai soli casi in cui la procura è affetta da vizi così gravi da pregiudicare la posizione della parte nel rapporto con il difensore o la riferibilità ad essa dell'attività processuale compiuta da quest'ultimo. Si fa così riferimento alla falsità materiale della procura<sup>(49)</sup>, all'avvocato che agisce in giudizio affermandosi suo difensore, tuttavia senza mandato alcuno<sup>(50)</sup>, al rilascio della procura ad un soggetto privo di *ius postulandi*, o alla costituzione della parte personalmente, quando a ciò non abilitata.

Vi sono, per contro, situazioni che piuttosto che determinare l'inesistenza della procura, dovrebbero ritenersi afferenti alla fattispecie della nullità. E così, a titolo esemplificativo, la procura generica<sup>(51)</sup>, o la procura che indica il nome di un avvocato, diverso da quello del difensore risultante dall'epigrafe dell'atto, che ha autenticato il mandato e firmato

<sup>(48)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36057, cit., e Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36095, cit., che premettono «la centralità del ruolo che il difensore gioca, in favore del proprio cliente, per consentire che il diritto di difesa venga realmente esercitato». In senso conforme, Cass., sez. un., 2 maggio 2017, n. 10648, in *Foro it.* 2017, 2400 ss., con nota di O. Desiato, individua lo scopo delle forme richieste dall'art. 83 c.p.c. nel «controllo della certezza, provenienza e tempestività della procura».

<sup>(49)</sup> Per alcuni esempi, si rinvia alla nota 31. Accanto alla procura affetta da falsità materiale, si pone la procura apocrifa, quale «*procura sotto nome altrui*», come battezzata da S. Caporusso, *Su di un caso di inesistenza giuridica: la procura apocrifa*, in *Giur. it.* 2020, 2685 ss., alla cui trattazione si rinvia.

<sup>(50)</sup> In questa ipotesi rientrano l'ipotesi di mancato rilascio della procura al difensore; di procura avente ad oggetto tutt'altro giudizio, perché oggettivamente o soggettivamente distinto; o di eccesso di procura (termine coniato da S. Caporusso, *I vizi di capacità*, cit., 232), ovvero di procura che, conferita in relazione ad una diversa fase processuale, venga poi impiegata per l'introduzione di un ulteriore grado di giudizio (cfr. D. Corrado, *I limiti della procura ad litem e le sue recenti estensioni nella giurisprudenza*, in *Corriere giur.* 2020, 88 ss., che afferma che le ipotesi di procura rilasciata per il ricorso cautelare *ante causam*, impiegata per l'introduzione del giudizio di merito nei confronti di soggetti che non avevano partecipato al precedente procedimento e con oggetto diverso, integrano l'inesistenza della procura, con conseguente nullità radicale, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, degli atti dallo stesso compiuti).

<sup>(51)</sup> La procura priva di riferimenti specifici al giudizio nella quale viene depositata deve considerare riferita allo stesso, in quanto congiunta all'atto di primo ingresso nel processo. Cfr. E. Zucconi Galli Fonseca, *op. cit.*, 233, che afferma sopperire alla carenza di elementi identificativi della lite, la firma digitale della busta informatica, quale «strumento senz'altro idoneo a congiungere elettronicamente tutto il suo contenuto». In giurisprudenza,

l'atto stesso<sup>(52)</sup>, la mancata certificazione dell'autografia della firma della parte ad opera del difensore<sup>(53)</sup>. Sarebbe distortivo estendere il concetto di inesistenza ad ipotesi di tal genere, perché ciò convertirebbe di fatto la disciplina a garanzia della miglior difesa, in un qualcosa che si ritorce contro la parte stessa, verso cui la tutela è rivolta<sup>(54)</sup>.

7. – Esaminando le quattro fattispecie sottoposte a particolare analisi delle Sezioni Unite con l'ordinanza di rimessione, è sicuramente inesistente la procura che non sia stata conferita, integrando la fattispecie dell'inesistenza materiale, sia che a costituirsi in giudizio sia il difensore, sia che a farlo sia la parte personalmente<sup>(55)</sup>. Nel primo scenario, l'attività svolta dall'avvocato non può in alcun modo essere riferita alla parte, in un ordinamento, come il nostro, che sancisce la necessità di un mandato espresso. La parte che si costituisce personalmente, nelle ipotesi in cui

---

Trib. Torino 27 febbraio 2019, n. 943, in *Redazione Giuffrè* 2019, afferma, per le stesse ragioni, che non può essere ritenuta generica la procura rilasciata in relazione "al presente giudizio"; Cass. 29 ottobre 2020, n. 23958, cit., per cui la procura generica, per carenza di oggetto e di altro riferimento idoneo a identificare la causa specifica, è tutt'al più nulla.

Si perviene alla medesima conclusione, prendendo in esame il principio di diritto dettato da Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36057, cit., e Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36095, cit., secondo cui il requisito della specialità della procura alle liti, nel giudizio di legittimità, risulta «integrato, a prescindere dal contenuto, dalla collocazione topografica», dalla quale si può desumere che la procura sia conferita per il giudizio a cui accede «anche se non contiene un espresso riferimento al provvedimento da impugnare o al giudizio da promuovere, purché da essa non risulti, in modo assolutamente evidente, la non riferibilità al giudizio di cassazione».

<sup>(52)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 2 maggio 2017, n. 10648, cit., che afferma come tale discrepanza integri solo un mero errore materiale.

<sup>(53)</sup> Cfr. Cass. 31 dicembre 2019, n. 34748; Cass., sez. un., 28 novembre 2005, n. 25032, in *Foro it.* 2006, 1065 ss., con nota di G. Deluca, *Procura speciale: continua l'infinita «historia»*; in *Dir. e giustizia* 2005, 47, 12 ss., con nota di C. Garufi, *Procura alle liti, sconto per gli avvocati*, afferma che la mancata certificazione non è causa di invalidità della procura, qualora l'atto a cui accede sia sottoscritto dal difensore. Depone in tal senso anche chi disconosce alla certificazione *ex art.* 83, comma 3°, c.p.c., una qualsiasi valenza probatoria ai sensi dell'art. 2703 c.c. Cfr. D. Dalfino, *op. ult. cit.*, 601 ss.; F. Cipriani, *La procura su foglio autonomo*, cit., 539 ss.

<sup>(54)</sup> Cfr. S. Chiarloni, *op. ult. cit.*, 654, sottolinea essere di maggior peso il rischio, derivante dalla negazione della sanatoria della procura mancante o viziata, che «una innocente disattenzione» venga sanzionata, magari a distanza di molti anni, «non solo con la mancata concessione della tutela ma addirittura con l'impossibilità di ottenerla, tutte le volte che un processo non sia più instaurabile».

<sup>(55)</sup> Cfr. Cass. 4 ottobre 2018, n. 24257. Il combinato disposto degli artt. 82 e 83 c.p.c., e le esigenze a cui gli stessi rispondono, vengono rafforzati dal nuovo art. 163, comma 3°, n. 7, c.p.c., che impone all'attore l'onere di avvertire la controparte che, salve le eccezioni disposte dalla legge, «la difesa tecnica mediante avvocato è obbligatoria in tutti i giudizi davanti al tribunale».

non è a ciò abilitata, invece, viola il disposto dell'art. 82 c.p.c. che, nell'imporre l'obbligo del ministero del difensore, si premura di garantire il migliore esercizio del diritto di difesa. Per la stessa ragione, deve affermarsi l'inesistenza della procura rilasciata ad un soggetto privo di *ius postu-landi*<sup>(56)</sup>.

Questione del tutto distinta consiste nell'ipotesi di mancato versamento nel giudizio della procura alle liti, pur rilasciata. Chi scrive ritiene, aderendo ad una posizione già da tempo affermata in dottrina e in giurisprudenza<sup>(57)</sup>, che tale fattispecie sia riconducibile non al secondo, bensì al primo comma del vecchio testo dell'art. 182 c.p.c. Si tratta, invero, di una mera irregolarità nella costituzione delle parti, che deve essere rilevata dal giudice in prima udienza e può essere sanata attraverso la mera produzione della procura in giudizio.

8. – In conclusione, a fronte delle considerazioni fatte e dei limiti imposti dall'adozione di un sistema fondato sul mandato scritto, sembra condivisibile l'affermazione degli ermellini, per cui la tesi restrittiva appare maggiormente in linea con il nostro sistema processuale. Tuttavia, l'applicazione di questo orientamento deve essere circoscritta ad un ridotto novero di ipotesi che integrano casi troppo gravi per essere suscettibili di sanatoria. Ciò alla luce del principio del giusto processo sancito dall'art. 111 Cost., che richiede la limitazione delle cause che possono determinare la conclusione del giudizio in rito, precludendone il naturale epilogo<sup>(58)</sup>.

Per nulla convincente si configura, viceversa, l'estensione del principio di esclusione della sanatoria al caso di mancato deposito in atti della

---

<sup>(56)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 10414, cit., anche per ulteriori riferimenti. In dottrina, cfr. S. Caporusso, *I vizi di capacità*, cit., 234, che contempla l'ipotesi del praticante avvocato che presti il proprio patrocinio in una causa con valore indeterminabile.

<sup>(57)</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass. 18 febbraio 2016, n. 3181; Cass. 22 maggio 2014, n. 11359. In dottrina, cfr. M. Negri, *op. cit.*, 1688, che, pur ritenendo radicalmente insanabile il totale difetto di procura *ad litem*, ammette la regolarizzazione, mediante sua produzione, se del caso previo invito del giudice, della procura mancante in atti ma precedentemente rilasciata, ai sensi dell'art. 182, comma 1°, c.p.c.; G. Balena, *op. cit.*, 557, il quale mette in luce che l'art. 125 pone un termine per il rilascio e non per la produzione in giudizio, tale per cui una volta validamente rilasciata nei termini, la procura potrà essere prodotta anche successivamente.

<sup>(58)</sup> Cfr. G. Deluca, *La nomina del difensore*, cit., 616, che afferma essere necessario «discostarsi da interpretazioni suscettibili di ledere il diritto di difesa di chi rilascia la procura» oppure ispirate a un formalismo che non tutela l'interesse della controparte, ma frustra lo scopo stesso del processo, e cioè la pronuncia di una decisione di merito». A tal proposito, Corte Cost. 16 ottobre 1986, n. 220, per la quale «Il giusto processo civile vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti

procura. Se nell'ipotesi di inesistenza, la procura è affetta da un vizio così grave da ostacolare la riferibilità della causa alla parte, nonché da cagionarle un pregiudizio, nel caso di carenza in atti, la procura, come negozio unilaterale di conferimento della rappresentanza tecnica, esiste ed è valida, ma semplicemente non ne è stata data prova nel giudizio. In quest'ultima ipotesi, non concedere il termine per la regolarizzazione della situazione comporterebbe un ingiusto sacrificio del diritto della parte alla tutela giurisdizionale, per mere esigenze di speditezza processuale, a cui un tale orientamento solo può rispondere.

Si può osservare, con le parole di Franco Cipriani, che «affinché l'intervento delle sezioni unite si riveli effettivamente decisivo, è necessario, e per intuibili motivi, che la soluzione proposta sia convincente, che altrimenti la questione rimane inevitabilmente aperta»<sup>(59)</sup>, e ciò è quanto si è verificato in questa sede.

9. – Con la Riforma Cartabia, il legislatore ha sancito espressamente al secondo comma la possibilità di sanatoria nel caso di «mancanza della procura al difensore». La Suprema Corte ha optato per ritenere l'art. 182 *ante* e *post* riforma come due disposizioni distinte nel contenuto e nell'operatività, ognuna avente un proprio ambito temporale di applicazione<sup>(60)</sup>. Ha affermato che la nuova versione della disposizione in esame sarebbe confermativa “a contrario” della posizione assunta con riferimento alla previgente. Invero, l'espressa previsione nella prima della “mancanza” della procura, quale motivo per la doverosa concessione del termine al fine della sanatoria, sarebbe dimostrazione del fatto che tale ipotesi non era in precedenza contemplata.

---

sostanziali delle parti che vi partecipano (...) ma per rendere pronuncia di merito riscrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo civile» non «deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuale». Così Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36057, cit., e Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36095, cit., per le quali «gli ostacoli di natura procedurale impeditivi al raggiungimento di una pronuncia di merito» devono essere «limitati ai casi più gravi, nei quali non è possibile assumere una decisione diversa».

<sup>(59)</sup> F. Cipriani, *La procura su foglio autonomo*, cit., 538, il cui commento critico era rivolta a Cass., sez. un., 22 novembre 1994, n. 9869, che aveva sancito la nullità della procura alle liti rilasciata su foglio autonomo, materialmente congiunto all'atto processuale a cui accede. Invero, i dubbi concernenti l'eccessivo formalismo si sono reiterati tanto da condurre al rovesciamento della situazione, con la modifica dell'art. 83, comma 3°, c.p.c. da parte dell'art. 1, comma 1°, l. 27 maggio 1997, n. 141.

<sup>(60)</sup> La Corte di Cassazione si discosta così dal *trend* seguito dalle pronunce di legittimità successive all'entrata in vigore della l. 18 giugno 2009, n. 69, in cui la nuova norma era stata elevata a criterio interpretativo dell'art. 182 c.p.c. nel testo originario.

Ha, inoltre, rilevato che l'aver impiegato il termine "mancanza" potrebbe essere foriero di dubbi interpretativi circa la sua portata. Potrebbe, infatti, esservi ricondotta solo l'ipotesi di mancato deposito della procura in atti o anche quella di inesistenza "in natura", chiarendo che, nell'eventualità in cui si opti per la prima soluzione, sorgerà la necessità di dimostrare che il rilascio della stessa sia intervenuto in un momento quantomeno anteriore alla costituzione in giudizio.

Ciò rende la nuova formulazione dell'art. 182, comma 2°, c.p.c. suscettibile di determinare nuove incertezze interpretative, con prevedibili reiterati contrasti tra gli operatori del diritto. In un tale contesto, tornerà ad assumere rilievo la pronuncia qui annotata, attraverso l'orientamento a cui le Sezioni Unite hanno aderito e che è culminato nel principio di diritto.

Tuttavia, a parere di chi scrive, l'espressione spesa deve leggersi nel senso della volontà del legislatore di riconoscere la più ampia operatività della sanatoria. Parrebbe, invero, potersi inglobare anche l'ipotesi di procura inesistente. Se però così non fosse, in considerazione dei limiti sistematici che una tale interpretazione potrebbe incontrare, si dovrà limitare il concetto di inesistenza, secondo quanto già sostenuto, alle sole fattispecie in cui la procura risulta affetta da un vizio così grave da non apparire meritevole di sanatoria.

PAMELA CHIARANDA

*Dottoranda nell'Università degli Studi di Udine  
e nell'Università degli Studi di Trieste*

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ.,  
sentenza 5 ottobre 2022, n. 28975

Pres. Spirito - Rel. Patti

*Waqas c. Ministero dell'Interno*

*Il termine (di trenta giorni) di impugnazione dell'ordinanza ai sensi dell'art. 702-quater c.p.c. nelle controversie regolate dal rito sommario decorre dalla sua comunicazione o notificazione e non dal giorno in cui essa sia stata eventualmente pronunciata e letta in udienza, secondo la previsione dell'art. 281-sexies c.p.c.*

*In mancanza delle suddette formalità, l'ordinanza può essere impugnata nel termine di sei mesi dalla sua pubblicazione, a norma dell'art. 327 c.p.c.*

(*Omissis*). 7. Nel suo inquadramento normativo, il procedimento sommario di cognizione (inserito dall'art. 51, comma 1°, l. n. 69 del 18 giugno 2009 nel Libro IV, Titolo I, come Capo III-*bis*, artt. da 702-*bis* a 702-*quater* c.p.c.), deve essere inteso, secondo l'insegnamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza di legittimità, riferendo la sommarietà al rito, non alla cognizione, che è invece piena (Cass., sez. un., 10 luglio 2012, n. 11512; Cass. 27 giugno 2018, n. 16893, in motivazione, *sub* p.to 1.3.1), così come quella degli altri due riti, cui viene affiancato: ordinario di cognizione e del lavoro.

(*Omissis*). 8. Il procedimento è definito con ordinanza (di accoglimento o di rigetto delle domande: art. 702-*ter*, comma 5°, ultima parte c.p.c.) provvisoriamente esecutiva e che costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione (art. 702-*ter*, comma 6°, c.p.c.), con la quale il giudice provvede in ogni caso sulle spese, ai sensi degli artt. 91 ss. c.p.c. (art. 702-*ter*, ultimo comma c.p.c.). Ed essa produce gli effetti previsti dall'art. 2909 c.c., "se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione" (art. 702-*quater*, prima parte c.p.c.). Appare evidente come, ancorché ordinanza in senso formale, essa abbia natura di sentenza in senso sostanziale (Cass. 27 giugno 2018, n. 16893, in motivazione, *sub* p.to 1.3.1): sia per la funzione, in ragione della sua idoneità decisoria del giudizio di primo grado, sintomaticamente significata anche dalla definizione con provvedimento sulle spese processuali, in applicazione del principio di soccombenza (Cass. s.u. 20 luglio 1999, n. 480; Cass. 13 febbraio 2004, n. 2851; Cass. 19 giugno 2007, n. 14281; Cass. 21 aprile 2016, n. 8101); sia per la stabilità, quale attitudine alla formazione del giudicato (Cass. 19 dicembre 2014, n. 27127; Cass. 19 febbraio 2018, n. 3945).

9. Il quadro normativo illustrato consente di escludere immediatamente la corretta possibilità di assimilare, nel suo regime di appellabilità, l'ordinanza in esame, di natura e funzione decisoria, all'ordinanza (tale nella sostanza, oltre che nella forma) che il giudice abbia pronunciato in udienza, sotto il profilo di equivalenza di una tale conoscibilità alla comunicazione, per le parti presenti o che avrebbero dovuto esserlo (artt. 134 e 176 c.p.c.), in quanto ritenuta di valenza generale (come invece ritenuto da: Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, in motivazione, *sub* p.to 3.10).

9.1. Parimenti deve essere negata la pertinenza, ai fini in questione, del richiamo alla precedente sperimentazione, nell'ordinamento processualciviltistico, della tecnica acceleratoria basata sulla previsione della decorrenza, nel testo novellato nel 2005 dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., del termine per la proposizione del reclamo cautelare "dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione": per quest'ultimo caso con la significa-

tiva aggiunta dell'inciso "se anteriore" (Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, in motivazione, *sub* p.to 3.4). Occorre, infatti, distinguere il tipo di cognizione alla base del provvedimento al quale è riferito il termine di impugnazione: piena, nel procedimento sommario di cognizione; limitata alla sussistenza dei requisiti di *fumus boni iuris* e di *periculum in mora*, nel procedimento di reclamo cautelare. E senza neppure trascurare il diverso regime di stabilità: nel primo caso, idoneo al passaggio in giudicato; nel secondo, meramente strumentale (sia pure con le diverse gradazioni previste dall'art. 669-*novies* c.p.c.) alla tutela cognitiva.

9.2. Tanto meno appropriato è, infine sul punto, il richiamo alla reiterazione di una tale tecnica di regime impugnatorio, con l'introduzione dal legislatore nel 2012 dell'art. 348-*ter* c.p.c. (Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, in motivazione, ancora *sub* p.to 3.4), relativo alla pronuncia sulla inammissibilità dell'appello, in quanto individuante, ai fini qui d'interesse, soltanto un nuovo termine per l'impugnazione della sentenza di primo grado, per la diversa funzione dell'ordinanza che decide sul "filtro" introdotto dall'art. 348-*bis* c.p.c., inidonea ad un effetto sostitutivo. A questo proposito, e a rinforzo delle ragioni esposte a fondamento della natura decisoria dell'ordinanza ai sensi dell'art. 702-*ter*, comma 6°, c.p.c., giova altresì sottolineare l'esigenza di un'impugnazione avverso di essa, che ne garantisca un esame a cognizione piena, non limitato ad una mera delibazione di (in)ammissibilità, sul presupposto di una "non... ragionevole probabilità di essere accolta" (art. 348-*bis*, comma 1°, c.p.c.), essendo per essa esplicitamente negata l'applicabilità del suddetto filtro (art. 348-*bis*, comma 2°, lett. b c.p.c.).

10. Più articolato è il discorso riguardante la comparazione tra il procedimento sommario di cognizione e il modello decisorio previsto dall'art. 281-*sexies* c.p.c. Entrambi costituiscono "rimedi preventivi", a norma dell'art. 1-*ter* l. 24 marzo 2001, n. 89, volti ad accelerare il corso del processo, prima che il termine di durata massima sia maturato. E sono "modelli procedurali alternativi" tra loro, come si evince dalla lettera del primo comma dell'articolo citato, secondo cui: "... Nelle cause in cui non si applica il rito sommario di cognizione, ivi comprese quelle in grado di appello, costituisce rimedio preventivo proporre istanza di decisione a seguito di trattazione orale a norma dell'art. 281-*sexies* del codice di procedura civile...".

(*Omissis*). 10.1. Non è pertanto in discussione la comune *ratio* acceleratoria dei due modelli procedurali tra loro alternativi, che l'arresto di legittimità oggetto di contrasto riconosce anche al procedimento sommario di cognizione (Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, in motivazione, *sub* p.to 3.1). Detta *ratio* che lo permea trova una sintomatica corrispondenza, ai fini qui d'interesse, nella funzione acceleratoria della comunicazione dell'ordinanza ai sensi dell'art. 702-*quater* c.p.c., che, come è stato opportunamente osservato, sottrae alle parti la decisione (tramite la notificazione, a norma dell'art. 326 c.p.c.) sull'applicazione del termine breve di impugnazione, in quanto effetto automatico della conoscenza del provvedimento.

(*Omissis*). 11. L'art. 702-*quater* c.p.c. stabilisce che "l'ordinanza emessa ai sensi del comma 6° dell'art. 702-*ter* produce gli effetti di cui all'art. 2909 del codice civile se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione...". Come noto, la questione della sua legittimità costituzionale, per asserita violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui stabilisce che l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione è appellabile entro il termine breve di trenta giorni dalla sua comunicazione ad opera della cancelleria, è stata ritenuta manifestamente infondata, trattandosi di una scelta discrezionale del legislatore, ragionevolmente in linea con la natura celere del procedimento, né lesiva del diritto di difesa, in quanto il detto termine decorre dalla piena conoscenza

dell'ordinanza, che si ha con la comunicazione predetta ovvero con la notificazione ad istanza di parte (Cass. 9 maggio 2017, n. 11331).

11.1. Appare evidente che il tenore letterale del testo sia insuscettibile di un'interpretazione ricalcata sul modello decisorio dell'art. 281-*sexies* c.p.c.: ossia di decorrenza del termine per proporre appello avverso l'ordinanza resa in udienza e inserita a verbale, pur se questa non sia stata comunicata o notificata, dalla data dell'udienza stessa, equivalendo la pronuncia in tale sede a "comunicazione" ai sensi degli artt. 134 e 176 c.p.c. (Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, in motivazione, *sub* p.to 3.10). E pertanto con irrilevanza della comunicazione medesima, che, pure essendo (insieme con la notificazione) esclusivo e puntuale riferimento normativo di individuazione del *dies a quo*, sarebbe del tutto obliterato. Per giunta, senza neppure applicabilità del termine stabilito dall'art. 327 c.p.c., invece prevista per la fattispecie dell'art. 281-*sexies* c.p.c. (con decorrenza del termine per proporre l'impugnazione, ai sensi della norma citata, dalla data della pronuncia, equivalente, unitamente alla sottoscrizione del relativo verbale da parte del giudice, alla pubblicazione prescritta nei casi ordinari dall'art. 133 c.p.c., con esonero, della cancelleria dalla comunicazione della sentenza a norma dell'art. 176 c.p.c.: Cass. 31 agosto 2015, n. 17311; Cass. 30 maggio 2017, n. 13617; Cass. 11 febbraio 2021, n. 3394).

(*Omissis*). 11.2. Ma giova ora concentrare maggiormente l'attenzione sulla funzione della comunicazione dell'ordinanza e sulla sua specialità rispetto a quella dell'art. 133, comma 2°, c.p.c. È bene allora ribadire che, nel procedimento sommario di cognizione, ai fini della decorrenza del termine di trenta giorni previsto dall'art. 702-*quater* c.p.c. per la proposizione dell'appello avverso l'ordinanza emessa a norma dell'art. 702-*ter*, comma 6° c.p.c., la comunicazione di cancelleria debba avere ad oggetto il testo integrale della decisione, comprensivo del dispositivo e della motivazione; con la conseguenza che, ai detti fini, occorra fare riferimento alla data di notificazione del provvedimento ad istanza di parte, ovvero, se anteriore, alla comunicazione di cancelleria in forma integrale, ossia comprensiva di dispositivo e motivazione (Cass. 23 marzo 2017, n. 7401; Cass. 16 febbraio 2022, n. 5079). Sicché, appare evidente la sua finalità di veicolare un'informazione chiara e completa della decisione, nel suo testo integrale, per l'equipollenza istituita tra la comunicazione (che è atto del cancelliere dell'ufficio giudiziario: art. 136 c.p.c.) e la notificazione (che l'ufficiale giudiziario effettua a richiesta di parte); non potendo farsi decorrere il termine breve d'impugnazione dalla sola notizia del dispositivo, per evidenti esigenze di difesa della parte soccombente, essendole necessaria la conoscenza della motivazione al fine di correlare ad essa i motivi a sostegno del gravame, anche sotto il profilo della relativa specificità (così: Cass. 23 marzo 2017, n. 7401, in motivazione, con ampio richiamo di precedenti).

11.3. Si tratta pertanto di una comunicazione che ha un carattere di palese specialità rispetto a quella della sentenza, ordinariamente prevista dall'art. 133, comma 2°, c.p.c., in quanto produttiva di uno specifico effetto (decorrenza del termine di appellabilità), che la norma citata esclude invece espressamente ("... *La comunicazione non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni di cui all'art. 325.*").

11.4. Il regime di specialità così istituito dall'art. 702-*quater* c.p.c. presenta un'evidente analogia con quello del reclamo, ai sensi dell'art. 1, comma 58° della l. n. 92 del 2012. Questo prevede, infatti, che il termine breve di trenta giorni per la proposizione del reclamo alla corte di appello avverso la sentenza del tribunale sulla impugnativa di licenziamento, a norma dell'art. 18 l. n. 300 del 1970 come novellato dalla citata l. n. 92 del 2012, decorra solo dalla comunicazione della sentenza o dalla notificazione della stessa se anteriore, senza che rilevi la lettura del provvedimento in esito all'udienza ai sensi dell'art. 429 c.p.c., attesa la specialità del rito rispetto alla disciplina ordinaria e la necessità di interpretare restrittiva-

mente la norma in tema di decadenza dall'impugnazione, escludendosi pertanto la possibilità di individuare un momento di decorrenza della stessa diverso da quello indicato dalla legge (Cass. 11 luglio 2016, n. 14098; Cass. 26 luglio 2018, n. 19862). Sul punto, questa Corte in particolare ha chiarito, ai fini qui d'interesse in relazione alla disposizione contenuta nell'art. 281-*sexies* c.p.c., che "la lettura della sentenza in udienza e la sottoscrizione, da parte del giudice, del verbale che la contiene, non solo equivalgono alla pubblicazione prescritta nei casi ordinari dall'art. 133 c.p.c., ma anche esonerano il cancelliere dall'onere della comunicazione". Ed ha precisato che "l'affermazione trova fondamento nel fatto che la lettura del provvedimento in udienza debba ritenersi conosciuta, con presunzione assoluta di legge, dalle parti presenti o che avrebbero dovuto essere presenti (Cass. 22659/2010, 20417/2006, 16304/2007, 4401/2006; Cass. ord. 17665/2004) e, inoltre, che siffatta soluzione è applicabile anche all'analoga disciplina introdotta per il rito del lavoro dall'art. 429, comma 1°, c.p.c., come modificato dall'art. 53, comma 2° del d.l. n. 112 del 2008, convertito nella l. n. 133 del 2008, in mancanza di diversa previsione ed atteso che l'art. 430 c.p.c. si riferisce ormai ai soli casi in cui il giudice non dia contestuale lettura del dispositivo e della motivazione della sentenza, oltretutto qualora, attesa la "particolare complessità della controversia", egli decida di limitarsi alla lettura del dispositivo (Cass. n. 24805 del 07/12/2015)". Inoltre, essa ha esplicitamente affermato che i "principi sopra richiamati non possono trovare applicazione nella fattispecie in esame perché essa è regolata dalla l. n. 92 del 2012, che ha introdotto un nuovo rito speciale, la cui disciplina può essere integrata dai principi processuali generali solo per gli aspetti in cui vi è lacuna del dettato normativo" (Cass. 5 aprile 2017, n. 8832, in motivazione, p.ti da 9 a 11).

11.5. Si comprende allora come la comunicazione, lungi dal poter essere (nonostante la sua positiva previsione di legge) pretermessa, sia anzi essenziale nel microsistema impugnatorio istituito dall'art. 702-*quater* c.p.c., in funzione della stabilizzazione degli effetti ("di cui all'art. 2909 del codice civile") della decisione soltanto "se non... appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione". Essa è pertanto necessaria anche laddove l'ordinanza sia stata pronunciata in udienza, perché, come condivisibilmente è stato affermato in dottrina, "dire che l'ordinanza pronunciata in udienza è conosciuta dalle parti e quindi si ha per pubblicata è... cosa diversa dall'affermare che tale pronuncia è idonea a soddisfare il requisito della comunicazione, prescritto dall'art. 702-*quater* c.p.c. per il decorso del termine breve". Si può quindi affermare che la cadenza acceleratoria del procedimento sommario di cognizione abbia avvio e perno di modulazione, non già nella volontà delle parti, ma proprio nella comunicazione, intesa come "completezza e certezza della notizia sulla possibilità di accedere al provvedimento e come disponibilità del suo testo.

12. Dalle argomentazioni appena svolte consegue l'applicabilità all'ordinanza ai sensi dell'art. 702-*quater* c.p.c., qualora essa non sia stata comunicata, anche del termine semestrale di impugnazione, in corrispondenza coerente all'esigenza di stabilizzazione della decisione, in funzione di certezza dei rapporti giuridici. Questa Corte ha già affermato (sia pure in contrasto con l'altro suo arresto del 6 giugno 2018, n. 14478) l'applicabilità del termine "lungo" di impugnazione nel procedimento sommario di cognizione (Cass. 27 giugno 2018, n. 16893), in una controversia che le ha devoluto solo tale esame, ma non anche di quello "breve" in riferimento alla comunicazione in caso di pronuncia dell'ordinanza in udienza, peraltro oggetto di un rapido passaggio (neppure vincolante, per la sua evidente natura di *obiter dictum*: Cass. 27 maggio 1997, n. 4686; Cass. 23 luglio 2004, n. 13824; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1815; Cass. 8 febbraio 2019, n. 3793). In particolare, essa ha affermato che "l'introduzione... di una norma specifica per regolare il termine breve per la proposizione dell'appello... cioè l'art. 702-*quater*, nell'ottica sistemica non può intendersi

come manifestazione di una *voluntas legis* escludente il termine lungo; esclusione che, d'altronde, sul piano letterale non può neppure ricavarsi dal riferimento agli "effetti di cui all'art. 2909 del codice civile", poiché quest'ultimo riferimento va inquadrato in quanto si è finora illustrato. Vale a dire, il provvedimento decisorio è impugnabile sempre o entro termine breve o entro termine lungo; l'introduzione di una specifica disciplina attinente al termine breve e agli effetti del suo decorso non può quindi assorbire in modo meramente implicito la via dell'art. 327. Nel contesto sistemico, allo scopo il legislatore avrebbe dovuto espressamente negare l'applicazione del termine lungo" (Cass. 27 giugno 2018, n. 16893, in motivazione, *sub* p.to 1.3.3). E ciò ritengono pure queste Sezioni unite, in esito alla ricostruzione del quadro normativo del procedimento sommario di cognizione (in particolare, al superiore punto 7), come speciale alternativo rispetto a quello ordinario di cognizione, dal quale ben possono essere attinte le disposizioni di ordine generale, a chiusura del sistema (nel caso di specie: in riferimento alla decadenza dall'impugnazione), quale è l'art. 327 c.p.c. in discussione: con la sua decorrenza dalla data di pubblicazione dell'ordinanza, che, come noto, si effettua con il deposito del provvedimento in cancelleria e costituisce l'"atto conclusivo del grado di giudizio" (Cass. 25 luglio 1997 n. 6987, citata con altri precedenti da: Cass. 27 giugno 2018, n. 16893, in motivazione, *sub* p.to 1.4.2.).

13. L'interpretazione offerta dell'art. 702-*quater* c.p.c., sotto i profili sia di literalità, sia di sistematicità, appare anche rispondente all'esigenza di individuare un punto di equilibrio della *ratio* acceleratoria (indubbiamente sussistente, al pari che nel modello decisionale configurato dall'art. 281-*sexies* c.p.c., anche nel procedimento sommario), quale prospettiva di interpretazione normativa assunta dal citato arresto in contrasto (Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, in motivazione, *sub* p.to 3.2), con l'attuazione del giusto processo, sotto i profili della garanzia di accesso al giudice e di tutela giurisdizionale dei diritti, in riferimento alla conoscenza certa (e non soltanto ad una conoscibilità presunta) della data di decorrenza del termine di appellabilità dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 702-*ter*, comma 6°, c.p.c., al fine di evitarne alla parte la decadenza.

13.1. Il tema dell'esigenza di una conoscenza effettiva e non di una conoscenza legale, che si risolve in una conoscibilità mera, è stato recentemente affrontato da queste Sezioni unite, in specifico riferimento all'individuazione, ai fini di decorrenza del termine di riassunzione del giudizio interrotto (ancorché automaticamente, per effetto della dichiarazione di fallimento di una delle parti, ai sensi dell'art. 43 l. fall.), dal momento in cui la dichiarazione giudiziale dell'interruzione stessa sia portata a conoscenza di ciascuna parte; sicché tale dichiarazione, qualora non sia già conosciuta in ragione della sua pronuncia in udienza ai sensi dell'art. 176, comma 2° c.p.c., deve essere notificata alle parti o al curatore da uno degli interessati o comunque comunicata dall'ufficio giudiziario (Cass. s.u. 7 maggio 2021, n. 12154).

(*Omissis*). 13.2. Nell'odierna controversia, parimenti certa deve essere la conoscenza del momento di decorrenza del termine di appellabilità dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 702-*ter*, comma 6° c.p.c.: e derivare da un mezzo di diffusione della notizia, garantito nella sua fonte, così da essere assistita da una fede privilegiata, nell'insufficienza di una conoscenza altrimenti acquisita. E mentre nel caso richiamato in comparazione la certezza (*id est*: effettività) della conoscenza, in assenza di una esplicita norma positiva, è stata ricavata in via di interpretazione sistematica, nel presente una tale certezza di individuazione del momento rilevante (decorrenza del termine di trenta giorni per l'appellabilità dell'ordinanza) è stata posta dal legislatore con una norma positiva ("dalla sua comunicazione o notificazione"). Sicché, solo una tale interpretazione assicura quell'interazione sinergica di valori tra il diritto, da una parte, di agire in giudizio (attraverso una tempestiva impugnazione) a

tutela dei propri diritti ed interessi e, dall'altra, il principio di una ragionevole durata del processo. Il rispetto dell'art. 3 Cost. sarebbe invece negato da un regime di decadenza dall'impugnazione, dipendente dalla scelta del singolo ufficio giudiziario di modalità processuali ed operative. (*Omissis*).

### Termini *ad impugnandum* e decorrenza dalla comunicazione

1. – Con la sentenza riprodotta in epigrafe le Sezioni unite chiariscono due importanti questioni: da un lato, indicano il *dies a quo* da cui decorre il termine di 30 giorni per l'appello avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione; dall'altro, dissipano le incertezze, che pure erano sorte nell'ambito dell'oramai abrogato rito, attorno all'applicabilità del c.d. termine lungo *ex art. 327 c.p.c.* <sup>(1)</sup> Tuttavia, la recente sostituzione degli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. con il «nuovo» procedimento semplificato (artt. 281-*decies* ss. c.p.c.) rende in primo luogo opportuno chiarire il perdurante interesse suscitato dalla pronuncia in oggetto <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Sugli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., introdotti dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, la letteratura è così abbondante che ogni elencazione nascerebbe inesorabilmente deficitaria. Di conseguenza, in questa sede ci sia consentito rinviare soltanto ad A. Tedoldi, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2016 (accresciuta rivisitazione di Id., *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna 2013) e a L. Dittrich, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, IV, Torino 2019, 5547 ss.

<sup>(2)</sup> Come noto, nell'intramontabile stagione delle riforme (sul tema, sono sempre attuali le riflessioni di B. Sassani, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in questa *Rivista* 2012, 1429 ss.), la c.d. riforma Cartabia abroga gli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., per fare posto, nel Libro II, a un riedito procedimento semplificato di cognizione (artt. 281-*decies* ss. c.p.c.). Mentre le nuove disposizioni si applicano alle cause incardinate successivamente al 28 febbraio 2023, per quelle pendenti alla stessa data continuano a operare le norme anteriormente vigenti (art. 35, comma 1°, d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Un'accurata analisi delle prime fasi di gestazione della novella, che muove dall'originario progetto AS n. 1662, si legge in R. Tiscini, *Nuove proposte di tutela sommaria tra il progetto Luiso e il suo "brutto anatrococo"*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2021, 1217 ss. Per una disamina degli artt. 281-*decies* ss. c.p.c., invece, si rimanda ai contributi di: A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, Torino 2023, 76 ss.; G. Balena, *Il (seminuovo) procedimento semplificato di cognizione*, in *Giusto proc. civ.* 2023, 1 ss.; G.P. Califano, *Il "rito semplificato" di cognizione*, Bologna 2023; A. Giussani, *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione*, in questa *Rivista* 2023, 632 ss.; F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, Milano 2023, 132 ss.; R. Masoni, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com); A.R. Mingolla, *Il processo semplificato, in Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. Cecchella, Bologna 2023, 169 ss.; A. Motto, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Infine, per un raffronto tra giudizio ordinario e procedimento semplificato, v. A.

In effetti, sui temi toccati dal Supremo Collegio, la c.d. riforma Cartabia opera un deciso cambio di rotta poiché, dopo aver rivestito il provvedimento conclusivo con la forma della sentenza, dispone che quest'ultima «è impugnabile nei modi ordinari» (art. 281-terdecies, comma 2°, c.p.c.)<sup>(3)</sup>.

Con riguardo alle fasi impugnatorie, dunque, si eliminano in radice i numerosi dubbi interpretativi sollevati dalla precedente disciplina e via via risolti dalla giurisprudenza di legittimità, compresi quelli relativi ai termini *ad impugnandum*<sup>(4)</sup>. Per quanto d'interesse, viene abbandonato il discusso meccanismo della «notificazione sotto veste di comunicazione» stabilito dal previgente art. 702-*quater* c.p.c. Come noto, in forza di questa tecnica acceleratoria, il soccombente avrebbe dovuto esperire l'appello avverso l'ordinanza conclusiva del giudizio sommario «entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione», se anteriore<sup>(5)</sup>. Nulla, invece, era previsto dal legislatore del 2009 in merito al c.d. termine lungo.

Come vedremo, proprio su questa disposizione si era fatto strada un indirizzo, poi censurato dalle Sezioni unite, che, ritenendo la conoscibilità del provvedimento finale reso in udienza equivalente alla comunicazione, faceva decorrere, per le parti costituite, il termine breve per l'appello dalla data dell'udienza stessa. Per giunta, secondo una certa lettura, anch'essa

Carratta, *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur. it.* 2023, 697 ss.

<sup>(3)</sup> Poiché è fuor di dubbio che il procedimento semplificato appartenga alla famiglia dei riti dichiarativi a cognizione piena ed esauriente, la sentenza risulta la forma più adeguata all'emanazione del provvedimento finale. Secondo A. Motto, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, cit., § 7 proprio questa configurazione «ha fatto venire meno l'esigenza di dettare regole speciali per il giudizio di gravame, che erano invece previste dagli artt. 702-*quater* e 348-*bis* c.p.c.» Sull'abbandono di una disciplina speciale per l'appello, cfr. anche R. Tiscini, *Art. 281-terdecies c.p.c. Decisione*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, coordinamento di M. Farina, Pisa 2023, 440.

<sup>(4)</sup> A titolo d'esempio, basti ricordare i contrasti ermeneutici che coinvolsero la forma dell'atto introduttivo del giudizio d'appello, poi risolti dalla giurisprudenza di legittimità a favore dell'atto di citazione: per tutte, v. Cass. 30 settembre 2019, n. 24379, con nota di C. Scalvini, *L'appello ex art. 702 quater c.p.c. si propone con atto di citazione*, in *Giur. it.* 2020, 1379 ss.

<sup>(5)</sup> In generale, un simile meccanismo ha lo scopo di comprimere le tempistiche per la formazione del giudicato (cfr. M.A. Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 1257). Si tratta, peraltro, di una tecnica di dubbia funzionalità, perché «è vero che il decorso automatico del termine breve per l'appello può ridurre il tempo complessivo del processo, inteso come somma del primo e del secondo grado, ma è anche vero, per contro, che la scelta della parte vittoriosa di non provocare la decorrenza del termine breve è di regola dettata da considerazioni 'strategiche', che spesso ottengono il risultato di evitare l'impugnazione» (L. Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in questa *Rivista* 2009, 1598).

prontamente respinta dalla Suprema Corte, il silenzio dell'art. 702-*quater* sul c.d. termine lungo avrebbe precluso l'applicazione dell'art. 327 c.p.c.<sup>(6)</sup>

Anche se il rimando ai modi ordinari per l'impugnabilità della sentenza impedisce ai suddetti indirizzi di riemergere nell'ambito del procedimento semplificato<sup>(7)</sup>, la rilevanza della pronuncia in esame non rimane comunque confinata ai giudizi sommari instaurati anteriormente al 1° marzo 2023.

Vista la portata sistemica dell'art. 327 c.p.c., senza dubbio non rimane limitato al «vecchio» rito l'interesse per quella parte della pronuncia che risolve la questione del mancato richiamo del c.d. termine lungo.

L'interesse, poi, è ancora maggiore con riguardo alla decorrenza del termine breve dalla comunicazione della cancelleria. Infatti, nonostante il superamento degli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., questo meccanismo acceleratorio continua a operare in altri non secondari contesti. Per esempio, stringendo l'obiettivo sul codice di rito, è noto che secondo l'art. 47, comma 2°, c.p.c. il regolamento necessario di competenza deve essere proposto «entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione della ordinanza»<sup>(8)</sup>. Inoltre, al di là del diritto vigente, nulla esclude che in futuro l'ennesimo taumaturgico rito speciale, introdotto per fare fronte a una giustizia civile costantemente in affanno, torni a fare leva proprio su questa tecnica.

Dunque, anche per questa parte la sentenza in commento non rimane superata dall'abrogazione del procedimento sommario. Più in particolare, si tratta di comprendere se, e in che misura, le ragioni addotte dal Supremo Collegio, sebbene formulate in merito al previgente art. 702-*quater*

<sup>(6)</sup> Su entrambe le questioni, v. *amplius* i prossimi §§.

<sup>(7)</sup> Infatti, riconducendo l'attivazione del termine breve per l'appello al monopolio della notifica di parte (artt. 281-*terdecies*, comma 2°, 285, 325 e 326 c.p.c.), nel rito semplificato la comunicazione del provvedimento finale torna a svolgere la sua «tradizionale» funzione (art. 133, comma 2°, c.p.c.), facendo così venire meno i presupposti che avevano dato luogo al primo orientamento riferito nel testo. Circa il secondo indirizzo, invece, il richiamo delle regole generali per impugnare la sentenza ricomprende ovviamente anche l'art. 327 c.p.c.

<sup>(8)</sup> Sul regolamento di competenza necessario, v. A. Fabbri, sub *artt.* 42-43, in F. Auletta, *Regolamento di giurisdizione e di competenza. Composizione del tribunale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2019, 72 ss. Per un'analisi delle modifiche apportate dalla riforma del 2022, v. A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 11 ss. Invece, per una disamina dell'art. 47, comma 2°, c.p.c. v. M. Acone, R. Lombardi, sub *art.* 47, in *Aa.Vv.*, *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, I, Torino 2012, 751 ss.

c.p.c., siano in grado di espandersi e guidare la giurisprudenza nell'applicazione di altre fattispecie di «notificazione sotto veste di comunicazione».

2. – L'11 ottobre 2017 veniva pronunciato in udienza il rigetto delle domande di protezione internazionale e umanitaria avanzate da un cittadino pakistano<sup>(9)</sup>; l'ordinanza veniva poi comunicata dalla cancelleria il 28 dicembre 2017; avverso di essa si proponeva gravame solo il 25 gennaio 2018. Successivamente, la Corte d'appello di Venezia dichiarava l'impugnazione tardiva e dunque inammissibile. Difatti, «coordinando le disposizioni dettate per il procedimento sommario di cognizione, con quelle relative alle ordinanze pronunciate nel corso del giudizio»<sup>(10)</sup>, la Corte territoriale ravvisava il *dies a quo* del termine per appellare nel giorno della pronuncia in udienza.

Con ricorso notificato il 27 gennaio 2020, il cittadino straniero adiva la Corte di cassazione sulla base di due motivi logicamente congiunti, con i quali deduceva: *in primis*, «violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c., per erronea conformazione a un modello procedimentale (...) di uno diverso, quale quello sommario di cognizione» e, *in secundis*,

---

<sup>(9)</sup> Come noto, il diritto alla protezione internazionale è garantito da un procedimento bifasico, articolato: a) in una prima fase necessaria, di natura amministrativa, che si svolge innanzi alle commissioni territoriali; b) in una seconda fase eventuale, di natura giurisdizionale, che si svolge presso le sezioni specializzate in materia di immigrazione (F. G. Del Rosso, *Il processo per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Diritto processuale dell'immigrazione*, a cura di G. Trisorio Liuzzi e D. Dalfino, Torino 2019, 5 s.). Sul piano della stabilità del rito, in materia si assiste ad alterne vicende, tanto che si discorre di «schizofrenia legislativa» (A.D. De Santis, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, in questa *Rivista* 2017, 1225). Oggi, la disciplina processuale non è più rappresentata dal modello di rito sommario - «obbligatorio» e non convertibile - da cui traggono spunto le Sezioni unite (un tempo regolamentato nell'art. 19 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150). Infatti, il legislatore, con il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 (conv., con modif., dalla l. 13 aprile 2017, n. 46), ha deciso di tornare alla situazione ante 2011, optando nuovamente per le modalità camerale: con la differenza, rispetto al passato, che questa volta l'art. 35-bis d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 esclude la reclamabilità della decisione. Per un'analisi del procedimento vigente, consulta I. Pagni, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it). Ancora più convulse, infine, sono le sorti che hanno interessato la c.d. protezione umanitaria. Difatti, dopo essere stata espunta dal d.l. 5 ottobre 2018, n. 133 (conv. con modif. dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132), questa forma di protezione viene nuovamente accolta dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 (conv., con modif. dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173) che, pur senza «nominare il permesso per motivi umanitari di fatto ha reintrodotto la stessa discrezionalità (...) prevista prima dell'intervento del D.L. 113/2018» (I. Pagni, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, cit., 3, nt. 6).

<sup>(10)</sup> Le disposizioni alle quali si fa riferimento sono, ovviamente, gli artt. 134 e 176 c.p.c.

«violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c., per non essere stato il difensore del richiedente avisato, all'udienza dell'11 ottobre 2017, che il giudice avrebbe letto il dispositivo in udienza dopo la camera di consiglio».

Alla luce dei motivi di ricorso, il Primo Presidente<sup>(11)</sup> riteneva opportuno l'intervento nomofilattico delle Sezioni unite, alle quali si chiedeva se: «anche quando la cancelleria abbia provveduto alla sua comunicazione integrale, il termine di impugnazione dell'ordinanza ai sensi dell'art. 702-*quater* c.p.c. decorra, per la parte costituita nelle controversie regolate dal rito sommario, dal giorno in cui essa sia stata pronunciata e letta in udienza, senza alcuna rilevanza delle circostanze dell'avvenuta lettura alla fine dell'udienza, in assenza della parte e non contestualmente alla trattazione della singola causa, né di alcun avviso previo ai difensori».

Come già anticipato, le Sezioni unite ritenevano altresì di comporre il contrasto interpretativo sorto in punto di appellabilità dell'ordinanza finale nel termine semestrale di cui all'art. 327 c.p.c.

3. – Cominciando dalla prima *quaestio iuris*, due erano gli orientamenti a contendersi il campo: da un lato, il filone maggioritario, rappresentato da Cass. 6 giugno 2018, n. 14478<sup>(12)</sup>, secondo cui il *dies a quo* del termine per appellare l'ordinanza conclusiva letta in udienza e inserita nel verbale<sup>(13)</sup> doveva individuarsi nella data dell'udienza stessa, sul presupposto che la pronuncia in tale sede equivallesse alla (e, pertanto, tenesse luogo della) comunicazione ai sensi degli artt. 134 e 176 c.p.c.<sup>(14)</sup>; dall'altro lato,

(11) Sollecitato dalla nota del 16 febbraio 2022 del Presidente della Sez. L., nella quale, fra l'altro, si rileva che l'interesse suscitato dalla questione oltrepassa ampiamente l'ambito della protezione internazionale.

(12) La decisione, sulla quale torneremo più volte, è annotata da C. Scalvini, *Per proporre l'appello ex art. 702 quater gioca unicamente il termine "breve"*, in *Giur. it.* 2019, 84 ss. e da P. Cardinale, in *Foro it.* 2019, 1006 ss. Aderiscono all'indirizzo, fra le altre: Cass. 15 dicembre 2020, n. 28609; Cass. 9 marzo 2021, n. 6454; Cass. 19 marzo 2021, n. 7866; Cass. 26 maggio 2021, n. 14669; Cass. 30 giugno 2021, n. 18679; Cass. 13 aprile 2022, n. 11995.

(13) Sono due condizioni essenziali: tant'è che Cass. 19 marzo 2021, n. 7866, pur avallando l'orientamento di Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, demolisce con rinvio per non avere il giudice, dopo essere rientrato dalla camera di consiglio, letto il provvedimento in udienza.

(14) L'indirizzo, come già riferito, era limitato alla parte costituita, in quanto l'art. 176, comma 2°, c.p.c., stabilisce che le «ordinanze pronunciate in udienza si ritengono conosciute dalle parti presenti e da quelle che dovevano comparirvi». A dire il vero, anche nel caso di decisione su riserva, nei confronti del contumace il termine di 30 giorni veniva attivato solo dalla notifica. Come è noto, infatti, benché gli artt. 134 e 176, comma 2°, c.p.c. stabiliscano che le ordinanze pronunciate fuori udienza devono essere comunicate a cura del cancelliere,

invece, c'era un indirizzo più recente, inaugurato da Cass. 18 maggio 2021, n. 13439<sup>(15)</sup>, per il quale doveva escludersi che il termine per l'appello potesse decorrere dal giorno della pronuncia in udienza, in quanto inapplicabile la disciplina dell'art. 281-*sexies* c.p.c.<sup>(16)</sup> Infatti, a detta della Sezione VI, l'art. 702-*quater* c.p.c. identificava chiaramente il *dies a quo* nel giorno della comunicazione di cancelleria o della notifica di parte, se antecedente<sup>(17)</sup>.

A essere recepito dal Supremo Collegio è questo secondo orientamento più garantista, con il quale viene individuato un punto d'equilibrio fra *ratio* acceleratoria del rito speciale e «attuazione del giusto processo».

In effetti, Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, basandosi esclusivamente sulla c.d. *ratio* acceleratoria, finiva per esasperare l'*intentio legis*.

Il principio della ragionevole durata del procedimento (art. 111, comma 2°, Cost.) non è tiranno e deve necessariamente bilanciarsi con il diritto di agire in giudizio (art. 24, comma 1°, Cost.), nel caso di specie con il diritto di impugnare. Per le Sezioni unite, al fine di scongiurare silenziose decadenze, il sistema richiede una conoscenza certa del *dies a quo* per la proposizione del gravame; certezza che, nel rito sommario, veniva ancorata dal legislatore del 2009 alla comunicazione e alla notifica.

Dal punto di vista operativo, dunque, i 30 giorni *ex* art. 702-*quater* c.p.c. per presentare l'appello decorrono dalla comunicazione di cancelleria (o dalla più celere notifica di parte): non soltanto, ovviamente, quando l'ordinanza conclusiva del rito sommario sia stata pronunciata a seguito di riserva, ma sempre e comunque, anche nel caso di definizione della controversia mediante lettura contestuale<sup>(18)</sup>.

4. – L'*iter* argomentativo affonda le proprie radici nell'impossibilità di considerare la pronuncia *ex* art. 702-*ter*, comma 5°, c.p.c. un'ordinanza di «diritto comune» e, pertanto, nella conseguente esclusione della regola in

---

lo «statuto» del contumace non prevede la comunicazione del provvedimento conclusivo (cfr. art. 292 c.p.c.).

<sup>(15)</sup> La pronuncia, reperibile in *Leggi d'Italia*, non sembra essere stata commentata nelle principali riviste giuridiche.

<sup>(16)</sup> Sul «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.», v. §§ 5 e 6.

<sup>(17)</sup> Come noto, nell'ambito di un più ampio ripensamento del giudizio di legittimità, la riforma del 2022 sopprime la Sezione VI e affida la relativa funzione di filtro a un inedito procedimento accelerato (art. 380-*bis* c.p.c.). Per un'analisi generale sulle novità relative al giudizio di cassazione, v. A. Graziosi, *Note sulla riforma del giudizio in cassazione nell'anno 2022*, in *Judicium*, 543 ss. Invece, sul nuovo art. 380-*bis* c.p.c., v. le riflessioni di B. Capponi, *Dei giudici monocratici in Cassazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>(18)</sup> Aderisce alle Sezioni unite Cass. 25 ottobre 2022, n. 31572.

forza della quale la conoscibilità derivante dalla lettura del provvedimento in udienza tiene luogo della comunicazione di cancelleria.

Per il Supremo Collegio, «natura e funzione decisoria» dell'ordinanza conclusiva consentono di escludere immediatamente l'applicabilità degli artt. 134 e 176 c.p.c.<sup>(19)</sup> Essa, in quanto sostanzialmente sentenza, non avrebbe potuto essere assoggettata alla presunzione di conoscenza stabilita dal codice di rito per i provvedimenti ordinatori<sup>(20)</sup>.

Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, peraltro, allo scopo di «rinforzare» l'adesione al regime degli artt. 134 e 176 c.p.c. faceva anche riferimento a talune norme più o meno analoghe al previgente art. 702-*quater* c.p.c.

Anzitutto, si richiamava la disciplina sul reclamo cautelare. In merito, però, si è osservato che nell'art. 699-*terdecies*, comma 1°, c.p.c. è la legge a fissare il *dies a quo*, oltre che nella data della comunicazione o della notifica, anche nel giorno della pronuncia in udienza<sup>(21)</sup>.

<sup>(19)</sup> In effetti, gli artt. 134 e 176 c.p.c. sembrano rispondere alla natura ordinatoria del provvedimento. È vero che l'art. 134, comma 1°, c.p.c. si riferisce anche al collegio, ma è pur vero che nel 1942 il codice di rito non prevedeva le numerose ordinanze decisorie man a mano sopravvenute (es.: art. 186-*quater* c.p.c.). Quindi, si potrebbe ritenere che i codificatori immaginassero soprattutto le ordinanze con cui il collegio riapre l'istruttoria, e cioè dei provvedimenti che proiettano i loro effetti nel giudizio in cui sono emessi. Secondo questa logica, l'inosservanza del c.d. onere di partecipazione non può risolversi nell'impossibilità d'impugnare un provvedimento decisorio. Difatti, in merito al ricorso straordinario *ex* art. 111, comma 7°, Cost., per le Sezioni unite è del tutto irrilevante l'eventuale pronuncia in udienza: il termine breve decorre soltanto a seguito di notifica. Per confortare il proprio orientamento, Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, p.to 3.12 sostiene che la predetta soluzione giurisprudenziale si giustifichi in quanto non si tratta di fattispecie in cui la decorrenza dalla comunicazione è prevista dalla legge. L'argomento, però, sembra specioso: come risaputo, l'istituto del ricorso straordinario è di elaborazione pretoria, ed è quindi «naturale» che la legge non intervenga a fissare il *dies a quo*, né tanto meno ad ancorarlo alla comunicazione di cancelleria. In realtà, unendo l'argomento ad altre pregnanti ragioni, le Sezioni unite sul ricorso straordinario insegnano che la «conoscibilità delle ordinanze, posta dall'art. 176, comma 2°, c.p.c., è destinata ad operare all'interno del singolo grado del processo ed è inidonea ad essere applicata ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione» (Cass., sez. un., 8 giugno 1998, n. 5615, con nota di C. Gamba, *Il ricorso straordinario in Cassazione contro le ordinanze decisorie: il decorso e l'ampiezza dei termini di impugnazione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 1999, 689 ss.; cfr. anche Cass. 25 luglio 2016, n. 15343).

<sup>(20)</sup> Anche per la sua attitudine alla formazione del giudicato (art. 702-*quater* c.p.c.). Era pacifico, comunque, che la forma del provvedimento conclusivo non potesse dissimulare la natura di sentenza: in dottrina, cfr. C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, 28ª ed., Torino 2022, IV, 366; in giurisprudenza, v. già Cass., sez. un., 10 luglio 2012, n. 11512.

<sup>(21)</sup> Lo rileva, fra gli altri, C.M. Cea, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*, § 3.1, che critica la scelta di svincolare il termine per l'impugnazione dalla notifica di sentenza: in quanto il rito sommario di cognizione, a differenza del giudizio cautelare, non era subordinato a ragioni di urgenza. Cfr. anche G. Balena, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.* 2009, V, 332.

Dunque, la parziale assonanza dell'art. 702-*quater* con l'art. 669-*terdecies*, comma 1°, c.p.c. avrebbe semmai imposto la soluzione contraria all'indirizzo invalso, cioè l'impossibilità di far decorrere il termine breve dalla data dell'udienza, in quanto non espressamente stabilito dalla legge<sup>(22)</sup>.

La prassi richiamava poi il c.d. filtro in appello. In effetti, prima dell'abolizione dell'istituto, pure l'art. 348-*ter*, comma 3°, c.p.c. collegava il *dies a quo* per l'impugnazione «alla comunicazione o notificazione, se anteriore» e, proprio come nel rito sommario, la giurisprudenza affermava che, nell'ipotesi di ordinanza-filtro emanata *coram partibus*, il termine breve per il ricorso per cassazione decorresse dal giorno dell'udienza<sup>(23)</sup>.

Tuttavia, nonostante qualche «affinità» di disciplina, la Suprema Corte non ritiene pertinente né il richiamo dell'art. 669-*terdecies*, comma 1°, né il riferimento all'art. 348-*ter*, comma 3°, c.p.c. Nel primo caso, si dice che è la natura cautelare della cognizione a giustificare la decorrenza del termine dal giorno dall'udienza<sup>(24)</sup>. Nel secondo, invece, si sottolinea la diversa funzione dell'ordinanza-filtro, la cui pronuncia innescava solo un termine per impugnare nuovamente la sentenza di prime cure, con la conseguenza che l'eccentricità dell'istituto rispetto agli schemi tradizionali impediva di riferirsi a esso per legittimare l'indirizzo censurato<sup>(25)</sup>.

(22) La giurisprudenza ritiene che, quando a essere coinvolti sono termini decadenziali, l'interpretazione non può che essere restrittiva, «derivandone, per ciò solo, l'impossibilità di far decorrere la decadenza (...) da un momento diverso rispetto a quello stabilito dalla legge e dunque in violazione del diritto di azione costituzionalmente tutelato» (Cass. 20 settembre 2016, n. 18403).

(23) Per tutte, v. Cass., sez. un., 19 giugno 2017, n. 15051. Sull'abolizione del c.d. filtro in appello e sull'introduzione di un modulo semplificato per i casi nei quali il giudice del gravame ravvisi la manifesta infondatezza o l'inammissibilità dell'impugnazione (art. 350-*bis* c.p.c.), v. L. Salvaneschi, *L'appello riformato*, in *www.judicium.it*, § 4.

(24) Nonché il conseguente diverso regime di stabilità, inidoneo al giudicato e soltanto «strumentale (sia pure con le diverse gradazioni previste dall'art. 669-*novies* c.p.c.) alla tutela cognitiva».

(25) Nel sistema codicistico non mancano ulteriori norme che agganciano il *dies a quo* alla comunicazione. Per esempio, in forza dell'art. 739, comma 2°, c.p.c., il reclamo dev'essere esperito «nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto, se è dato in confronto di una sola parte», ma è chiaro che – discendendo l'impostazione dalla natura unilaterale del procedimento – ogni paragone con questa norma sarebbe fuorviante; è anzi significativo che il termine torni a essere innescato esclusivamente dalla notifica quando il decreto è reso nei confronti di più parti (v. Cass. 25 settembre 2017, n. 22314). Un altro esempio è dato dall'art. 178, comma 3°, c.p.c.: il reclamo avverso la dichiarazione di estinzione del processo deve proporsi «nel termine perentorio di dieci giorni, decorrente dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza, o altrimenti decorrente dalla comunicazione dell'ordinanza medesima». Sul punto, si può richiamare quanto detto nel testo a proposito dell'art. 669-*terdecies*, comma 1°, c.p.c.: è l'espressa volontà del legislatore a individuare il *dies a quo* per il reclamo avverso l'ordinanza *ex* art. 308 c.p.c.

Per il vero, ancorché la sentenza in commento non ne faccia parola, Cass. 6 giugno 2018, n. 14478 si riferiva anche al regolamento necessario di competenza<sup>(26)</sup>. In effetti, l'interpretazione data dalla Cassazione all'art. 47, comma 2°, c.p.c. coincide esattamente con quella respinta dalle Sezioni unite sul terreno dell'art. 702-*quater* c.p.c. Nonostante l'art. 47, comma 2°, c.p.c. stabilisca che l'impugnazione deve essere proposta «entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione della ordinanza», secondo la giurisprudenza di legittimità quando il provvedimento che decide (solo) sulla competenza viene pronunciato e letto in udienza, i 30 giorni per la proposizione dell'istanza di regolamento decorrono dalla data dell'udienza stessa, e non dalla (successiva) comunicazione della cancelleria<sup>(27)</sup>.

Per il momento, osserviamo che anche l'ordinanza sulla competenza integra un provvedimento di carattere decisorio<sup>(28)</sup>. Dunque, se l'argomento principale utilizzato per escludere gli artt. 134 e 176 c.p.c. è costituito dalla decisorietà della pronuncia, quantomeno per coerenza con le premesse, lo stesso regime di conoscibilità e comunicazione non dovrebbe considerarsi applicabile neanche al provvedimento che statuisce sulla questione di competenza, poiché nemmeno quest'ultimo rappresenta una «ordinanza (tale nella sostanza, oltre che nella forma)»<sup>(29)</sup>.

---

nella data dell'udienza. Infine, ogni raffronto con l'art. 186-*quater*, comma 4°, c.p.c. sembra impedito, ancora una volta, dall'eccentricità della fattispecie: nonostante nessuno dubiti che l'ordinanza sia di natura decisoria, la sua emissione in udienza non fa decorrere un termine per impugnarla, ma solo i 30 giorni entro i quali l'intimato deve manifestare «la volontà che sia pronunciata la sentenza». Peraltro, anche in questo caso è il legislatore a individuare il *dies a quo* nel giorno dell'eventuale pronuncia in udienza dell'ordinanza.

<sup>(26)</sup> V. p.to 3.11.

<sup>(27)</sup> Fra le molte, v. Cass. 18 maggio 2023, n. 13735, la quale pur condividendo l'indirizzo riferito nel testo lo esclude per le ordinanze rese a seguito di udienza cartolare; cfr. anche Cass. 22 gennaio 2018, n. 1471. Come noto, con riguardo ai provvedimenti sulla (sola) competenza, è la l. 18 giugno 2009, n. 69 ad aver abbandonato la forma della sentenza a favore dell'ordinanza (cfr. F. Danovi, *La nuova disciplina dell'incompetenza*, in questa *Rivista* 2009, 1350). In passato, peraltro, la forma della sentenza non impediva comunque alla giurisprudenza di far decorrere il termine dell'art. 47, comma 2°, c.p.c. dal giorno dell'udienza (v., ad esempio, Cass. 24 luglio 2007, n. 16304). Ciò avveniva sulla base del «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.» (v. note 40 e 41).

<sup>(28)</sup> Naturalmente, impugnabili sono le ordinanze con le quali il giudice, «nell'esprimersi sulla questione di competenza, ha inteso fare luogo ad una valutazione che reputa non più discutibile ai sensi degli artt. 187, comma 3°, e 177, comma 1° c.p.c.» (Cass. 5 maggio 2023, n. 11801). Qualche problema di «identificazione» delle ordinanze a carattere decisorio potrebbe verificarsi con riguardo ai provvedimenti di segno affermativo. Sul tema, v. Cass., sez. un., 29 settembre 2014, n. 20449, con nota di A. Briguglio, *L'ordinanza "decisoria" sulla competenza ed il modo per giungervi: un compromesso con le Sezioni Unite affinché l'economia processuale giovi a tutti*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

<sup>(29)</sup> Secondo G. Lisella, *Modelli decisori nel procedimento sommario di cognizione e*

5. – L'inapplicabilità all'ordinanza conclusiva del regime stabilito dagli artt. 134 e 176 c.p.c., seppure unita alle distinzioni tracciate fra l'art. 702-*quater* c.p.c. e alcune altre norme «affini», non è però ancora sufficiente a eliminare ogni incertezza.

Il problema dell'individuazione del *dies a quo* per appellare nel termine di 30 giorni *ex art.* 702-*quater* c.p.c. giunge al vaglio delle Sezioni unite talmente intrecciato con l'art. 281-*sexies* c.p.c., che esso sembra dipendere anche dallo schema per la decisione a seguito di trattazione orale<sup>(30)</sup>.

In effetti, come si è detto, Cass. 18 maggio 2021, n. 13439 – ossia il precedente minoritario richiamato e poi accolto dal Supremo Collegio – individuava il *dies a quo* del termine breve nel giorno della comunicazione, «in quanto inapplicabile la diversa disciplina dell'art. 281-*sexies* c.p.c.». Inoltre, come pure s'è detto, gli stessi motivi di ricorso denunciavano «violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c., per erronea conformazione a questo modello procedimentale (...) di uno diverso, quale quello sommario»<sup>(31)</sup>.

Si riteneva da più parti, insomma, che l'art. 281-*sexies* c.p.c. facesse decorrere il termine di 30 giorni per l'appello dalla data della pronuncia in udienza. Questo spiega perché alla Suprema Corte non basti escludere

*termini per appellare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 304, il parallelismo contenuto in Cass. 6 giugno 2018, n. 14478 fra l'art. 702-*quater* c.p.c. e il regolamento necessario di competenza non era pertinente, perché pur «trattandosi di un mezzo di impugnazione, questo ha (...) ad oggetto una questione pregiudiziale (e non il merito della controversia) e non è idoneo a concludere il grado di giudizio». Non sembra, però, che la «natura» della questione possa giustificare un diverso trattamento da questo punto di vista. In ogni caso, nell'escludere il regime degli artt. 134 e 176 c.p.c., la Suprema Corte non fa distinzioni fra ordinanze sul rito e ordinanze che pronunciano nel merito.

<sup>(30)</sup> Come noto, il legislatore del 2009 si limitava a stabilire che il giudice, non appena espletata l'istruzione nel modo ritenuto opportuno, dovesse provvedere «all'accoglimento o al rigetto delle domande» (art. 702-*ter*, comma 5°, c.p.c.). L'assenza di una disciplina sulla fase decisoria, dunque, spingeva la prassi a seguire il modello «già in uso della sentenza a verbale» (Protocollo Tribunale di Bologna, § E.2). Sul punto, cfr. R. Tiscini, *Art. 281-terdecies c.p.c. Decisione*, cit., 441, nt. 7. Peraltro, con riguardo alla fase decisoria, la riforma del 2022 cambia impostazione ed estende al «nuovo» rito semplificato i moduli con trattazione orale previsti per il giudizio ordinario (art. 281-*terdecies*, comma 1°, c.p.c.): v. A. Motto, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, cit., § 7.

<sup>(31)</sup> Risulta emblematica anche la locandina del *webinar* – «Ordinanza *ex art.* 702-*ter* c.p.c. e termine breve di impugnazione in caso di pronuncia in udienza» – organizzato il 28 aprile 2022 dalla S.S.M. e da UniRoma3, in vista del pronunciamento delle Sezioni unite. Si legge, infatti, che l'adesione a un orientamento piuttosto che all'altro «implica, a monte, una scelta di campo in relazione tanto alla struttura del rito sommario (se, cioè esso abbia natura cognitiva o latamente cautelare), quanto ai modelli decisori ivi adottabili (se, cioè, possa trovare o meno applicazione la disciplina dettata dall'art. 281-*sexies* cod. proc. civ. e, in caso di risposta positiva, in quali termini)».

l'operatività degli artt. 134 e 176 c.p.c. Per ricondurre il *dies a quo* al giorno della comunicazione, essa deve altresì escludere che l'art. 702-*quater* c.p.c. possa interpretarsi secondo il «modello dell'art. 281-*sexies*»<sup>(32)</sup>.

Occorre subito dire, peraltro, che sul punto l'argomentazione del Supremo Collegio, benché apprezzabile nel risultato, diviene molto meno lineare della parte dedicata alla «disapplicazione» degli artt. 134 e 176 c.p.c.

Anzitutto, le Sezioni unite muovono da una «comparazione» fra il procedimento sommario e il modulo per la decisione a seguito di trattazione orale. Si evidenzia che i due istituti rappresentano «modelli procedurali alternativi», poiché secondo la precedente versione dell'art. 1-*ter*, comma 1°, l. 24 marzo 2001, n. 89, nelle «cause in cui non si applica il rito sommario di cognizione, ivi comprese quelle in grado d'appello, costituisce rimedio preventivo proporre istanza di decisione a seguito di trattazione orale a norma dell'art. 281-*sexies*»<sup>(33)</sup>.

Da questa prima parte, potrebbe addirittura sembrare che l'alternatività fra i due rimedi sia menzionata per ricavarne una sorta di incompatibilità su un piano generale, come a dire che il trattare la causa col rito sommario esclude la possibilità di deciderla sulla base dell'art. 281-*sexies* c.p.c.

Ma è evidente che non possa essere questo il senso della «comparazione». Infatti, non c'è dubbio che l'alternatività fra questi istituti si limiti agli effetti della c.d. legge Pinto, e non si vede perché da essa dovrebbe dedursi l'impossibilità di decidere la lite a seguito di trattazione orale

---

<sup>(32)</sup> La c.d. riforma Cartabia, allo scopo di allineare la disposizione alla prassi invalsa in alcuni uffici giudiziari, aggiunge nell'art. 281-*sexies* c.p.c. il comma 3°, stabilendovi che al «termine della discussione orale il giudice» se non provvede a emanare la decisione al cospetto delle parti, «deposita la sentenza nei successivi trenta giorni». Per un commento sistematico successivo alla riforma, v. A. D'Addazio, *Art. 281-sexies c.p.c. Decisione a seguito di trattazione orale*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, coordinamento di M. Farina, Pisa 2023, 362 ss.

<sup>(33)</sup> Come noto, in seguito alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 777°, l. 28 dicembre 2015, n. 208, la c.d. legge Pinto, da un lato, configura come diritto l'esercizio dei rimedi preventivi alla violazione della durata ragionevole del processo (art. 1-*bis*, comma 1°, l. 24 marzo 2001, n. 89), dall'altro, prevede il loro esperimento durante il giudizio presupposto come condizione d'ammissibilità della (successiva) domanda d'equa riparazione (art. 2, comma 1°, l. 24 marzo 2001, n. 89). In tema, v. il contributo di M. Negri, *Legge di stabilità 2016: modifiche alla L. n. 89/2001, c.d. Legge pinto*, in *Corr. giur.* 2016, 5 ss. Ovviamente, a seguito della riforma del 2022, l'art. 1-*ter*, comma 1°, l. 24 marzo 2001, n. 89 si riferisce al «nuovo» procedimento semplificato di cognizione. Per migliori ragguagli, v. G.P. Califano, *Il "rito semplificato" di cognizione*, cit., 51 ss.

nell'ambito di un rito speciale sguarnito di regole sulla fase decisoria, come il giudizio sommario di cognizione<sup>(34)</sup>.

Del resto, il legislatore del 2016, nell'individuare nell'istanza di decisione a seguito di discussione orale un rimedio preventivo-acceleratorio, muoveva semplicemente dal presupposto che non tutte le controversie potevano celebrarsi con le forme degli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. Tant'è vero che, contestualmente all'introduzione dei predetti rimedi, veniva esteso il campo applicativo dell'art. 281-*sexies* c.p.c. alle cause devolute al tribunale in formazione collegiale<sup>(35)</sup>, le quali come noto non erano ricomprese nel perimetro del giudizio sommario<sup>(36)</sup>.

Se non cadiamo in errore, la digressione sulla c.d. legge Pinto vuole esclusivamente chiarire, per il vero in un modo abbastanza singolare che, sebbene i due modelli procedurali (alternativi) avessero una «comune *ratio* acceleratoria» - come dimostra la loro natura di rimedio preventivo - nel rito sommario detta *ratio* trovava «sintomatica corrispondenza (...) nella funzione acceleratoria della comunicazione (...)\», la quale non poteva dunque essere pretermessa interpretando l'art. 702-*quater* sulla base dell'art. 281-*sexies* c.p.c.<sup>(37)</sup> In effetti, come si ricava dal prosieguo della parte motiva, la Suprema Corte fa discendere l'inapplicabilità del «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.» proprio dalla speciale funzione che l'art. 702-*quater* c.p.c. attribuiva alla comunicazione di cancelleria.

Prima di soffermarci, però, sulle ragioni di questa specialità, anzitutto giova comprendere in che modo la disciplina dell'art. 281-*sexies* c.p.c. comportasse l'anticipazione del *dies a quo* alla data della pronuncia in udienza. Ciò consentirà di meglio isolare la regola che, secondo le Sezioni unite, finisce per essere recessiva al confronto con (speciali) comunicazioni come quella stabilita dall'abrogato art. 702-*quater* c.p.c. Del resto, proprio

---

(34) Chi, come A. Romano, *La legge Pinto: commento alle modifiche contenute nella legge di stabilità 2016*, in *www.federalismi.it*, § 2, parla di «rapporto di alternatività» fra i rimedi lo fa soltanto in merito alla c.d. legge Pinto.

(35) Con una scelta che, sul piano del metodo, ha ricevuto fondate critiche: cfr., per tutti, G. Scarselli, *Le modifiche alla c.d. legge Pinto poste in essere dalla legge di stabilità 2016*, in *www.foroitaliano.it*.

(36) Sul campo operativo del procedimento semplificato, che invece si applica anche alle controversie devolute al tribunale in composizione collegiale, v. G. Balena, *Il (seminuovo) procedimento semplificato di cognizione*, cit., 3 ss.; G.P. Califano, *Il "rito semplificato" di cognizione*, cit., 10 ss., nonché 41 ss. Invece, sulla riduzione del perimetro della collegialità operata dalla c.d. riforma Cartabia, v. A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 15 s.

(37) Sulla ragionevole durata del processo come criterio di interpretazione delle singole disposizioni, v. le riflessioni (sempre attuali) di G. Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in questa *Rivista* 2011, specialmente 511 ss.

il richiamo della c.d. legge Pinto la dice lunga su quanto il riferimento al «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.» offuschi il tema sul quale è necessario portare l'attenzione.

In questo senso, è illuminante il richiamo delle Sezioni unite ai brani di Cass., sez. lav., 5 aprile 2017, n. 8832.

Qui, infatti, l'esclusione del «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.» passa attraverso il riferimento ai suoi «principi». In particolare, la Sezione lavoro escludeva che i «principi» sviluppatisi sull'art. 281-*sexies* c.p.c. potessero trovare applicazione nel reclamo Fornero<sup>(38)</sup>.

Per comprendere appieno questo passaggio, può essere utile ricordare che, con una disposizione simile all'art. 702-*quater* c.p.c., il previgente art. 1, comma 58°, l. 28 giugno, n. 92 faceva decorrere il termine per il reclamo avverso la sentenza sull'impugnativa di licenziamento «dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore»<sup>(39)</sup>.

In cosa consistano questi «principi», si apprende dagli stessi brani di Cass., sez. lav., 5 aprile 2017, n. 8832. Si legge, infatti, che la sentenza resa «in udienza e la sottoscrizione, da parte del giudice, del verbale che la contiene, non solo equivalgono alla pubblicazione prescritta nei casi ordinari dall'art. 133 c.p.c., ma anche esonerano il cancelliere dall'onere della comunicazione», in quanto la pronuncia così emanata deve «ritenersi conosciuta, con presunzione assoluta di legge, dalle parti presenti o che avrebbero dovuto essere presenti».

Come si vede, dunque, alla decisione emessa in udienza, la prassi estende *praeter legem* la presunzione di conoscenza stabilita dall'art. 176, comma 2°, c.p.c. per i provvedimenti ordinatori<sup>(40)</sup>. Pertanto, la regola di

<sup>(38)</sup> Dopo un'esperienza decennale, la c.d. riforma Cartabia abroga il c.d. rito Fornero e riporta le impugnative di licenziamento al rito del lavoro, introducendo, nel Libro II, Titolo IV, il Capo I-*bis* («Delle controversie relative ai licenziamenti»), composto dagli artt. 441-*bis* ss. Per un primo commento, v. A. Mengali, *Controversie relative ai licenziamenti*, in *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. Cecchella, Bologna 2023, 205 ss. Invece, sull'abrogato rito Fornero, si può consultare l'ampio volume di F.P. Luiso, R. Tiscini, A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino 2013. Naturalmente, il modulo decisorio rilevante in Cass., sez. lav., 5 aprile 2017, n. 8832 è quello disciplinato dall'art. 429, comma 1°, c.p.c. e introdotto dall'art. 53, comma 2°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv., con modif., dalla l. 6 agosto 2008, n. 133). La giurisprudenza, però, in ragione della sua sovrapponibilità strutturale con l'art. 281-*sexies* c.p.c., vi estende pacificamente i «principi» maturati nell'ambito di quest'ultima norma (*ex multis*, v. Cass. 11 febbraio 2021, n. 3394). Pertanto, ai fini del ragionamento che qui si conduce, questi due moduli risultano del tutto fungibili.

<sup>(39)</sup> La Suprema Corte parla di «evidente analogia» fra l'art. 702-*quater* c.p.c. e l'art. 1, comma 58°, l. 28 giugno 2012, n. 92.

<sup>(40)</sup> Poco dopo l'introduzione dell'art. 281-*sexies* c.p.c. (avvenuta in forza dell'art. 68,

conoscibilità della pronuncia resa in udienza - esclusa dalla Suprema Corte in virtù della decisorietà dell'ordinanza - viene applicata (anche) attraverso il «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.».

Questa estensione, fra le altre cose, spiega come mai indirizzi che anticipano il *dies a quo* al giorno dell'udienza emergano indipendentemente dalla forma del provvedimento: infatti, se la decisione è resa con ordinanza possono operare gli artt. 134 e 176 c.p.c.; se, invece, la decisione è data con sentenza - come nel caso del rito Fornero - comunque la stessa, identica presunzione di conoscenza può essere applicata attraverso il «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.»<sup>(41)</sup>

I «principi» risultano a tal punto mescolati con l'art. 281-*sexies* c.p.c. che non mancano pronunce in cui la Suprema Corte, senza distinguere fra modulo decisorio e regime di conoscibilità della decisione, per escludere la presunzione dell'art. 176, comma 2°, c.p.c., finisce con l'affermare che il legislatore non prevede la possibilità di definire la controversia seguendo lo schema della c.d. sentenza a verbale<sup>(42)</sup>.

d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51), si era autorevolmente osservato che «se è vero che “la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice” (...) ciò non toglie che il cancelliere debba dare, ugualmente, atto dell'avvenuto “deposito” (...), nonché dare “notizia alle parti che si sono costituite” (...). Invero, non appare invocabile – onde esonerare il cancelliere dalla comunicazione – l'art. 176, secondo comma, che solo per le “ordinanze” equipara la pronuncia in udienza alla conoscenza» (F. Auletta, *Le “specialità” del processo civile davanti al giudice monocratico del tribunale*, in questa *Rivista* 2001, 155). La giurisprudenza, invece, ha ritenuto che «il principio, stabilito dall'art. 176, secondo comma, c.p.c. per le ordinanze (...), è applicabile anche alle sentenze le volte in cui (...) in udienza sia data lettura non solo del dispositivo ma anche della motivazione, perché tale adempimento pone la parte in condizione di conoscere integralmente il tenore della decisione e quindi di predisporre le opportune difese, senza necessità di una successiva comunicazione ad opera del cancelliere, che sarebbe del tutto superflua e non apporterebbe alcun ulteriore elemento di conoscenza»: Cass. 1° febbraio 2001, n. 1388.

<sup>(41)</sup> È il caso, menzionato nella nota precedente, di Cass. 1° febbraio 2001, n. 1388 che, già prima del 2009, quando la decisione sulla competenza veniva data con sentenza, faceva decorrere il termine *ex art.* 47, comma 2°, c.p.c. dal giorno della pronuncia in udienza.

<sup>(42)</sup> Omettendo qui di citarne altre, è quanto si verifica nella pronuncia di Cass., sez. lav., 5 aprile 2017, n. 8832. La Sezione lavoro, pur avendo menzionato poco prima i «principi», per aggirare l'esonero della cancelleria e statuire la necessità della comunicazione, finisce per affermare che «secondo l'art. 1, comma 57°, l. 28 giugno 2012, n. 92, nella fase di opposizione: “La sentenza (...) deve essere depositata (...) entro dieci giorni dall'udienza di discussione”, e non è richiamata, almeno espressamente, la possibilità di definire il giudizio con la c.d. “sentenza contestuale”». Senonché, la questione su cui era chiamata ad esprimersi Cass., sez. lav., 5 aprile 2017, n. 8832 non atteneva alla possibilità di dirimere la lite *coram partibus*. Secondo il ricorrente, infatti, la Corte territoriale aveva «equiparato la lettura in udienza (...) alla comunicazione» della cancelleria. Dunque, la questione sollevata riguardava soltanto l'operatività dei «principi», cioè l'operatività della presunzione *ex art.* 176, comma 2°, c.p.c.

Non sembra, però, che problemi come quelli posti dall'abrogato art. 702-*quater* c.p.c. dipendano dalla possibilità di definire la controversia *coram partibus*. Essi, piuttosto, dipendono dal regime di conoscenza *ex art.* 176, comma 2°, c.p.c. che, per orientamento consolidato, accompagna da tempo le decisioni rese in udienza, e a cui la giurisprudenza usa riferirsi menzionando in blocco il «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.»

6. – Dunque, la prima questione sollevata attorno all'art. 702-*quater* c.p.c., benché connessa dalla prassi anche all'art. 281-*sexies* c.p.c., in realtà coinvolge soltanto, e ancora una volta, la presunzione di conoscenza del provvedimento emesso in udienza. Seppure da un altro angolo visuale, le Sezioni unite operano sempre sul piano dei rapporti che intercorrono fra gli art. 134 e 176 c.p.c. e il previgente art. 702-*quater* c.p.c.

Se la «diretta» disapplicazione degli artt. 134 e 176 c.p.c. discende dal carattere decisorio dell'ordinanza conclusiva del rito sommario, l'interpretazione ricalcata sul «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.» - cioè, la «indiretta» applicazione dell'art. 176 c.p.c. - viene invece esclusa in virtù della «palese specialità» della comunicazione prevista dall'abrogato art. 702-*quater* c.p.c.

In particolare, la comunicazione dell'art. 702-*quater* c.p.c. aveva «un carattere di palese specialità rispetto a quella della sentenza ordinariamente prevista», in quanto produttiva di un effetto che l'art. 133, comma 2°, c.p.c. espressamente esclude: il decorso del termine breve per impugnare.

Quando l'attività di cancelleria innesca il termine breve, per le Sezioni unite è chiaro che essa si discosti dalla comunicazione «tradizionale», svolgendo piuttosto la funzione che connota la notifica di parte. E se, come la notifica di parte, la comunicazione attiva il termine *ad impugnandum*, evidenti esigenze di difesa richiedono una conoscenza piena della motivazione, assicurata dalla materiale disponibilità del provvedimento, fra l'altro necessaria per organizzare i motivi di impugnazione sotto il profilo della relativa specificità<sup>(43)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Come noto, fino a tempi relativamente recenti, la comunicazione si distingueva dalla notifica, fra l'altro, perché non mirava ad assicurare una conoscenza integrale (dell'atto o) del provvedimento, bensì a fornirne una notizia sintetica ed essenziale (così, G. Balena, *Notificazione e comunicazione*, in *Dig. civ.*, XII, Torino 1995, 276). Da questo punto di vista, l'assetto è profondamente cambiato: secondo l'art. 45 disp. att. c.p.c. - ritoccato dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv., con modif., dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221) - il biglietto di cancelleria contiene sempre «il testo integrale del provvedimento comunicato»; ed egualmente prevede, per la comunicazione delle sentenze, l'art. 133, comma 2°, c.p.c., a sua volta interpolato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (conv., con modif., dalla l. 11 agosto 2014, n. 114).

Non sembra trattarsi, allora, esclusivamente di certezza nell'identificazione del *dies a quo*, ma, oltre a ciò, anche di pienezza ed effettività della conoscenza necessaria all'esercizio dell'impugnazione, poiché secondo le Sezioni unite la «cadenza acceleratoria del procedimento sommario» aveva «avvio e perno di modulazione, non già nella volontà delle parti, ma proprio nella *comunicazione* intesa come “completezza e certezza della notizia sulla possibilità di accedere al provvedimento e come disponibilità del suo testo”»<sup>(44)</sup>. Anche questa sembra essere una delle ragioni su cui si basa la «necessità di interpretare restrittivamente la norma in tema di decadenza dall'impugnazione, escludendosi pertanto la possibilità di individuare un momento di decorrenza della stessa diverso da quello indicato dalla legge».

Facendo spirare il termine dal giorno dell'udienza, in effetti, l'indirizzo censurato rischiava di subordinare la concreta ampiezza dello *spatium deliberandi* concesso dalla legge all'efficienza dei singoli uffici giudiziari; per giunta, nell'ambito di un sistema che addossa alle parti l'onere di

---

Secondo Cass. 6 marzo 2018, n. 5172 si viene così incontro al «processo civile telematico (per il quale è paradossalmente più complessa ed incongrua un'attività di estrapolazione, dal documento depositato per via telematica per intero, del solo dispositivo)». Al di là delle ragioni che ne hanno determinato l'avvento, la trasmissione integrale generalizzata recava con sé un rischio congenito: l'immissione nella disponibilità dell'intero provvedimento avrebbe potuto spingere taluni a ravvisarvi un'equivalenza con la notifica e, quindi, a considerarla idonea a far spirare il termine breve *ad impugnandum* (nello stesso senso, v. F. Cossignani, *Processo civile telematico: deposito, notificazioni e comunicazioni*, in *Giur. it.* 2017, 979). Pertanto, subito dopo aver prescritto che la comunicazione d'avenuto deposito deve contenere il testo integrale della sentenza, a scanso d'equivoci – con lo stesso d.l. 24 giugno 2014, n. 90 – il legislatore chiarisce che l'attività di cancelleria «non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni di cui all'art. 325». Per G. Lisella, *Modelli decisori nel procedimento sommario di cognizione e termini per appellare*, cit., 316, nt. 60, la modifica non avrebbe senso se non volesse prevenire una generalizzazione – per mano pretoria – di quelle «speciali» comunicazioni che innescano il termine breve *ad impugnandum* (nello stesso senso, peraltro, già Cass. 5 novembre 2014, n. 23526). A ben riflettere, proprio quest'ultima modifica dimostra che anche per il legislatore il termine breve non può decorrere se non dalla notizia di accessibilità del provvedimento: infatti, se la necessità di stabilire che la comunicazione è generalmente inidonea a far spirare i termini *ex art. 325 c.p.c.* viene avvertita solo quando si prescrive di trasmettere il provvedimento integrale, si può desumere che per il legislatore né la comunicazione del solo dispositivo né, tanto meno, la mera conoscenza presuntivamente derivante dalla pronuncia in udienza sono ritenuti sufficienti allo scopo.

<sup>(44)</sup> V. G. Lisella, *Modelli decisori nel procedimento sommario di cognizione e termini per appellare*, cit., 317. Sulla necessità che la «notificazione sotto veste di comunicazione» veicoli l'intera pronuncia si era espressa già Cass. 8 novembre 2002, n. 15698. In merito al rito sommario, ciò era suggerito anche dai primi commentatori della riforma del 2009 (v., fra gli altri, G.F. Ricci, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, cit., 114 e A.A. Romano, *Appunti sul nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 200).

specificità dei motivi d'appello (art. 342 c.p.c.)<sup>(45)</sup>. È ben vero che secondo i moduli decisorî a trattazione orale il verbale che contiene il provvedimento dopo la sottoscrizione deve essere immediatamente depositato<sup>(46)</sup>, ma l'esperienza insegna che la sua effettiva accessibilità può risultare in concreto condizionata dalle diverse modalità operative dei singoli fori<sup>(47)</sup>.

Benché minimo, qualsiasi intervallo tra la lettura della decisione e la sua disponibilità rischiava di favorire disparità di trattamento fra appellanti. Inoltre, come si è osservato, identificare il *dies a quo* nel giorno dell'udienza, e non in quello di accessibilità della decisione, significava dare luogo anche a una «disparità rispetto agli altri riti a cognizione

<sup>(45)</sup> A quanto pare, è Cass. 23 marzo 2017, n. 7401 che, al fine di rimarcare l'insufficienza della trasmissione del solo dispositivo, per la prima volta fa leva sulla specificità dei motivi di gravame. Inoltre, per G. Lisella, *Modelli decisorî nel procedimento sommario di cognizione e termini per appellare*, cit., 312 ss., la trasmissione dell'intero provvedimento si rende necessaria anche per l'adempimento previsto dall'art. 347, comma 2°, c.p.c. Sul *restyling* dell'art. 342 c.p.c. operato dalla riforma del 2022, v. A. Aniello, *Art. 342 c.p.c. Forma dell'appello*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, coordinamento di M. Farina, Pisa 2023, 471 ss.

<sup>(46)</sup> Cass. 29 maggio 2015, n. 11176 - in un caso in cui si asseriva la nullità della sentenza in quanto, «pur essendo stati letti sia il dispositivo che la motivazione (...) in data 18 giugno 2013, il deposito in cancelleria è avvenuto soltanto in data 5 novembre 2013» - afferma che l'«intervallo tra l'udienza di discussione conclusa con la sentenza (...) e il «deposito» in cancelleria, oltre a comportare evidenti incertezze applicative (mancando la precisa indicazione del periodo rilevante), non appare decisivo poiché, in sé solo considerato, prescinde dallo scopo che il legislatore ha inteso perseguire con l'imposizione dell'adempimento». Per la Suprema Corte, il deposito sarebbe finalizzato a permettere gli adempimenti del cancelliere (apposizione di data e sottoscrizione, attribuzione del numero identificativo, ecc.), nonché «a consentire alle parti di chiedere il rilascio di copia della sentenza munita di numero identificativo». Si trattava, occorre dire, di un caso in cui non assumeva rilevanza il momento del deposito, in quanto l'impugnazione era stata proposta entro il termine semestrale. Come che sia, al di là dell'ipotizzata invalidità della sentenza per mancato raggiungimento dello scopo, preme rilevare che secondo la Cassazione il deposito della sentenza-verbale ha (anche) lo scopo di garantire alle parti di ottenere il rilascio di copia.

<sup>(47)</sup> Il processo civile telematico pur riducendone il rischio non elimina comunque *in toto* possibili ritardi o disfunzioni. Per le più disparate ragioni, infatti, il verbale potrebbe non essere reso «immediatamente» disponibile in cancelleria o nel fascicolo telematico, soprattutto laddove i carichi di lavoro sono più pressanti. Peraltro, secondo la citata Cass. 29 maggio 2015, n. 11176, benché il processo civile telematico consenta «alle parti di accedere a tutti gli atti del giudizio e in particolare alla sentenza pubblicata ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c., e di estrarne copia direttamente certificata conforme dal difensore è comunque sempre necessario il compimento delle formalità di deposito da parte del cancelliere per accedere alla sentenza munita di numero identificativo». È appena il caso di aggiungere, infine, che la soluzione ideale non può certamente essere il rimedio della restituzione in termini (art. 153, comma 2°, c.p.c.). Oltre ad allungare i tempi, esso si espone al problema della discrezionalità del giudice.

piena», in quanto nel giudizio sommario si sarebbe resa incerta «l'effettiva spendibilità delle tempistiche per impugnare»<sup>(48)</sup>.

Al contrario, la soluzione adottata, implicando la perfetta coincidenza fra il momento in cui il provvedimento viene reso disponibile e il momento a partire dal quale il termine inizia a decorrere, assicura il rispetto dell'art. 3 Cost., che per la Suprema Corte «sarebbe invece negato da un regime di decadenza dall'impugnazione (...) dipendente dalla scelta del singolo ufficio giudiziario di modalità processuali e operative».

7. – In apertura, ci si è domandati se le ragioni addotte dal Supremo Collegio, benché formulate in merito al previgente art. 702-*quater* c.p.c., possano orientare la giurisprudenza anche nell'ambito di altre fattispecie di «notificazione sotto veste di comunicazione». La risposta, sulla base di quanto precede, ci sembra che debba essere positiva.

Le Sezioni unite, infatti, esprimono un indirizzo sorretto da argomenti che trascendono di gran lunga le specificità dell'abrogato rito sommario: il carattere decisivo del provvedimento; l'insufficienza di una conoscenza meramente presunta della data di decorrenza del termine per impugnare; la necessaria attivazione di quest'ultimo solo a partire dal momento in cui la pronuncia venga resa materialmente disponibile attraverso, appunto, la comunicazione di cancelleria; nonché, il canone di stretta interpretazione delle norme sulla decadenza, che impone di non individuare un *dies quo* diverso da quello espressamente previsto dal legislatore, soprattutto - viene da aggiungere - sulla base del c.d. onere di partecipazione.

Si tratta, in definitiva, di una serie di argomenti con cui si stabilisce un punto di equilibrio fra la *ratio* acceleratoria della comunicazione che attiva il termine breve e il diritto di accesso al giudice attraverso una tempestiva impugnazione. Sicché, è forse giunto il momento di sancire in via generale, senza più limitarsi a questo o quel rito, che l'equivalenza fra la pronuncia in udienza e la comunicazione prevista dagli artt. 134 e 176 c.p.c. (o, il che è lo stesso, il «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.») può legittimarsi solo nei casi in cui l'attività della cancelleria non sia idonea a far decorrere i termini per impugnare (art. 133, comma 2°, c.p.c.)<sup>(49)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> G. Lisella, *Modelli decisori nel procedimento sommario di cognizione e termini per appellare*, cit., 318 s.

<sup>(49)</sup> L'esperienza del rito sommario insegna che la mera esclusione del «modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c.» in questo o quel rito, successiva all'insorgenza di contrasti giurisprudenziali sul punto, è una soluzione inidonea a guidare la prassi. Invero, nonostante già nel 2016 la Cassazione avesse ripetutamente chiarito (fra le tante, cfr. Cass., sez. lav., 11 luglio 2016, n. 14098; Cass., sez. lav., 19 agosto 2016, n. 17211; Cass., sez. lav., 20 settembre

Così, peraltro, si darebbe una spiegazione «sistematica» a tutte quelle fattispecie in cui il legislatore, pur facendo ricorso alla forma dell'ordinanza, al contempo individua espressamente il *dies a quo* (anche) nel giorno dell'udienza (es.: 669-*terdecies*, comma 1°, c.p.c., ecc.).

Riprendendo la provocazione formulata in apertura, una fattispecie di diritto vigente a cui si potrebbe immaginare di estendere l'indirizzo delle Sezioni unite è quella del regolamento di competenza necessario. Che la forma del provvedimento sia l'ordinanza non solo non è considerato un elemento impediente dalla Suprema Corte, ma anzi di per sé solo insufficiente. Quando il provvedimento è nella sostanza una sentenza, come lo è l'ordinanza sulla competenza, il regime di conoscibilità previsto dagli artt. 134 e 176 c.p.c. per i provvedimenti ordinatori non può comportare l'arretramento del *dies a quo* al giorno dell'udienza. Né tale arretramento potrebbe giustificarsi sostenendosi che l'ordinanza decida su questione a contenuto «semplice»: non di rado, i provvedimenti sulla competenza si concretano in pagine e pagine di argomentazioni.

È indubbio che l'art. 47, comma 2°, c.p.c. risponda a precise esigenze di sistema, e cioè ad evitare che l'inerzia delle parti possa protrarre lo stato di incertezza attorno al giudice legittimato a decidere la causa. Ma la *ratio* acceleratoria informa ogni «notificazione sotto veste di comunicazione» e, come detto nelle battute iniziali, il principio della ragionevole durata del processo non è tiranno. Esso deve necessariamente bilanciarsi con il diritto di adire il giudice attraverso una tempestiva impugnazione.

8. – Ben più lineare, anche sotto il profilo argomentativo, risulta invece la soluzione indicata dal Supremo Collegio in merito alla seconda *quaestio iuris*. In dottrina, nonostante il silenzio dell'art. 702-*quater* c.p.c., erano sorti pochi dubbi sull'operatività del c.d. termine lungo. Sin dai primi commenti, infatti, si era suggerito di presidiare la stabilità dell'ordinanza conclusiva del rito sommario di cognizione attraverso l'art. 327 c.p.c.<sup>(50)</sup>.

---

2016, n. 18403) che nell'ambito del c.d. rito Fornero il termine per il reclamo decorresse dalla comunicazione, l'«evidente analogia» fra l'art. 1, comma 58°, l. 28 giugno 2012, n. 92 e l'art. 702-*quater* c.p.c. non ha affatto dissuaso la prassi del rito sommario dall'applicare all'ordinanza conclusiva i «principi» dell'art. 281-*sexies* c.p.c.

<sup>(50)</sup> Parla d'una «vera e propria 'spaccatura' tra gli studiosi» C. Scalvini, *Per proporre l'appello ex art. 702 quater gioca unicamente il termine "breve"*, cit., 86. A dire il vero, l'operatività dell'art. 327 c.p.c. registra subito larghissime adesioni: G. Arieta, *Il rito "semplificato" di cognizione*, cit., 24; M. Bove, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-bis ss. c.p.c.*, cit., § 6; C.M. Cea, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, cit., § 3.1; A. Carratta, *Le modifiche al quarto libro del codice*, in *Come cambia il processo civile*, a cura di C. Mandrioli, A. Carratta, Torino 2009, 161; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale*

Ciò nonostante, l'improvvida Cass. 6 giugno 2018, n. 14478<sup>(51)</sup>, glisando *in toto* sulle potenziali ricadute, aveva affermato che il termine lungo, decorrente dal deposito del provvedimento, fosse del tutto incompatibile con la scelta acceleratoria alla base del previgente art. 702-*quater* c.p.c.

Secondo questa lettura, il legislatore avrebbe voluto far «scadere in ogni caso il termine per l'appello con il passaggio di trenta giorni dall'emanazione dell'ordinanza, prolungati dai soli tempi tecnici» affinché questa fosse portata a conoscenza delle parti dal cancelliere o, in alternativa, dalla più celere notifica<sup>(52)</sup>. In altre parole, lungi dal trattarsi di una vera lacuna normativa, il mancato richiamo dell'art. 327 c.p.c. sarebbe stato coerente con la *ratio* acceleratoria del rito sommario.

Com'era facilmente prevedibile, l'impostazione sarebbe stata respinta, non foss'altro perché in grado di dare vita a decisioni «eternamente riformabili». Anzi, a dirla tutta, quello delle Sezioni unite costituiva un approccio «a rime obbligate»: equiparata l'ordinanza conclusiva del giudizio alla sentenza<sup>(53)</sup>, l'applicazione dell'art. 327 c.p.c. discende giocoforza dal sistema «in funzione di certezza dei rapporti giuridici»<sup>(54)</sup>.

*civile*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2012, III, 376; L. Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 1598; C. Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, in questa *Rivista* 2010, 101; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 7<sup>a</sup> ed., Milano 2013, IV, 140; M.A. Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, cit., 1257; P. Porreca, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 856; A.A. Romano, *Appunti sul nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 200; A. Tedoldi, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., 667. Secondo G. Basilio, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 764, «il legislatore voleva creare i presupposti per l'esclusione dell'applicazione dell'art. 327, però non lo ha potuto dire espressamente in una norma, perché sarebbe stata illegittima. Questa, pertanto, è una conclusione che non si può ricavare neppure in via esegetica», al contrario di quanto ritengono S. Menchini, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.* 2009, 1032 e D. Volpino, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 70. Infine, registrano l'esistenza di dubbi sull'applicabilità dell'art. 327 c.p.c. A. Bucci, A. Soldi, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova 2009, 192 e A. Scala, *L'appello nel procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.* 2010, 738.

<sup>(51)</sup> Alla dottrina favorevole citata nella nota che precede, *adde* G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 5<sup>a</sup> ed., III, Bari 2019, 13, nt. 29, il quale sdrammatizza Cass. 6 giugno 2018, n. 14478, inquadrando la digressione sull'art. 327 c.p.c. come *obiter dictum*. In ogni caso, seppure smentita più volte (per esempio, da Cass. 13 dicembre 2019, n. 32961 e Cass. 18 maggio 2021, n. 13439), la pronuncia è stata seguita (almeno) da Cass. 15 dicembre 2020, n. 28609 e Cass. 13 aprile 2022, n. 11995. Infine, a ridosso della rimessione alle Sezioni unite, l'applicabilità dell'art. 327 c.p.c. viene confermata anche da Cass. 21 febbraio 2022, n. 5561, con nota adesiva di R. Tiscini, *Procedimento sommario di cognizione e termine lungo per impugnare*, in *Giur. it.* 2022, 2130 ss.

<sup>(52)</sup> Così, Cass. 6 giugno 2018, n. 14478.

<sup>(53)</sup> Sull'effettiva natura dell'ordinanza *ex art. 702-ter*, comma 5°, c.p.c., ci siamo soffermati nel § 4.

<sup>(54)</sup> Del resto, gli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. assicuravano anche l'attitudine alla stabilità

Ciò spiega, fra le altre cose, come mai esse vi giungano non all'esito di una complessa argomentazione, bensì richiamando una delle ragioni che avevano già condotto allo stesso risultato Cass. 27 giugno 2018, n. 16893<sup>(55)</sup>. Più in particolare, le Sezioni unite aderiscono al condivisibile

---

della cosa giudicata (cfr. art. 702-*quater* c.p.c.). È difficile comprendere come mai Cass. 6 giugno 2018, n. 14478 non contempri possibili disfunzioni di cancelleria. Eppure, il rischio è sempre dietro l'angolo, come dimostra la vicenda giudiziaria sfociata in Cass. 27 giugno 2018, n. 16893, annotata da P. Cardinale, *Sull'applicabilità del termine di impugnazione semestrale in caso di appello avverso l'ordinanza conclusiva del rito sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.* 2019, 829 ss. Più precisamente, l'ordinanza *ex art. 702-ter* c.p.c. – appellata il 28 luglio 2014 – veniva emessa il 22 novembre 2013 senza essere mai comunicata, ma solo notificata, unitamente al precetto, il 26 giugno 2014. Lo scenario evocato da Cass. 6 giugno 2018, n. 14478 riporta all'esperienza del Codice Pisanelli, nel quale, non figurando un equivalente dell'art. 327 c.p.c., il termine per impugnare la sentenza spirava soltanto a seguito di notifica. Tant'è vero che, per scongiurare giudizi *sine die*, alimentati dall'inerzia delle parti, in dottrina si fece strada l'opinione secondo cui, come ogni diritto, anche il diritto a impugnare si sarebbe comunque prescritto in trent'anni (art. 2135 c.c. 1865), con decorrenza immediata dalla pubblicazione (sul punto, v. S. Caporusso, *La "consumazione" del potere d'impugnazione*, Napoli 2011, 17, 48, nt. 127, 77 s.). Al di là delle suggestioni, si è detto che secondo taluni (v. nt. 50), subordinando esclusivamente alla comunicazione e alla notifica la stabilità della *res iudicata*, nel 2009 si sarebbero voluti creare i presupposti per escludere l'art. 327 c.p.c. Secondo R. Tiscini, *Procedimento sommario di cognizione e termine lungo per impugnare*, cit., 2133: «la tesi – che pure è stata sostenuta nel tempo – è nel senso che, se il decorso del termine lungo dalla data della pubblicazione opera quando manca la notificazione, esso ha senso solo quando posto in alternativa alla notificazione stessa. Quando invece il termine breve decorre da un'attività parimenti officiosa – la comunicazione – perde di senso abbinare a quest'ultima il termine lungo, essendo la comunicazione attività degli uffici che, in ipotesi, dovrebbe sempre essere compiuta». Anche a non voler considerare che la «teoria» risulta *de jure condito* insufficiente per il contumace (perché, come noto, la sua tutela non contempla la comunicazione del provvedimento; cosicché, in mancanza di notifica – non operando l'art. 327 c.p.c. – la parte non costituita conserverebbe il potere d'impugnare), l'impostazione sembra sovrapporre i concetti di officiosità e di automaticità, non calcolando che, come già detto, per N disfunzioni l'attività di cancelleria potrebbe essere omessa. In un caso del genere, la stabilizzazione dell'accertamento deve passare attraverso l'art. 327 c.p.c., che salda il potere di ridiscutere la decisione a una tecnica processuale (non officiosa ma) automatica – votata all'ordine pubblico e di sicura funzionalità: invero, essendo un effetto della pubblicazione, il termine semestrale decorre *ex se* dal momento in cui il provvedimento conclusivo è considerato giuridicamente esistente (v. F. Marelli, *Gli atti processuali*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, I, Torino 2019, 1120).

<sup>(55)</sup> Si tratta della prima delle pronunce che contraddicono l'orientamento espresso da Cass. 6 giugno 2018, n. 14478 (v. nt. 51). Almeno un cenno merita il riferimento contenuto in Cass. 27 giugno 2018, n. 16893 relativo alla giurisprudenza sul ricorso *ex art. 111*, comma 7°, c.p.c. Si legge che in tutti i casi in cui «un provvedimento formalmente non qualificato sentenza costituisce ordinanza a contenuto decisorio, la giurisprudenza di legittimità - sviluppatasi precipuamente per il ricorso straordinario ma di contenuto generale - ha fin da tempi risalenti riconosciuto l'inserimento nel sistema, nel senso dell'applicazione dell'articolo 327». Cfr. anche R. Tiscini, *Procedimento sommario di cognizione e termine lungo per impugnare*, cit.

argomento secondo cui il silenzio di una norma speciale sul termine breve (art. 702-*quater* c.p.c.), interpretato alla luce del sistema, non può ritenersi sufficiente a supporre la *intentio legis* di non far operare l'art. 327 c.p.c.

L'esclusione di una norma di rilevanza sistemica come l'art. 327 c.p.c. necessita di una volontà legislativa espressa, che non può ricavarsi semplicemente facendo leva sulla c.d. *ratio* acceleratoria del procedimento<sup>(56)</sup>.

Dal punto vista operativo, il *dies a quo* viene identificato nella «data di pubblicazione dell'ordinanza, che, come noto, si effettua con il deposito del provvedimento in cancelleria»<sup>(57)</sup>. La Suprema Corte, quindi, in merito al c.d. termine lungo, non distingue fra decisione emessa in udienza ovvero emanata a seguito di riserva, con la conseguenza che i sei mesi decorrono sempre e comunque dalla data del deposito, anche quando la causa viene definita con ordinanza pronunciata *coram partibus*.

Avviandoci alla conclusione, c'è un ultimo passaggio argomentativo che merita di essere evidenziato. Subito dopo aver chiarito che il silenzio della norma speciale sul termine breve deve essere calato nel sistema e che, viste le ragioni di certezza che ispirano l'art. 327 c.p.c., di per sé solo il silenzio non può essere inteso in senso escludente, la Suprema Corte esplicita un corollario rimasto solo sottinteso in Cass. 27 giugno 2018, n. 16893.

In particolare, si afferma che dagli artt. 163 ss. c.p.c. «ben possono essere attinte le disposizioni di ordine generale, a chiusura del sistema», come, nel caso di specie, l'art. 327 c.p.c. In effetti, per quanto non espressamente disposto, le norme speciali non escludono, anzi richiamano l'applicazione delle regole generali.

Seppur enunciato con riguardo al giudizio sommario, questo criterio ermeneutico risulta a maggior ragione valevole per gli artt. 281-*decies* ss. c.p.c. Del resto, il «nuovo» procedimento semplificato, ancorché munito di un impianto normativo più robusto di quello appartenuto al suo predecessore, comunque consta di un numero esiguo di disposizioni. E non c'è dubbio che la sua integrazione debba avvenire in primo luogo attraverso gli artt. 163 ss. c.p.c., salve le incompatibilità derivanti dalla «natura» del rito o dalla sua speciale disciplina<sup>(58)</sup>.

<sup>(56)</sup> Ciò risulta anche dalla *Relazione al Re*, § 30, in cui si legge che l'art. 327 c.p.c. stabilisce un «termine generale decorrente dalla pubblicazione (...), scorso il quale la parte decade, salvi i casi espressamente eccettuati». Sul tema, cfr. anche R. Tiscini, *Procedimento sommario di cognizione e termine lungo per impugnare*, cit., 2135.

<sup>(57)</sup> Già P. Porreca, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, cit., 854, suggeriva d'applicare in via analogica l'art. 133, comma 1°, c.p.c., per il quale la «sentenza è resa pubblica mediante deposito nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata».

<sup>(58)</sup> Secondo G. Balena, *Il (seminuovo) procedimento semplificato di cognizione*, cit., 19,

Oggi, nonostante l'assenza di norme di rinvio sulla falsariga degli artt. 281-*bis* e 311 c.p.c., questo canone ermeneutico si regge su basi ancora più solide. Invero, in attuazione del criterio direttivo *ex art.* 1, comma 5°, lett. n, l. 26 novembre 2021, n. 206, il procedimento semplificato è stato «sistematicamente» inserito nel Libro II del codice di procedura civile, con una scelta topografica che ricorda la *summa* del codice Pisanelli<sup>(59)</sup>.

LEONARDO LUCA PASTORE

*Dottorando di ricerca nell'Università degli Studi di Udine  
e nell'Università degli Studi di Trieste*

---

«non v'è dubbio che la scarna disciplina (...) debba completarsi, oltre che con le disposizioni generali contenute nel Libro primo del codice, anche con quelle proprie del processo ordinario di cognizione che non risultino esplicitamente o implicitamente derogate dalle disposizioni specifiche (...), o comunque incompatibili con le caratteristiche di maggiore snellezza e semplicità» che connotano gli artt. 281-*decies* ss. c.p.c.

<sup>(59)</sup> Come noto, sotto l'imperio del codice del 1865 le cause civili si celebravano o mediante il procedimento formale o ricorrendo al procedimento sommario. Osserva G. Basilio, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 737 - con un rilievo valido a maggior ragione per il «nuovo» giudizio semplificato - che gli artt. 702-*bis* ss. «non rappresentano un'assoluta novità per il nostro sistema, semmai il recupero di un istituto già esistito, naturalmente ripensato e adattato ad esigenze più attuali». Per una ricognizione storica sul rito sommario, oltre ad A. Tedoldi, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., 1 ss., v. F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, 20 ss. e Id., *Nel centenario della riforma del procedimento sommario*, in *Rass. dir. civ.* 2001, 526 ss.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ.,  
sentenza 21 febbraio 2022, n. 5633

Pres. Curzio – Est. Scoditti

*Istituto Nazionale della Previdenza Sociale c. G.D.L.*

*Se sia denunciato con ricorso per cassazione l'errore compiuto dal giudice dell'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi nell'interpretazione del titolo esecutivo dato da sentenza passata in giudicato, il motivo va inteso come attinente a violazione di norma di diritto ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. e la Corte di legittimità ha il potere di interpretare direttamente il titolo esecutivo anche tramite il riesame degli atti del processo in cui esso si è formato (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). *Ragioni della decisione.* – Con il primo motivo si denuncia omesso esame di fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. Premette la parte ricorrente di essere consapevole dell'orientamento della giurisprudenza secondo cui è precluso alla Suprema Corte il sindacato sull'interpretazione che il giudice di merito abbia fornito al comando giudiziale, ma precisa che lo stesso orientamento in discorso afferma che spetta alla Corte stabilire se l'interpretazione della sentenza sia stata svolta nel rispetto dei principi che regolano tale giudizio ed in funzione della concreta attuazione del comando che nella sentenza è contenuto. Osserva quindi che, mentre nell'ordinanza del Giudice dell'esecuzione si evidenzia la natura esclusivamente dichiarativa della sentenza n. 6567 del 2010, oggetto della valutazione del Tribunale è stato non il contenuto della sentenza ma la domanda introduttiva del relativo giudizio. Aggiunge che è stato omesso l'esame di un fatto determinante per la risoluzione della controversia, decisivo perché, ove si reputasse la sentenza, passata in cosa giudicata, sentenza di mero accertamento, non avrebbe potuto la parte intraprendere l'esecuzione ai sensi dell'art. 612 c.p.c. (*Omissis*).

3. Il primo motivo è fondato. Va premesso che la censura è stata proposta nelle forme della denuncia del vizio motivazionale sulla base dell'assunto che entro tali limiti ricorre il sindacato di questa Corte alla stregua del corrente orientamento giurisprudenziale. Non può tuttavia sfuggire che lo scopo per il quale risulta evocata questa Corte è garantire, come si legge nel motivo di ricorso, la «concreta attuazione del comando che nella sentenza è contenuto» (pag. 6 del ricorso). Richiamando in particolare il provvedimento del giudice dell'esecuzione, la censura sottende una denuncia di non corretta lettura del titolo giudiziale, in funzione di attuazione dell'effettivo comando giudiziale. La formulazione in termini di art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. deriva dall'assunzione in premessa di quale sia l'indirizzo della giurisprudenza in punto di violazione del titolo esecutivo giudiziale nei giudizi di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi. È la presenza di tale indirizzo giurisprudenziale che ha condizionato la formulazione del motivo. Se si guarda però allo scopo reale del motivo di ricorso, si intende che ciò che al fondo il ricorrente denuncia è la violazione della portata del titolo esecutivo giudiziale e tale sarebbe stata la denuncia anche sul piano formale se l'orientamento di questa Corte sul punto fosse stato finora diverso. La censura può dunque essere riqualificata nei termini della violazione della norma di diritto ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c., alla stregua di una lettura non formalista dei motivi di ricorso per cassazione (si veda Cass., Sez. un., 24 luglio 2013, n. 17931).

3.1. È peraltro proprio sulla questione se possa ancora essere mantenuto l'indirizzo giurisprudenziale presupposto dal motivo di ricorso che sono state evocate queste Sezioni unite. (*Omissis*).

3.2. L'ordinanza interlocutoria dà atto del costante orientamento di questa Corte nel senso che l'interpretazione della sentenza costituente titolo esecutivo da parte del giudice dell'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi costituisce interpretazione del giudicato esterno al giudizio e si risolve in un giudizio di fatto censurabile in Cassazione solo se siano stati violati i criteri giuridici che regolano l'estensione ed i limiti della cosa giudicata o se ricorra vizio di motivazione. Si tratta di indirizzo assai risalente nel tempo, per il quale si rinvergono arresti notevolmente lontani come Cass. n. 2565 del 1957 e Cass. n. 2834 del 1960, e che si è mantenuto inalterato e costante, fino a recenti manifestazioni come Cass. n. 10806 del 2020, n. 32196 del 2018 e n. 29778 del 2018. Si tratta dunque di un indirizzo che ha tutti i requisiti per poter essere definito come consolidato.

La particolare forza di tale orientamento si misura proprio dalla resistenza opposta a quello che avrebbe potuto rappresentare il punto di svolta della giurisprudenza in argomento, e cioè Cass., Sez. un., 25 maggio 2001, n. 226. Questa sentenza, per affermare il principio della rilevabilità d'ufficio del giudicato esterno (al pari del giudicato interno) anche in Cassazione (con il limite della pronuncia sul giudicato, la quale impone l'impugnazione sulla questione), riconobbe che «il giudicato è la legge del caso concreto» (prima nel mondo sostanziale e poi in quello processuale) e che pertanto la relativa questione rientra nella sfera delle questioni di diritto e non di fatto. Si affermò in particolare che «il giudicato non è assimilabile né ad un negozio, né in genere ad un atto giuridico, poiché la sua efficacia opera ad un livello diverso da quello in cui invece opera l'efficacia dei negozi e degli atti giuridici. L'essenza del giudicato è costituita da un comando o precetto, il quale rende certa la situazione giuridica concreta. Il giudicato non deve essere incluso nel fatto e, pur non identificandosi nemmeno con gli elementi normativi astratti, è da assimilarsi, per la sua intrinseca natura e per gli effetti che produce, a tali elementi normativi. La conseguenza è che l'interpretazione del giudicato deve essere trattata piuttosto alla stregua dell'interpretazione delle norme che non alla stregua dell'interpretazione dei negozi e degli atti giuridici». Dopo tale pronuncia è *ius receptum* che il giudicato esterno sia direttamente accertabile in sede di legittimità con cognizione piena, comprensiva dell'esame diretto degli atti.

Particolarmente significativa negli sviluppi della giurisprudenza di queste Sezioni unite è Cass., Sez. un., 28 novembre 2007, n. 24664, che, dalle premesse della rilevabilità d'ufficio del giudicato esterno nel giudizio di legittimità e della interpretazione alla stregua delle regole ermeneutiche delle norme e non dei negozi giuridici, fece discendere il corollario che l'interpretazione del giudicato operata dal giudice di merito rappresenta non un apprezzamento di fatto, ma una *quaestio iuris*, sindacabile perciò in sede di legittimità non per il profilo del vizio di motivazione, ma nell'ottica della violazione della norma di diritto. Il giudice di legittimità può quindi direttamente accertare la portata del giudicato esterno, in modo indipendente dall'interpretazione data al riguardo dal giudice di merito, nel quadro della violazione del diritto sostanziale (da ultimo, nel senso della sindacabilità in sede di legittimità degli errori di interpretazione del giudicato esterno da parte del giudice di merito sotto il profilo della violazione di legge, Cass. 29 novembre 2018, n. 30838).

Successivamente Cass., Sez. un., 9 maggio 2008, n. 11501, ha esteso la regola ermeneutica del giudicato ai provvedimenti assimilabili a quest'ultimo, quale il titolo esecutivo giudiziale corrispondente all'ordinanza di liquidazione del compenso al CTU, nel giudizio di opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi, per la comune vis imperativa ed indisponibilità per le parti. Non può dirsi però, come si afferma nell'ordinanza interlocutoria, che

nell'arresto in discorso la Suprema Corte sia approdata, nella composizione di queste Sezioni unite, al principio di diritto della diretta accertabilità in sede di legittimità del contenuto di titolo esecutivo giudiziale in giudizio di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi e ciò non solo per il richiamo nella motivazione di quella pronuncia a precedenti conformi all'indirizzo tradizionale (Cass. n. 552 del 2001 e n. 12117 del 20[0]6), ma anche e soprattutto perché la Corte si limitò a correggere la motivazione della decisione impugnata, reputando il relativo dispositivo conforme a diritto perché l'interpretazione mediante i criteri ermeneutici contrattuali risultò sorretta da argomenti compatibili anche con i canoni dell'esegesi di cui all'art. 12 preleggi. Del resto il contrasto per cui le Sezioni unite risultavano evocate, su sollecitazione peraltro dello stesso ricorrente, aveva ad oggetto i criteri ermeneutici, per cui l'approdo restava fermo nei termini della sindacabilità in sede di legittimità del rispetto delle regole di ermeneutica ma non della stessa interpretazione del titolo esecutivo giudiziale, a parte naturalmente la denuncia di vizio motivazionale.

È invece la giurisprudenza delle sezioni semplici che, prendendo espressamente posizione sulla svolta rappresentata da Cass., Sez. un., 25 maggio 2001, n. 226, ha consapevolmente mantenuto fermo l'indirizzo tradizionale della non sindacabilità in sede di legittimità del risultato interpretativo del titolo esecutivo giudiziale, nel giudizio di opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi, in quanto accertamento di fatto spettante al giudice di merito. La posizione assunta da Cass. 21 novembre 2001, n. 14727, all'indomani di Cass., Sez. un., n. 226 del 2001, non ha subito variazioni fino alla odierna ordinanza interlocutoria per cui nella giurisprudenza di questa Corte, nonostante l'indicata evoluzione delle Sezioni unite, resta fermo che il giudice di legittimità non può interpretare il titolo esecutivo giudiziale nei procedimenti oppositivi, restando il provvedimento giurisdizionale incluso nel fatto e rimesso pertanto all'apprezzamento riservato al giudice di merito.

L'argomento che si fa valere è che «in questo caso la sentenza, passata in giudicato, non opera come decisione della lite (o di parte di essa) pendente davanti a quel giudice e che lo stesso avrebbe il dovere di accertare e decidere (se non fosse stata già decisa), ma come titolo esecutivo, in un procedimento, quale è quello esecutivo, che non ha la funzione di accertare e decidere su una res litigiosa, ma solo di porre in esecuzione un titolo già costituito. La lite è stata già decisa nel processo di cognizione ed in quel processo è già stato dato il «comando». Non vi è quindi né la possibilità di un contrasto di giudicati, né di violazione del principio del *ne bis in idem*... Quindi la sentenza, passata in giudicato, non costituisce il momento terminale della funzione cognitiva del giudice, né è possibile che vi sia una nuova pronuncia, ma il presupposto del processo esecutivo, ove fondato sulla stessa e non su un diverso titolo. Qui la sentenza, passata in giudicato, opera come un fatto, come in tal senso opera il titolo di credito o l'atto notarile, tant'è che qui non è possibile neppure concepire un giudicato interno a fronte del giudicato esterno, per poi affermarne l'identità con le ulteriori conseguenze suddette». Secondo tale impostazione l'oggetto del processo di cognizione instaurato con l'opposizione (all'esecuzione o agli atti esecutivi) non è dunque più la res litigiosa definita con la sentenza costituente titolo esecutivo, ma è il contenuto e la portata del titolo esecutivo, o altre questioni rilevanti, rispetto a cui il titolo esecutivo medesimo è soltanto il presupposto fattuale.

In conclusione, l'argomento fondante ai fini dell'esclusione dell'interpretazione in sede di legittimità del titolo esecutivo giudiziale nei procedimenti oppositivi è che la fattispecie dedotta in giudizio mediante l'opposizione non è retta dal diritto sostanziale enunciato dal provvedimento giurisdizionale costituente il presupposto dell'azione esecutiva. Che la res litigiosa nell'opposizione sia diversa da quella da cui è germinato il titolo esecutivo giudiziale rappresentato dal giudicato non è tuttavia argomento sufficiente per includere quest'ultimo

negli elementi di fatto ricadenti nel giudizio riservato al giudice di merito. Tradisce la soluzione del problema proprio un passaggio della motivazione di Cass. n. 14727 del 2001 nel quale si evidenzia che la legittimità dell'esecuzione forzata, quale oggetto dei giudizi di opposizione, può venire in rilievo per «le eventuali discordanze tra realtà e titolo».

3.3. Entrando nel merito del quesito posto, è opportuno premettere che la possibilità di inserire il titolo esecutivo giudiziale nel mondo dei fatti trova la sua radice nella relatività che caratterizza la distinzione fra il valore giuridico e il fatto. Come insegna una tradizione quasi secolare della teoria generale del diritto, il valore giuridico può essere derubricato a fatto a seconda del punto di vista che si assume, per cui ciò che sotto un certo punto di vista partecipa della natura del fatto può essere trasformato in criterio di valutazione (ad esempio la consuetudine), e, viceversa, ciò che da un certo punto di vista partecipa della natura del valore può precipitare, da un altro punto di vista, al livello del fatto. Quello che importa è che una distinzione fra l'elemento formale e l'elemento materiale del diritto non venga mai meno e che vi sia sempre un criterio formale di valutazione rispetto al fatto.

Rinviene la propria genesi nel principio di relatività della distinzione fra fatto e valore, ad esempio, il fenomeno della pregiudizialità-dipendenza fra rapporti giuridici, per cui l'effetto giuridico di una data fattispecie può a sua volta rilevare come elemento del fatto costitutivo (modificativo o estintivo) di un'altra fattispecie. (*Omissis*).

S'intende dunque come ben possa il giudicato astrattamente rilevare in un giudizio quale mero presupposto fattuale. Ciò che deve qui verificarsi è se il giudicato possa rilevare all'interno del giudizio di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi quale valore giuridico o quale fatto. Ora, è sicuramente vero quanto afferma Cass. 21 novembre 2001, n. 14727, e cioè che il giudicato non costituisce il diritto sostanziale del giudizio oppositivo, non trovando la res litigiosa di quest'ultimo la propria disciplina nel giudicato per ipotesi a base del titolo esecutivo. Come si è detto, non è però sufficiente l'estraneità del giudicato al diritto che regge la fattispecie oggetto dell'opposizione (all'esecuzione o agli atti esecutivi) per escluderne la portata di valore giuridico. Il titolo esecutivo giudiziale integrante un giudicato entra nel processo oppositivo quale valore e non quale fatto da una porta diversa della legge della res litigiosa, ed è quella della discordanza fra titolo e realtà di cui si fa questione nell'opposizione, per riprendere un'espressione di Cass. n. 14727 del 2001.

3.3.1. Ciò che deve essere smentito, e si tratta della premessa fondamentale, è il ruolo di mero presupposto di fatto che il titolo esecutivo in generale assolverebbe nell'esecuzione forzata. Quest'ultima ha «lo scopo di rendere possibile la realizzazione dell'interesse del creditore, che non poté aver luogo mediante adempimento volontario da parte del debitore», come scrisse un'autorevole dottrina degli anni trenta del secolo scorso. Il processo esecutivo, continua questa dottrina, è il mezzo per la realizzazione del diritto sostanziale che è stato dichiarato all'esito del processo di cognizione.

Dalla strumentalità del processo esecutivo alla realizzazione del diritto sostanziale si ricava che compito dell'esecuzione forzata è l'adeguamento dello stato di fatto allo stato di diritto. Nel processo esecutivo il titolo non è perciò il presupposto fattuale dell'azione esecutiva, ma è il valore giuridico cui la realtà materiale deve essere ricondotta per la realizzazione dell'interesse del creditore sancito dal diritto. Il titolo esecutivo enuncia il dover essere cui l'essere, mediante il processo esecutivo, deve uniformarsi.

La prospettiva dell'esecuzione forzata come adeguamento dello stato di fatto allo stato di diritto include nell'ordine dei valori giuridici l'intero complesso dei titoli esecutivi, e dunque non solo quelli giudiziali ma tutte le ipotesi contemplate dall'art. 474 c.p.c. Il piano formale dei valori che devono trovare attuazione mediante il processo esecutivo risulta ulteriormente allargato dall'art. 499 c.p.c., «ai soli effetti dell'esecuzione», come prevede la nor-

ma, per tutti quei crediti, non fondati su titolo esecutivo, per i quali è intervenuto il riconoscimento da parte del debitore all'udienza di verifica (anche nella forma della mancata comparizione di questi all'udienza).

Il ruolo di valore giuridico del titolo esecutivo non cessa nei giudizi di opposizione, sia ai sensi dell'art. 615 che dell'art. 617 c.p.c., tutte le volte che esso funge da parametro di legittimità dell'azione esecutiva intrapresa o dello stesso processo esecutivo quale procedimento. Ogniquale volta che ai fini dell'accertamento del diritto della parte istante a procedere a esecuzione forzata, o della legittimità degli atti esecutivi, emerge una questione per la cui decisione deve farsi capo al titolo esecutivo, quest'ultimo somministra il valore giuridico sulla base del quale il giudice deve risolvere la controversia. In tali evenienze il giudice del processo di opposizione ha di fronte un valore giuridico e non un fatto. (*Omissis*).

È appena il caso di aggiungere che è proprio la problematica ermeneutica del titolo esecutivo che si pone in sede di processo oppositivo a dimostrare che il titolo esecutivo non può avere nel processo esecutivo valenza di mero «presupposto fattuale» (Cass. n. 14727 del 2001), ma che si tratta del valore giuridico cui la realtà pratica deve adeguarsi mediante l'esecuzione forzata, e che spetta al giudice dell'opposizione in sede di cognizione interpretare. Il titolo esecutivo non è l'oggetto di un accertamento fattuale, alla stessa stregua di un qualsivoglia fatto storico, ma richiede di essere interpretato, proprio perché valore giuridico.

Il risultato interpretativo in materia negoziale non è però sindacabile in sede di legittimità. Quando il titolo esecutivo corrisponde ad un negozio l'interpretazione resta attività riservata al giudice di merito perché il negozio, pur dotato di forza di legge fra le parti (art. 1372 c.c.), non è ascrivibile alle norme. È rimasta tendenzialmente isolata nella tradizione europea la concezione di un illustre filosofo del diritto austriaco del secolo scorso secondo cui il negozio è una «fattispecie produttrice di norme», collocata in basso alla struttura piramidale dell'ordinamento. Il negozio, come affermato da autorevole dottrina italiana, resta un fatto sociale che l'ordinamento recepisce per effetto del riconoscimento della sua portata precettiva. Il significato di valore giuridico del negozio risiede in questa carica regolamentare recepita dall'ordinamento, ma esso resta un fatto, sia pure a contenuto precettivo, e non una norma giuridica. In sede di legittimità il sindacato esperibile da parte del giudice è pertanto solo quello del rispetto delle regole di ermeneutica negoziale. Ciò che può essere denunciato con il ricorso davanti alla Corte di cassazione è la violazione di tali regole, ma non certo quella del precetto (privato) espresso dal regolamento negoziale.

3.3.2. A conseguenze diverse dall'atto di autonomia privata deve pervenirsi con riferimento al giudicato. L'interpretazione di quest'ultimo, svolta mediante i canoni esegetici di cui all'art. 12 preleggi, ha quale termine di riferimento una norma di diritto sostanziale. La natura di «legge del caso concreto» che il giudicato possiede impedisce di ridurne la problematica nel processo civile al solo tema del contrasto fra giudicati e impone di valorizzare la natura di istituto di diritto sostanziale che la cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c. possiede. Ciò che distingue il giudicato dalla sentenza priva di tale carattere è la normatività dell'accertamento che vi è contenuto, e che è attestata dall'art. 2909 c.c. Alla lettera di quest'ultima norma va prestata particolare attenzione: «l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa». Come non ha mancato di sottolineare autorevole e risalente dottrina, ciò che «fa stato» non è la sentenza passata in giudicato ma «l'accertamento» ivi contenuto. Questo vuol dire che l'efficacia del giudicato è un'efficacia distinta dagli effetti propri al provvedimento giurisdizionale, dichiarativo (della situazione sostanziale) o attributivo (del bene della vita), che pur fanno capo a quell'accertamento. Limitare l'autorità di cosa giudicata al solo accertamento

contenuto nella sentenza non vuol dire naturalmente privare delle qualità dell'immutabilità, nei termini di cui all'art. 324 c.p.c., gli effetti dichiarativi o attributivi, perché questi, quali elementi aggiuntivi e consequenziali all'accertamento, non possono più essere messi in discussione al pari dell'accertamento che li sorregge. Gli effetti dichiarativi o attributivi designano la portata del giudicato quali effetti ormai immutabili. Che l'accertamento costituisca l'oggetto della cosa giudicata significa piuttosto che esso «fa stato a ogni effetto», e cioè che ogni effetto giuridico del rapporto oggetto del giudicato trova la propria esclusiva disciplina nel giudicato.

Il giudicato pertanto non comporta solo che l'effetto dichiarativo (della situazione sostanziale) e quello attributivo (del bene della vita) della sentenza conseguano l'immutabilità, ma a esso la legge (l'art. 2909) collega anche l'effetto precettivo-conformativo, grazie al quale viene prescritta la regola di condotta per il futuro. È a tale effetto ulteriore del provvedimento giurisdizionale, rispetto a quelli esecutivi di cui all'art. 282 c.p.c., che si correla il valore di norma regolatrice del caso concreto, da cui la vincolatività nei confronti del giudice nei successivi giudizi e delle parti.

L'accertamento contenuto nel giudicato assume valore di precetto di legge non solo nel mondo processuale ma anche in quello sostanziale. La vincolatività al livello del processo opera quale divieto di contrasto fra giudicati, evocando tutta la problematica del giudicato esterno. Dal punto di vista sostanziale è però il rapporto fra le parti a non essere più disciplinato dalla legge, ma dal giudicato materiale. Il diritto sostanziale che trova applicazione con riferimento al rapporto non è quello previsto dalla legge generale e astratta, ma è quello corrispondente all'accertamento contenuto nella sentenza costituente cosa giudicata formale ai sensi dell'art. 324 c.p.c. Che la fonte del diritto applicabile alla fattispecie, una volta insorto il giudicato, sia l'accertamento contenuto nel giudicato e non la legge generale e astratta è dimostrato dall'irrelevanza dei successivi mutamenti di quest'ultima, anche sul piano della legge retroattiva e di quella dichiarata incostituzionale. Ormai «a ogni effetto» il rapporto è retto dal diritto sostanziale previsto dal giudicato.

La stessa struttura dell'accertamento giurisdizionale, nella sua duplice componente di fatto e diritto, mima quella della fattispecie legale, con la differenza che in quest'ultima l'effetto giuridico è relativo al fatto generale e astratto. Giudicato e fattispecie legale constano allo stesso modo di un elemento materiale e di un elemento formale, benché la seconda, quale *species facti*, è suscettibile di applicazione illimitata, il primo invece è fatto concreto relazionale al diritto e coincide con il «caso», che il filosofo così definisce: «*casus definitur factum in ordine ad jus*» (G.W. Leibniz, *De casibus perplexis in iure*, II, Lipsia 1666).

Limitare la portata del giudicato alla problematica del giudicato esterno e del contrasto fra giudicati vorrebbe quindi dire svalutarne la portata di diritto sostanziale, la cui vincolatività si manifesta nel mondo sostanziale ancor prima che in quello processuale. È pur vero, come affermato dal Pubblico Ministero nelle sue conclusioni motivate, che nell'opposizione all'esecuzione vengono opposti fatti impeditivi o estintivi successivi al giudicato, per cui l'oggetto del giudizio oppositivo non potrà mai coincidere con l'oggetto del giudicato, da cui l'estraneità della problematica del giudicato esterno. E tuttavia il diritto sostanziale mediante cui valutare se il fatto dell'adempimento opposto sia idoneo a produrre l'effetto giuridico dell'estinzione dell'obbligazione sancita dal giudicato è il giudicato medesimo. Al giudice della cognizione è posta non la questione del vincolo del giudicato (esterno) per il processo, ma quella della attuazione del giudicato mediante l'esecuzione forzata: alla stessa stregua di quanto accade quando si tratta di accertare la vincolatività del giudicato esterno, il problema che si pone per il giudice della cognizione è di interpretazione del diritto sostanziale del caso concreto. (*Omissis*).

Se vi è una questione ermeneutica vuol dire che è in gioco un precetto, e se quel precetto corrisponde non ad un atto di autonomia privata ma ad un giudicato, vuol dire che è in gioco l'interpretazione del diritto sostanziale, tale essendo la forza del giudicato per volontà dell'art. 2909.

La peculiare natura del valore giuridico corrispondente al giudicato («legge del caso concreto») fonda così, nell'ipotesi in cui si censuri il provvedimento di merito per la violazione dell'art. 2909 c.c., il potere/dovere del giudice di legittimità di interpretare il titolo esecutivo corrispondente al giudicato se quest'ultimo fornisce la regola giuridica al fine dell'accertamento del diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata o della legittimità dell'atto esecutivo. Quando Cass. n. 14727 del 2001 afferma che l'oggetto della cognizione del giudice dell'opposizione all'esecuzione è «il contenuto e la portata del titolo esecutivo», in realtà si riferisce all'interpretazione del diritto sostanziale, se quest'ultimo è un giudicato.

3.3.3. Non costituisce invece questione di diritto l'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale non corrispondente a giudicato. È pur vero che il diritto pronunciato dal giudice di primo grado qualifica la posizione delle parti in modo diverso da quello dello stato originario di lite, giustificando sia l'esecuzione provvisoria ai sensi dell'art. 282 c.p.c., sia l'autorità della sentenza di primo grado ai fini della sospensione facoltativa dell'eventuale processo pregiudicato ai sensi dell'art. 337, comma 2°, c.p.c., norma applicabile anche al cospetto di sentenza resa nel processo pregiudicante non passata in giudicato, come ribadito da Cass., Sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763. Il giudicato è però, come si è visto, altra cosa rispetto alla comune sentenza, né può darsi rilievo ad una risalente dottrina processualista, secondo cui la sentenza sarebbe munita di una «efficacia naturale» quanto ai suoi effetti giuridici, per cui il giudicato sarebbe la mera immutabilità di tali effetti, già così risalenti alla pronuncia prima del suo passaggio in cosa giudicata. Il giudicato non è riducibile alla mera immutabilità degli effetti della sentenza perché, come si è detto, l'effetto precettivo-conformativo è una conseguenza ulteriore e diversa rispetto agli effetti dichiarativo e attributivo.

Si comprende agevolmente che se rispetto ad una sentenza non costituente giudicato il giudice può decidere in modo difforme, come dimostra la facoltatività della sospensione di cui all'art. 337, vuol dire che quella pronuncia è priva della qualifica di diritto sostanziale quanto al contenuto di accertamento che reca con sé. Facendo difetto la natura di norma giuridica, non è consentito al giudice di legittimità interpretare un provvedimento giurisdizionale non costituente giudicato in un giudizio di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi. La denuncia della violazione delle regole di ermeneutica ha comunque in tal caso ad oggetto i criteri previsti dall'art. 12 preleggi, come affermato da Cass., Sez. un., 9 maggio 2008, n. 11501, che valorizza l'assimilabilità al giudicato dei provvedimenti giurisdizionali provvisoriamente esecutivi per la comune vis imperativa ed indisponibilità per le parti (l'«autorità» di cui parla l'art. 337, comma 2°, c.p.c.).

3.3.4. Con riferimento al giudicato esterno queste Sezioni unite hanno affermato non solo che per l'interpretazione deve attingersi ai criteri previsti dall'art. 12 preleggi, ma anche che l'attività ermeneutica va svolta con cognizione piena che si estende al diretto riesame degli atti del processo e alla diretta valutazione ed interpretazione degli atti processuali (Cass., Sez. un., 28 novembre 2007, n. 24664). Tale indagine è funzionale alla comprensione della portata effettiva della res iudicata e dei suoi limiti soggettivi ed oggettivi, stante il ruolo di vincolo che il giudicato esterno svolge rispetto al processo. Anche nel caso del titolo esecutivo giudiziale il criterio ermeneutico allarga il proprio raggio di azione oltre i limiti testuali del titolo. Si afferma infatti che il titolo esecutivo giudiziale, ai sensi dell'art. 474,

comma 2°, n. 1, c.p.c., non si identifica, né si esaurisce, nel documento giudiziario in cui è consacrato l'obbligo da eseguire, essendo consentita l'interpretazione extratestuale del provvedimento, sulla base degli elementi ritualmente acquisiti nel processo in cui esso si è formato (Cass., Sez. un., 2 luglio 2012, n. 11066, cui hanno fatto seguito, fra le tante, Cass. 1° gennaio 2015, n. 19641; 21 dicembre 2016, n. 26567; 26 novembre 2020, n. 26935). Nel giudizio di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi il giudicato non rileva però, come è ormai chiaro, quale vincolo (esterno) per l'accertamento giurisdizionale, ma quale diritto sostanziale del caso concreto. L'osservazione ha una conseguenza particolare in sede di giudizio di legittimità, ove si denunci la violazione del diritto del caso concreto mediante la violazione dell'art. 2909 c.c.

Il dovere del giudice di ricerca del diritto, derivante dal principio *iura novit curia*, si riferisce al precetto generale e astratto facente parte del sistema gerarchico delle fonti (cfr. Cass. 20 dicembre 2019, n. 34158; 21 novembre 2000, n. 15014; 5 luglio 1999, n. 6933; 17 maggio 1976, n. 1742). L'onere della parte che agisce in giudizio, o che solleva l'eccezione rispetto alla domanda, è quello di allegare il fatto, mentre compete al giudice il potere di qualificazione giuridica del fatto, anche sulla base di elementi di diritto diversi da quelli contenuti nella domanda o opposti dal convenuto, tant'è che la mancata esposizione delle ragioni di diritto nella citazione non è causa di nullità della stessa (art. 164, comma 4°, c.p.c.). Una conseguenza per il giudizio di legittimità è che la Corte di cassazione può accogliere il ricorso per una ragione di diritto anche diversa da quella prospettata dal ricorrente, sempre che essa sia fondata sui fatti come prospettati dalle parti (fermo restando che l'esercizio del potere di qualificazione non può comportare la modifica officiosa della domanda per come definita nelle fasi di merito o l'introduzione nel giudizio d'una eccezione in senso stretto – Cass. 5 ottobre 2021, n. 26991; 28 luglio 2017, n. 18775; 29 settembre 2005, n. 19132). La possibilità di una diversa qualificazione giuridica, e il dovere di ricerca del diritto, derivano dalla presenza di un ordinamento di fattispecie legali astratte e generali cui ricondurre il fatto dedotto in giudizio. Quando il diritto di cui fare applicazione è però quello contenuto nel giudicato, quando cioè viene in rilievo il diritto del caso concreto, non sono consentite diverse qualificazioni giuridiche. La Corte di cassazione non ha il dovere di ricerca nell'ordinamento della corrispondente fattispecie legale, ma deve fare applicazione della norma individuale che risulta prevista dalla sentenza passata in cosa giudicata.

Ne discende che la denuncia in sede di legittimità della violazione dell'art. 2909 c.c. in giudizio oppositivo per erronea interpretazione del titolo esecutivo corrispondente a giudicato deve essere formulata con la specifica indicazione del precetto sostanziale che si assume violato, senza che sia data possibilità alla Corte di cassazione di ricercare un diritto diverso da quello indicato sia pure, o perfino, nei limiti del perimetro della sentenza passata in cosa giudicata. Il diritto del caso concreto da accertare è per definizione solo quello di cui la parte del rapporto disciplinato dalla norma individuale denuncia l'errata interpretazione. Un ricorso per cassazione che non rispetti tale onere risulterebbe inammissibile per mancata indicazione della norma di diritto su cui il motivo di ricorso si fonda ai sensi dell'art. 366, comma 1°, n. 4, c.p.c.

Le peculiarità del diritto del caso concreto si riflettono anche nell'onere di cui all'art. 366, comma 1°, n. 6, c.p.c., il quale comporta, come è noto, la specifica indicazione degli atti processuali e dei documenti su cui la censura si fonda. In primo luogo, sulla base del fondamentale canone ermeneutico della compenetrazione di dispositivo e motivazione, il ricorrente deve specificatamente indicare nel provvedimento giurisdizionale passato in giudicato quale sia la parte corrispondente al diritto sostanziale di cui denuncia l'errata interpretazione, provvedendo alla relativa trascrizione nel corpo del ricorso o alla dettagliata e univoca

indicazione per il reperimento del precetto all'interno del provvedimento. In secondo luogo, per quanto riguarda gli elementi extratestuali rispetto al giudicato e tuttavia indispensabili per la sua interpretazione, la parte ricorrente può avvalersi solo di quegli atti processuali e documenti che siano stati ritualmente acquisiti nei gradi di merito, dando dimostrazione del rituale ingresso nel processo. L'onere del ricorrente è qui di indicazione in modo specifico e rigoroso dell'elemento extratestuale rilevante per l'interpretazione del titolo esecutivo costituente il giudicato, provvedendo alla trascrizione nel corpo del ricorso della relativa parte dell'atto processuale o del documento o fornendone l'indicazione per il reperimento all'interno dell'atto o documento in modo dettagliato ed inequivoco. In mancanza dell'assolvimento dell'onere processuale di cui all'art. 366, comma<sup>1</sup>, n. 6, nei termini indicati, il motivo di ricorso è affetto da inammissibilità.

3.4. Vanno in conclusione enunciati i seguenti principi di diritto:

“ove risulti denunciata la violazione dell'art. 2909 c.c. nei giudizi di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi con riferimento alla cosa giudicata corrispondente al titolo esecutivo giudiziale, la Corte di Cassazione ha il potere/dovere di interpretare il titolo esecutivo se il giudicato somministra il diritto sostanziale applicabile per l'accertamento del diritto della parte istante a procedere a esecuzione forzata o per l'accertamento della legittimità degli atti esecutivi”;

“ai fini della denuncia della violazione, nei giudizi di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi, dell'art. 2909 c.c. con riferimento alla cosa giudicata corrispondente al titolo esecutivo giudiziale, il ricorrente ha l'onere, a pena di inammissibilità del ricorso, sia di specifica indicazione ai sensi dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 4 del precetto sostanziale violato, nei cui limiti deve svolgersi il sindacato di legittimità, sia di specifica indicazione ai sensi dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6 della sede nel giudicato del precetto di cui si denuncia l'errata interpretazione e dell'eventuale elemento extratestuale, ritualmente acquisito nel giudizio di merito, che sia rilevante per l'interpretazione del giudicato”.

3.5. Tornando al motivo di ricorso, per il quale risultano soddisfatti gli oneri processuali sopra indicati, la denuncia di violazione del giudicato, così riqualificata la censura formulata in termini di vizio motivazionale, attinge in realtà non il contenuto precettivo del giudicato, ma la sua portata, dichiarativa o di condanna. Trattandosi della portata, e non del contenuto, del giudicato, all'impugnazione del provvedimento in sede di legittimità si sarebbe potuti pervenire anche per la via della violazione degli artt. 474 e 612 c.p.c., la quale avrebbe attinto il titolo giudiziario posto in esecuzione in quanto tale, a prescindere dalla sua natura di giudicato, allo scopo di contestarne la natura di titolo esecutivo. Come da ultimo riconosciuto da Cass. 10 luglio 2019, n. 18572, la sentenza di mero accertamento dell'obbligo di un ente previdenziale di inserire il nominativo di un lavoratore agricolo in un determinato elenco non è suscettibile di essere posta a base di esecuzione forzata in forma specifica.

La via intrapresa dall'odierno ricorrente è quella invece della censura dell'interpretazione del giudicato, sia pure nei limiti della sua portata, percorso non consentito finora dalla giurisprudenza di questa Corte, come dimostrato in fattispecie perfettamente sovrapponibile da Cass. 15 giugno 2017, n. 14921, richiamata dall'ordinanza interlocutoria. La diversa conclusione cui pervengono queste Sezioni unite permette il sindacato dell'interpretazione del giudicato fornita dal giudice del merito, concludendo, anche alla luce della giurisprudenza sopra richiamata a proposito dell'art. 474, per la natura meramente dichiarativa, e non di condanna, della sentenza. Il giudicato rileva, in particolare, nella presente sede non sotto il profilo del suo contenuto precettivo, ma sotto quello della sua portata, e segna-

tamente dell'effetto dichiarativo reso immutabile dal passaggio in giudicato della sentenza. (*Omissis*).

5. Non essendo necessari altri accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito con il rigetto dell'opposizione agli atti esecutivi.

6. Il mutamento della giurisprudenza rispetto alla questione dirimente comporta l'integrale compensazione delle spese, sia del giudizio di legittimità che di quello di merito. (*Omissis*).

### **Sulla sindacabilità in sede di legittimità dell'interpretazione del titolo esecutivo costituito in giudicato**

1. – Per meglio comprendere il tema, si riportano brevemente gli atti che hanno dato origine alla decisione in commento<sup>(1)</sup>.

Un lavoratore agricolo proponeva ricorso *ex art.* 612 c.p.c. contro l'INPS al fine di essere iscritto, ai sensi del r.d. 24 settembre 1940, n. 1949, nell'elenco nominativo dei lavoratori agricoli del Comune di Trinitapoli per un totale di 156 giornate lavorative, con accredito in suo favore di 156 contributi giornalieri per l'anno 2007, così come accertato dalla sentenza Trib. Foggia, 2010, n. 6567 in funzione di giudice del lavoro. Nelle more dell'esecuzione, avendo l'INPS provveduto spontaneamente a iscrivere il lavoratore nei suddetti elenchi, l'esecutante chiedeva che fosse dichiarata l'estinzione della procedura esecutiva e di condannare l'Istituto al pagamento delle spese. Il g.e. rilevava, al solo fine della valutazione di soccombenza virtuale, che la sentenza n. 6567/2010 non costituiva titolo idoneo a fondare l'esecuzione forzata in quanto pronuncia di accertamento mero e non di condanna. L'ordinanza veniva allora impugnata dall'esecutante *ex art.* 617 c.p.c. e il giudice dell'opposizione all'esecuzione ne disponeva la revoca osservando, in particolare, che la sentenza n. 6567/2010 era suscettibile di esecuzione forzata ai sensi degli artt. 474 e 612 c.p.c.

---

(1) A commento della decisione annotata si segnalano, F. Tizi, *Le Sezioni Unite ammettono il sindacato di legittimità in ordine al titolo esecutivo costituito dalla sentenza passata in giudicato*, in *Riv. esec. forzata* 2022, 1039 s.; V. De Carolis, *Il vaglio in Cassazione dell'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato*, in *Giur. it.* 2023, 571 ss.; B. Capponi, *Le sezioni unite nel labirinto del titolo esecutivo*, in *labirintodeldiritto.it* 2022; C. Cutulo, *Il titolo esecutivo giudiziale da "fatto" a quaestio juris (?)*, in *inexecutivis.it* 2022.

Il tema è già stato affrontato da molti Autori, di cui si darà diffusamente notizia nel testo in relazione agli interventi più significativi rispetto all'oggetto del presente lavoro.

avendo l'opponente proposto, in seno all'atto introduttivo del precorso giudizio di merito, *anche* una domanda di condanna al ripristino della sua posizione assicurativa.

Avverso la sentenza del giudice dell'opposizione all'esecuzione, ricorreva in Cassazione l'INPS, lamentando l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., ossia per avere il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi ricostruito la portata della sent. n. 6567/2010 sulla base della domanda introduttiva (*petitum*) e non anche sulla base della reale statuizione (*decisum*).

Con l'ordinanza Cass., sez. lav., 13 maggio 2021, n. 12944, la Sezione lavoro della Cassazione, cui era stato assegnato il ricorso, rimetteva al Primo Presidente la «questione di massima di particolare importanza» relativa alla possibilità per la S.C. di procedere all'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato già oggetto di esame da parte del giudice dell'opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi.

Il contrasto giurisprudenziale segnalato nell'ordinanza remittente attiene essenzialmente all'esistenza di due diversi orientamenti circa la qualificazione dell'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato come questione, alternativamente:

- a) «di fatto», ossia titolo rappresentativo di un «diritto certo, liquido ed esigibile» ai sensi dell'art. 474, comma 1°, c.p.c.;
- b) «di diritto», ossia precetto normativo che «fa stato tra le parti» ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Il diverso atteggiarsi dell'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale-giudicato come questione «di fatto» o «di diritto» comporta un triplice ordine di conseguenze, tra loro strettamente dipendenti:

1) innanzi tutto, in termini di motivi di ricorso *ex* art. 360, comma 1°, c.p.c.: qualora, il titolo esecutivo giudiziale corrispondente a giudicato rilevasse quale questione «di fatto», sarebbe passibile di censura in sede di legittimità nei limiti dell'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti» *ex* art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.; se, invece, all'opposto, l'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale-giudicato rilevasse quale questione «di diritto», sarebbe censurabile in sede di legittimità nei limiti della «violazione o falsa applicazione di norme di diritto» *ex* art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c.;

2) secondariamente, circa la possibilità per la S.C. di procedere a un'interpretazione diretta del titolo esecutivo giudiziale-giudicato già oggetto di interpretazione da parte del giudice del giudizio di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi *ex* artt. 615 ss. c.p.c.: attenendosi alla prima soluzione, questa possibilità sarebbe preclusa, posto che l'interpre-

tazione del titolo si risolverebbe nell'apprezzamento di un fatto suscettibile, in quanto tale, di accertamento e non anche di interpretazione; all'opposto, questa possibilità sarebbe senz'altro consentita – e doverosa – secondo l'altro orientamento, atteso il carattere di norma giuridica dell'accertamento contenuto nel titolo esecutivo giudiziale corrispondente a giudicato, la cui esegesi andrà condotta attraverso i canoni ermeneutici di cui all'art. 12 disp. prel. c.c.;

3) da ultimo, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, in ordine alla sorte del ricorso nel caso concreto in esame; come evidenziato dalla Sezione lavoro, qualora si aderisse al primo orientamento, il ricorso dovrebbe essere rigettato per infondatezza del motivo avendo il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi proceduto all'esame della sentenza da cui il titolo esecutivo è germinato; diversamente, qualora alla S.C. fosse consentito il sindacato in ordine all'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale, il ricorso dovrebbe essere accolto, attesa l'inidoneità della statuizione *de qua* a fondare l'esecuzione forzata in forma specifica *ex art. 612, comma 1°, c.p.c.*

Considerato che la Corte abbraccia quest'ultima soluzione, pare opportuno prendere le mosse dal motivo di ricorso, che il giudice di legittimità immediatamente – recuperando «lo scopo reale del motivo»<sup>(2)</sup> e così anticipando le proprie conclusioni – riqualifica, alla stregua di una lettura non formalista dei motivi di ricorso per cassazione<sup>(3)</sup>, nei termini della

(2) Così *verbatim* al punto 3.1. della motivazione della pronuncia in commento, ossia la denuncia della non corretta lettura della sentenza Trib. Foggia n. 6567 del 2010 da parte del giudice dell'opposizione agli atti esecutivi: sempre al punto 3.1., infatti, si sostiene che «ciò che al fondo il ricorrente denuncia è la violazione della portata del titolo esecutivo giudiziale».

(3) Così facendo la pronuncia in commento segue le indicazioni fornite da Cass., sez. un., 24 luglio 2013, n. 17931, con nota di R. Poli, *Le sezioni unite sul regime dei motivi specifici del ricorso per cassazione*, in questa *Rivista* 2014, 179 ss. Sulla lettura non formalista dei motivi di ricorso per cassazione e sui rapporti tra questa e l'art. 111 Cost., anche nel quadro della giurisprudenza della CEDU, v. Id., *Specificità, autosufficienza e quesito di diritto nei motivi di ricorso per cassazione*, in questa *Rivista* 2008, 1249 ss., nonché, più recentemente, S. Alunni, *Rilievo del giudicato esterno in cassazione e principio di autosufficienza del ricorso*, in *Giur. it.* 2017, 644 ss., nota a Cass. 5 settembre 2016, n. 17576; E. Picozzi, *In tema di giudicato esterno e principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in questa *Rivista* 2016, 553 ss.; D. Castagno, *Inammissibilità del ricorso in cassazione – La Cassazione torna sulla sommaria esposizione dei fatti in seguito all'intervento della Corte EDU*, in *Giur. it.* 2022, 1871 ss., nota a Cass. 28 dicembre 2021, n. 41796 e Cass. 1° marzo 2022, n. 6611; F. De Santis di Nicola, *Quesito di diritto e autosufficienza del ricorso per Cassazione secondo la Corte di Strasburgo*, in questa *Rivista* 2022, 301 ss., nota a Corte EDU 28 ottobre 2021, ric. nn. 55064/11, 37781/13 e 26049/14, *Succi e altri c. Italia*.

Come precisato nella medesima Cass., sez. un., n. 17931 del 2013, il potere-dovere del

violazione della norma di diritto *ex art.* 360, comma 1°, n. 3, c.p.c. in relazione alla violazione dell'art. 2909 c.c., per avere il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi erroneamente interpretato l'accertamento contenuto nel titolo esecutivo giudiziale corrispondente a giudicato.

2. – Le Sezioni Unite, sulla scorta dell'ordinanza interlocutoria, muovono in primo luogo dai principali arresti giurisprudenziali *in subiecta materia* e, in particolare, dal primo filone pretorio rappresentato dalla pronuncia Cass., sez. III, n. 14727/2001<sup>(4)</sup>, che poggia essenzialmente su due argomenti.

In primo luogo, la sentenza passata in giudicato non rilevarebbe nei giudizi di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi come decisione della lite – *rectius*, come accertamento che fa stato tra le parti *ex art.* 2909 c.c. – ma come titolo esecutivo rappresentativo di un diritto certo, liquido ed esigibile, al pari di quelli elencati ai nn. 1-3 dall'art. 474, comma 1°, c.p.c., a nulla rilevando, peraltro, distinzioni di sorta tra titoli esecutivi a seconda della loro genesi giudiziale o negoziale o, ancora, corrispondenti a cosa giudicata o meno<sup>(5)</sup>. Il titolo esecutivo, infatti, opera esclusivamente

---

giudice di legittimità di riquilibrare il motivo di ricorso non è tuttavia illimitato: qualora il diritto di cui fare applicazione sia quello contenuto nel giudicato quale «legge del caso concreto», la S.C. non ha il dovere di ricerca nell'ordinamento della corrispondente fattispecie legale, ma deve fare applicazione in via esclusiva del solo precetto che risulta previsto dalla sentenza passata in giudicato. Ne deriva che la denuncia in sede di impugnazione per cassazione della violazione dell'art. 2909 c.c. in giudizio oppositivo per erronea interpretazione del titolo esecutivo corrispondente a giudicato deve essere formulata dal ricorrente con la specifica indicazione del precetto sostanziale che si assume violato; all'opposto, il ricorso risulterebbe inammissibile per mancata indicazione della norma di diritto su cui si fonda la censura ai sensi dell'art. 366, comma 1°, n. 4, c.p.c.

<sup>(4)</sup> Cass. 21 novembre 2001, n. 14727, in *Foro it.* 2002, I, 755 ss., con nota di M. Iozzo, *Ancora in tema di giudicato esterno e poteri del giudice*; nonché in *Riv. esec. forz.* 2003, 558 ss., con note critiche di G. Monteleone, *L'eccezione di cosa giudicata e l'opposizione all'esecuzione*, e di G. Cinque, *Brevi annotazioni sulla rilevanza del giudicato esterno, costituito da sentenza definitiva, nel giudizio di cognizione e di opposizione a precetto o all'esecuzione*.

<sup>(5)</sup> In particolare, la citata giurisprudenza motiva sul punto osservando che «in sede di esecuzione la sentenza passata in giudicato, pur ponendosi come “giudicato esterno” (in quanto decisione assunta fuori dal processo esecutivo), non opera come decisione della lite, bensì come titolo esecutivo e, pertanto, al pari degli altri titoli esecutivi, non va intesa come momento terminale della funzione cognitiva del giudice, bensì come presupposto fattuale dell'esecuzione, ossia come condizione necessaria e sufficiente per procedere ad essa». Cfr. da ultimo in senso conforme, Cass. 5 giugno 2020, n. 10806, in *Giur. it.* 2021, 1109 ss., con nota di D. Buoncristiani, *Termine giudiziale erroneo – Termine giudiziario vs termine legale*.

Si noti che, le Sezioni Unite in commento definiscono l'orientamento *supra* come un indirizzo «risalente», «costante» e «inalterato», anche sul rilievo che tale indirizzo è stato consapevolmente mantenuto fermo dalla giurisprudenza delle sezioni semplici pure all'indomani della posizione assunta da Cass., sez. un., n. 226/2001 (su cui v. *infra*, *sub* nt. 10), la

come presupposto dell'azione esecutiva e, segnatamente, come unica condizione necessaria e sufficiente per fondare l'esecuzione medesima<sup>(6)</sup>.

La valenza del titolo esecutivo quale presupposto fattuale dell'azione esecutiva non cesserebbe nemmeno in seno a quelle parentesi cognitive volte ad accertare eventuali discordanze tra realtà e titolo o illegittimità nell'*iter* esecutivo – tali sono i giudizi di opposizione all'esecuzione – posto che l'oggetto della cognizione sarebbe, non l'accertamento contenuto nella sentenza di merito passata in giudicato, bensì la legittimità dell'esecuzione intrapresa sulla base del titolo azionato<sup>(7)</sup>.

In definitiva, secondo questa impostazione pretoria, l'interpretazione del titolo esecutivo – qualunque ne sia la formazione e l'efficacia – fatta dal giudice investito dell'opposizione si risolverebbe nell'apprezzamento di un fatto demandato in via esclusiva al giudice di merito e incensurabile in sede di legittimità se non nei limiti *ut supra*<sup>(8)</sup>.

quale «avrebbe potuto rappresentare il punto di svolta della giurisprudenza in argomento»; e si potrebbe dedurre dall'uso del condizionale che così, evidentemente, non è stato. Non sfuggirà allora che vi sarebbe quanto basta, già dalla lettura delle prime battute, per ritenere quantomeno dubbia la sussistenza di un contrasto in merito.

<sup>(6)</sup> Come autorevolmente sostenuto, condizione necessaria in quanto non è concepibile l'esecuzione forzata senza titolo esecutivo e sufficiente perché l'organo esecutivo opera solo e in quanto esista e sia fatto valere un titolo esecutivo. E infatti, il titolo esecutivo – ogni titolo esecutivo – non consente in sede di esecuzione un controllo preventivo circa la sua legittimità, posto che nel processo esecutivo l'esecuzione del diritto deve avvenire da parte di un organo idoneo ad eseguire e, perciò, di regola non idoneo a giudicare o accertare. Cfr. sul punto C. Mandrioli, A. Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, III, *L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, 18<sup>a</sup> ed., Torino 2021, 14-15.

<sup>(7)</sup> Cfr. Cass. 21 novembre 2001, n. 14727, cit., punti 5.4 e 5.5.: «Il titolo esecutivo, inteso come condizione necessaria e sufficiente per procedere all'esecuzione, non consente un controllo preventivo del suo fondamento sostanziale e della sua legittimità; tuttavia le eventuali discordanze tra realtà e titolo e le possibili illegittimità nell'*iter* processuale esecutivo possono farsi valere con i giudizi di opposizione. (...) Con l'opposizione all'esecuzione si instaura un processo di cognizione, ma l'oggetto di detta cognizione non può essere più la *res litigiosa*, definita con la sentenza-titolo esecutivo, ma può essere (oltre ad altre ipotesi che non interessano in questa sede) il contenuto e la portata del titolo esecutivo, e cioè di questo presupposto "fattuale" del processo esecutivo».

<sup>(8)</sup> Cfr. ancora Cass. 21 novembre 2001, n. 14727, cit., punto 5.6.: «In questa ottica, quindi, l'interpretazione del titolo esecutivo, qualunque esso sia, ivi compresa una sentenza passata in giudicato, eseguita dal giudice investito dell'opposizione al precetto o all'esecuzione si risolve in un apprezzamento di un fatto, ed è incensurabile in Cassazione sempre che non siano violati i criteri giuridici, che regolano, quanto alla sentenza, l'estensione ed i limiti della cosa giudicata (art. 2909 c.c.), e, quanto agli altri atti negoziali, l'estensione ed i limiti degli stessi (art. 1372 c.c., applicabile anche agli atti unilaterali), nonché i principi giuridici di ermeneutica, propri di ognuno dei vari titoli esecutivi, ed il procedimento seguito dal giudice del merito sia immune da vizi logici e giuridici. Ciò comporta che, anche

3. – All'orientamento sopra citato se ne oppone un secondo, inaugurato dalla sentenza Cass., sez. un., n. 226/2001<sup>(9)</sup> che, per la prima volta, riconobbe il carattere normativo del giudicato esterno<sup>(10)</sup> sul rilievo: *i)* del carattere pubblicistico dell'interesse al rispetto del giudicato in relazione al principio del *ne bis in idem*; *ii)* della *vis imperativa* dell'accertamento ivi contenuto; *iii)* della conseguente indisponibilità per le parti dell'autorità del giudicato, alle quali è consentito unicamente rinunciare al diritto sostanziale accertato, non anche al relativo accertamento.

Sulla scorta dell'orientamento inaugurato da questo precedente, il punto nevralgico per la soluzione della questione viene individuato dalla decisione in commento – a seguito di un'approfondita disquisizione volta a dimostrare la relatività che caratterizza la distinzione tra «valore giuridico» e fatto<sup>(11)</sup> – proprio nella duplice assimilazione logico-giuridica del giudicato alle norme giuridiche e del titolo esecutivo al giudicato, tanto sul piano dei caratteri quanto su quello degli effetti.

allorché il titolo esecutivo è costituito da una sentenza passata in giudicato, non può la Cassazione procedere all'interpretazione diretta della stessa».

<sup>(9)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 25 maggio 2001, n. 226, in *Corriere giur.* 2001, 1462, con nota di O. Fittipaldi, *Preclusioni processuali e giudicato esterno: verso un disimpegno della cassazione dalla teorica dell'eccezione?*, e in *Foro it.* 2001, I, 2810, con nota di M. Iozzo, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*; nonché Cass., sez. un., 28 novembre 2007, n. 24664, in questa *Rivista* 2008, 1690, con nota di E.F. Ricci, *Le Sezioni Unite dicono la parola definitiva sui poteri della Cassazione in tema di giudicato esterno*, nonché in *Giust. civ.* 2008, I, 1487, con nota di A. Nappi, *L'accertamento del giudicato nel giudizio di cassazione*; Cass., sez. un., 9 maggio 2008, n. 11501, in *Corriere giur.* 2008, 1583, con nota di F. Marian, *Ancora in tema di interpretazione dei provvedimenti giurisdizionali*; Cass., sez. un., 2 luglio 2012, n. 11067, in *Riv. esec. forzata* 2013, 73, con i commenti di B. Sassani (*ivi*, 78 ss.), E. Zucconi Galli Fonseca (*ivi*, 83 ss.), E. Fabiani (*ivi*, 91 ss.), C. Delle Donne (*ivi*, 108 ss.), M. Piloni (*ivi*, 115 ss.), R. Bellé (*ivi*, 126 ss.), *Le Sezioni Unite riscrivono i requisiti (interni ed esterni) del titolo esecutivo: opinioni a confronto intorno a Cass., S.U., 11067/2012*, nonché in *Corriere giur.* 2012, 1166 ss., con nota di B. Capponi, *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?*

<sup>(10)</sup> Sul giudicato esterno v. per tutti G. Arieta, F. De Santis, L. Montesano, a cura di G. Arieta e F. De Santis, *Corso base di diritto processuale civile*, 7<sup>a</sup> ed., Milano 2021, 732-735.

<sup>(11)</sup> In particolare, detta relatività per cui un medesimo elemento ben potrebbe rilevare tanto quale fatto, quanto come «valore giuridico», a seconda del contesto in cui è concretamente considerato, è esemplificata dalla Corte attraverso una serie di fattispecie eterogenee, quali: *i)* il contratto, che assumerebbe una diversa valenza nel giudizio come fatto storico da accertare o «valore giuridico» oggetto di interpretazione; *ii)* la pregiudizialità-dipendenza per la quale l'effetto giuridico di una determinata fattispecie può rilevare come fatto costitutivo, modificativo o estintivo di un'altra fattispecie; *iii)* il giudicato stesso che può assumere valenza di prova documentale laddove invocato in un diverso giudizio nei confronti di un soggetto che non fu parte del processo in cui si è formato, non anche quale norma regolatrice del caso concreto.

Quanto al primo profilo, il carattere normativo (o «valore giuridico») del giudicato sarebbe attestato dall'art. 2909 c.c., laddove l'oggetto del medesimo – ossia ciò che «fa stato» – non è il provvedimento giudiziale ma l'accertamento ivi contenuto la cui essenza, dunque, si sostanzia per le Sezioni Unite in un comando definitivo e incontestabile che rende certa la situazione giuridica concreta: il giudicato diviene così «legge del caso concreto», cui le parti e gli eventuali rispettivi successori devono conformarsi.

Alla *vis imperativa* propria del giudicato si correla, sul piano degli effetti, l'efficacia precettivo-conformativa dell'accertamento: il diritto sostanziale applicabile allo specifico rapporto dedotto in giudizio è allora l'accertamento contenuto nel giudicato quale manifestazione nel caso concreto della norma di legge generale e astratta (pre)esistente<sup>(12)</sup>.

Ed è proprio il carattere di precetto normativo dell'accertamento di cui all'art. 2909 c.c. che smentirebbe, secondo il giudice di legittimità, il ruolo di mero presupposto di fatto che il titolo esecutivo in generale e, in specie, giudiziale corrispondente a giudicato, assolverebbe nell'esecuzione forzata e nei giudizi oppositivi a quest'ultima.

L'argomento precipuo impiegato dalle Sezioni Unite risiede nella strumentalità dell'esecuzione forzata rispetto alla cognizione da cui è germinato il titolo esecutivo. Quando, infatti, il processo esecutivo fa seguito al processo di cognizione di condanna «si coordina con quest'ultimo sotto il profilo funzionale, nel senso che la condanna è in funzione dell'esecuzione forzata»<sup>(13)</sup>; in altri termini: il processo esecutivo altro non è che lo strumento per la realizzazione del diritto sostanziale accertato all'esito della cognizione. Ne consegue che nel processo esecutivo, inteso quest'ultimo come mezzo di adeguamento dello stato di fatto a quello di diritto, il titolo-giudicato non può essere degradato a mero «fatto», costituendo, anzi, il «diritto», cui la realtà materiale deve essere ricondotta.

Ebbene, prosegue la S.C., il ruolo di precetto normativo del titolo esecutivo corrispondente a giudicato non cesserebbe nei giudizi di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi «ogni qualvolta questo venga invocato a parametro di legittimità dell'azione esecutiva intrapresa». In tali ipotesi, infatti, il giudice delle opposizioni si accosterebbe al titolo esecutivo quale precetto normativo e non come presupposto fattuale, e l'attività che verrebbe in rilievo da parte di questi sarebbe l'interpretazione

---

<sup>(12)</sup> Cfr. il par. 3.3.2. della pronuncia in commento. Per i riferimenti bibliografici v. oltre nota 17.

<sup>(13)</sup> Così C. Mandrioli, A. Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, cit., 8.

della regola del caso concreto, posto che titolo esecutivo-fatto passato in giudicato coinciderebbe con l'evento produttivo della norma sulla base della quale deve essere deciso il caso concreto<sup>(14)</sup>.

In definitiva, si afferma in ordine al titolo esecutivo giudiziale corrispondente a giudicato:

*a)* la sua rilevanza quale questione «di diritto» nelle ipotesi in cui sia contestata la legittimità dell'azione o dell'atto esecutivo;

*b)* la sua censurabilità, in sede di legittimità, nel quadro della violazione della norma di diritto *ex art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c.* in relazione all'*art. 2909 c.c.*;

*c)* il potere/dovere del giudice adito di procedere alla sua interpretazione, con cognizione piena e comprensiva dell'esame diretto degli atti del processo, anche attraverso il ricorso a elementi extratestuali, ritualmente acquisiti nel giudizio di merito e rilevanti per l'interpretazione;

*d)* l'impiego dei criteri ermeneutici previsti per l'interpretazione delle norme giuridiche *ex art. 12 disp. prel. c.c.*, atteso che la formula «legge» si riferirebbe senz'altro a ogni fonte-atto avente contenuto normativo, ivi compresa la sentenza che ha acquisito l'autorità di cosa giudicata.

Vi è di più. Qualora in sede di legittimità sia denunciata la violazione dell'*art. 2909 c.c.* per erronea interpretazione del titolo esecutivo corrispondente a giudicato, la libertà del giudice di applicare le norme di diritto che più ritiene confacenti al caso concreto (finanche mutandone il *nomen iuris*) derivante dal principio *iura novit curia* di cui all'*art. 113 c.p.c.*, risulta fortemente limitata, se non addirittura elisa, posto che, come affermato dalla S.C., «il diritto del caso concreto da accertare è per definizione solo quello di cui la parte del rapporto disciplinato dalla norma individuale denuncia l'errata interpretazione». Le conseguenze si riflettono in tema di oneri del ricorrente *ex art. 366, comma 1°, n. 6, c.p.c.*, rispetto ai quali non sarebbe sufficiente il mero richiamo all'*art. 2909 c.c.*, dovendo anche egli provvedere:

*a)* in relazione al provvedimento impugnato, all'indicazione specifica ed inequivoca della parte del provvedimento giurisdizionale passato in giudicato corrispondente al diritto sostanziale di cui denuncia l'errata interpretazione;

*b)* in relazione all'eterointegrazione del titolo, ossia agli elementi extratestuali e indispensabili per la sua interpretazione (e purché ritualmente

---

<sup>(14)</sup> Così E.F. Ricci, *Le Sezioni Unite dicono la parola definitiva sui poteri della Cassazione in tema di "giudicato esterno"*, cit., 1687.

acquisiti nei gradi di merito), all'indicazione specifica e dettagliata dell'elemento extratestuale rilevante per l'interpretazione del titolo;

c) infine, l'indicazione specifica e dettagliata dell'uno e dell'altro elemento deve essere accompagnata dalla trascrizione nel corpo del ricorso delle parti degli atti sopra indicati.

4. – I passaggi argomentativi cui ricorrono le S.U. e, conseguentemente, le conclusioni a cui pervengono, prestano il fianco a diverse critiche nella misura in cui sembrano porre in discussione i principi e gli istituti su cui poggia il sistema dell'esecuzione forzata<sup>(15)</sup>.

a) In ordine all'assimilazione del giudicato alle norme giuridiche.

L'equivalenza logica-giuridica dell'accertamento contenuto nel giudicato alle norme giuridiche – che costituisce la premessa fondamentale del ragionamento della S.C. – non pare del tutto convincente. Sebbene non possa sottacersi che l'opzione interpretativa sostenuta dalla pronuncia appare astrattamente in linea con l'impostazione della dottrina prevalente<sup>(16)</sup>, inferire in termini così perentori dalla imperatività e dagli effetti precettivo-conformativi che ne derivano (la c.d. sanzionabilità) la qualificazione del giudicato come «legge del caso concreto»<sup>(17)</sup>, appare forse fin troppo *tranchant*, a modesto parere di chi scrive, nell'equiparazione *tout court* dei provvedimenti giudiziari agli atti normativi. In primo luogo,

---

<sup>(15)</sup> Già parlava di «grave crisi del titolo giudiziale» B. Capponi, *Incerto diritto nell'incerto titolo*, in *Riv. esec. forzata* 2012, 173 ss., spec. 174, in nota (adesiva) a Cass. 14 dicembre 2011, n. 26943, ord.

<sup>(16)</sup> Cfr. *ex multis* A. Chizzini, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994, 53 ss., spec. 54-55, per cui «Invero, osservato dall'esterno, l'accertamento giudiziale appare come un procedimento formativo del diritto oggettivo, in particolare di una nuova norma destinata a regolare una fattispecie concreta sul paradigma definito dalla norma generale»; ancora si veda G. Arieta, F. De Santis, L. Montesano, *Corso base di diritto processuale civile*, cit., 733, ove, sulla premessa del giudicato quale legge del caso concreto, si afferma che «In quanto destinato a fissare la regola del caso concreto, il giudicato partecipa della natura dei comandi giuridici e la sua interpretazione deve essere assimilata, per la sua intrinseca natura e per gli effetti che produce, all'interpretazione delle norme giuridiche».

<sup>(17)</sup> In particolare, il carattere del giudicato quale norma giuridica del caso concreto troverebbe conferma, nelle argomentazioni della Corte, nell'irrilevanza rispetto a quest'ultimo della legge successiva e, ciò, anche sul piano della legge retroattiva e di quella dichiarata incostituzionale. Non essendo questa la sede per trattare compiutamente l'argomento, si rimanda a S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, *passim*; nonché a R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, spec. 219 ss. e 361 ss.

Così già S. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1954, 174, secondo il quale «in realtà gli atti processuali non sono normativi, non sono l'espressione della volontà di un determinato effetto, ma sono elementi di situazioni giuridiche coordinate l'una all'altra, in un rapporto di mezzo a fine».

infatti, l'accertamento contenuto nel giudicato difetta ontologicamente dei tradizionali caratteri di generalità e astrattezza che qualificano e differenziano le norme giuridiche rispetto ad altri precetti giuridici<sup>(18)</sup>, tra i quali, appunto, i provvedimenti giurisdizionali. In secondo luogo, mentre le norme scaturiscono da fonti dotate di apposita competenza normativa<sup>(19)</sup>, all'opposto, i precetti contenuti nei provvedimenti giurisdizionali originano da organi privi di qualsivoglia competenza in tal senso, essendo questi ultimi chiamati esclusivamente a verificare la riconducibilità del fatto concreto al paradigma normativo astratto (tale è l'interpretazione).

b) In ordine all'assimilazione del titolo esecutivo al giudicato.

L'affermazione che il titolo esecutivo giudiziale «non si identifica, né si esaurisce, nel documento giudiziario in cui è consacrato l'obbligo da eseguire» mal si concilia, da un lato, con la tradizionale nozione di titolo esecutivo ancorata all'atto-documento<sup>(20)</sup> e, dall'altro, con l'astrattezza e l'autonomia dell'azione esecutiva<sup>(21)</sup> rispetto al diritto sostanziale azionato *in executivis*; e ciò, come correttamente messo in luce, a prescindere che il diritto abbia formato oggetto di accertamento in un percorso giudizio<sup>(22)</sup>. Il rischio concreto è quello di confondere il titolo giudiziale quale presupposto di fatto dell'azione esecutiva con il risultato del giudizio da cui il titolo è germinato – o, addirittura, delle opposizioni all'esecuzione come prosecuzione di quel giudizio<sup>(23)</sup> – così sovrapponendo due figure che da sempre sono distinte<sup>(24)</sup> e con le ricadute di cui si dirà a breve<sup>(25)</sup>.

<sup>(18)</sup> Su tali caratteri v. per tutti C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2022, 4-5.

<sup>(19)</sup> Così E. Betti, *Interpretazione degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, 256.

<sup>(20)</sup> Sul dibattito atto-documento tra Liebman e Carnelutti, v. per tutti R. Vaccarella, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da A. Proto Pisani, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1993, 32 ss.

<sup>(21)</sup> Si veda B. Capponi, *op. cit.*, 1175, per il quale «Astrattezza significa che il titolo esecutivo legittima ad un'azione non causale, svincolata cioè dal riferimento alla vicenda sostanziale che ha determinato l'insorgere del credito: il possesso del titolo è condizione necessaria ma anche sufficiente per poter procedere nell'esecuzione» e, ancora, «Autonomia significa che il provvedimento, pur essendo l'atto conclusivo di un giudizio, finisce per distaccarsene allo scopo di trovare soltanto in se stesso quella "forza" necessaria a legittimare il suo portatore, identificato dal titolo stesso o dalla sua spedizione in forma esecutiva, agli atti dell'esecuzione forzata».

<sup>(22)</sup> Così E. Fabiani, *op. cit.*, 98.

<sup>(23)</sup> Sull'autonomia delle opposizioni all'esecuzione rispetto al sottostante rapporto giuridico sostanziale v. per tutti R. Vaccarella, *op. loc. cit.*, 74 ss. e 233 ss.

<sup>(24)</sup> In questi termini v. B. Capponi, *op. cit.*, 1171.

<sup>(25)</sup> Come già messo in luce da E. Merlin, *Questioni in tema di giudizio di opposizione all'esecuzione, di eccezione di compensazione in sede esecutiva, e di interpretazione del titolo*

c) In ordine all'interpretazione del titolo esecutivo.

L'abbandono della documentalità del titolo apre all'interpretazione extra testuale del provvedimento (c.d. eterointegrazione)<sup>(26)</sup>, ossia alla possibilità «di concretizzare i requisiti del diritto consacrato nel titolo (giudiziale) attraverso elementi esterni ed extratestuali, non desumibili dal titolo stesso»<sup>(27)</sup>; si ammette così la possibilità di superare il contenuto letterale e intrinseco del titolo, tradizionalmente risultante dalla combinazione tra dispositivo e motivazione. A ben vedere, però, affermare il potere-dovere del giudice di legittimità e, più specificamente, del giudice delle opposizioni all'esecuzione di integrare il titolo esecutivo sulla scorta di elementi estrinseci equivale a:

1) negare l'autosufficienza che caratterizza il titolo esecutivo e, per l'effetto, la qualità di titolo esecutivo del provvedimento<sup>(28)</sup>;

---

*esecutivo giudiziale*, in *Riv. esec. forzata* 2005, 165 ss., spec. 173, pur potendo discutersi della qualificazione proposta da Cass. n. 14727/2001, cit. circa la rilevanza del titolo esecutivo-giudicato quale mero presupposto fattuale dell'esecuzione, «resta, però, che esso rileva in sede esecutiva non certo per la sua portata decisoria e di accertamento irretrattabile (tanto che uguale efficacia esecutiva spetta alle sentenze prive della forza di giudicato), bensì come atto che dà fondamento, per le sue caratteristiche intrinseche, all'azione esecutiva. E resta altresì che, stante la "fungibilità" dell'atto-sentenza rispetto agli atti negoziali, dal punto di vista della loro idoneità all'azione esecutiva, non pare peregrino pensare che per il controllo dell'errore interpretativo in sede di giudizio di cassazione si seguano regole omogenee (censurabilità ex art. 360, n. 3, della violazione dei criteri *giuridici* relativi alla determinazione della portata della sentenza e censurabilità *solo ex art. 360, n. 5, c.p.c.*, dell'erronea ricostruzione in fatto di tale portata)».

<sup>(26)</sup> Sull'interpretazione del titolo esecutivo in generale, cfr. per tutti, R. Vaccarella, *op. loc. cit.*, 155-156; nonché A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 4<sup>a</sup> ed., Padova 2014, 57 ss., spec. 58, la quale, sottolineando l'inopportunità di procedere a interpretazione extratestuale, afferma che «il procedimento esecutivo ha solo la funzione di porre in esecuzione un titolo già costituito non anche di accertare o ridefinire i termini del rapporto sostanziale sotteso»; inoltre, secondo l'a., la pronuncia giudiziale dubbia o carente potrebbe essere integrata solo nei limiti del richiamo a «norme di diritto o orientamenti giurisprudenziali di cui il giudice del merito non abbia fatto cenno». Sembra invece favorevole all'eterointegrazione F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, 10<sup>a</sup> ed., Milano 2019, spec. 27 e 38 ss. circa la nozione di titolo esecutivo in senso documentale, per cui, essendo il titolo esecutivo un documento che «rappresenta in modo non completo la fattispecie del diritto a procedere ad esecuzione forzata», esso è «una rappresentazione *parziale* della fattispecie del titolo esecutivo in senso sostanziale, perché tale rappresentazione può essere carente di un fatto costitutivo». Cfr. sul punto F. Tizi, *op. cit.*, 1059, nota 27.

<sup>(27)</sup> Così R. Tiscini, *L'eterointegrazione del titolo esecutivo nei suoi primi anni di esperienza applicativa. Un bilancio*, in *Riv. esec. forzata* 2018, 233 ss., spec. 233. Per un taglio critico v. inoltre D. Micali, *Titolo esecutivo e "conflitti esecutivi": alcune dinamiche in materia di esecuzione forzata nella più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. esec. forzata* 2015, 402 ss., spec. 408, che definisce la prassi dell'eterointegrazione alla stregua di un «fenomeno di "scheletrizzazione" del titolo esecutivo».

<sup>(28)</sup> Nello stesso senso v. B. Sassani, *op. cit.*, 81, secondo il quale, qualora occorra far

2) ridurre a lettera morta il principio *nulla executio sine titulo* <sup>(29)</sup>.

Vi è di positivo che, nell'aprire all'eterointegrazione del titolo <sup>(30)</sup>, la Corte circoscrive detta apertura ai soli elementi extratestuali *già ritualmente acquisiti* nel giudizio di merito e *rilevanti* ai fini dell'interpretazione del giudicato <sup>(31)</sup>, così fugando il rischio di alterazione dell'equilibrio tra esecuzione e cognizione, ossia di attribuire ai rimedi delle opposizioni esecutive la funzione di «attivare un inusitato contraddittorio deputato a garan-

riferimento a elementi esterni, «è la stessa idea di eterointegrazione ad entrare in conflitto logico con il concetto di "titolo": un titolo che non funziona da sé, ma che necessita di un giudizio integrativo, è solo il presupposto (uno dei presupposti) di quel che sarà poi il titolo effettivo dell'effetto giuridico e dunque non è titolo di niente e dà luogo ad una *contradictio in terminis*».

<sup>(29)</sup> Si veda ancora B. Capponi, *op. cit.*, 1169, per il quale «*Nulla executio sine titulo* significa non solo che non può esservi esecuzione (ordinaria) in difetto di titolo esecutivo, ma anche che non possono legittimarsi atti esecutivi oltre ciò che il titolo esecutivo, nella sua obbiettiva portata, legittima». Per un taglio critico, cfr. anche C. Delle Donne, *In morte della regola "nulla executio sine titulo": impressioni su S.U. n. 11067/2012*, in *Riv. esec. forzata* 2013, 108 ss., *passim*.

<sup>(30)</sup> Sui vantaggi pratici dell'eterointegrazione in ragione degli obiettivi perseguiti dalla giurisprudenza di legittimità cfr., nonostante gli ulteriori rilievi critici, E. Zucconi Galli Fonseca, *op. cit.*, 84; nonché, R. Tiscini, *op. cit.*, spec. 238 ss., secondo la quale l'opzione a favore dell'eterointegrazione nasce come conseguenza fisiologica verso cui conducono gli atteggiamenti legislativi, piuttosto che come un effetto distorsivo dell'esperienza pratica e, in secondo luogo, di fronte a titoli giudiziali non sufficientemente chiari nel descrivere il diritto consacrato nel titolo, dall'esigenza di salvare le iniziative esecutive fondate su questi. Ma v., *contra*, R. Vaccarella, *Eterointegrazione del titolo esecutivo e ragionevole durata del processo*, in *Riv. esec. forzata* 2013, 141 ss., spec. 142, per il quale l'eterointegrazione, anziché scoraggiare, favorirebbe rispetto ai giudici di merito «la pratica dei provvedimenti più sciatti».

<sup>(31)</sup> Attraverso questa specificazione, infatti, le S.U. sembrano aderire – a differenza di Cass., sez. un., n. 11066 del 2012 e Cass., sez. un., n. 11067 del 2012, *cit.*, che sul punto tacevano – alla tesi restrittiva della pratica dell'eterointegrazione. A tal riguardo si veda, nello stesso senso in dottrina, A. Majorano, *Questioni controverse in tema di poteri di rilevazione officiosa del giudice dell'opposizione all'esecuzione e interpretazione del titolo esecutivo*, in *Riv. esec. forzata* 2012, 159 ss., spec. 172-173 (nota a Cass. 14 dicembre 2011, n. 26943, ord.), il quale, ribadendo la propria adesione al principio della domanda, sottolinea che, anche qualora sia riconosciuto il potere di integrare il titolo esecutivo, «le domande delle parti, la stessa *res in iudiciodeducta* ed ogni altro elemento che abbia direttamente o indirettamente contribuito o poteva contribuire alla (diversa) formazione di quella sentenza, non dovrebbero mai rilevare quando non siano tradotti in precetti chiaramente e pacificamente desumibili dal titolo»; nonché A.M. Soldi, *op. loc. cit.*, 58, secondo la quale, il g.e., avendo l'obbligo di delibare l'esistenza e l'idoneità del titolo, «può avvalersi, al fine di intenderne la portata precettiva, di atti del processo nel quale la sentenza sia stata pronunciata, ma a condizione che essi siano stati recepiti o richiamati dalla stessa»; si veda ancora G. Arieta, F. De Sanctis, L. Montesano, *op. cit.*, 910-911, nota 3, per i quali i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di eterointegrazione dovrebbero essere applicati solo quando dal titolo esecutivo giudiziale non possa trarsi un significato chiaro e univoco in via immediata dal suo tenore letterale anche attraverso l'integrazione tra dispositivo e motivazione.

tire al creditore la possibilità di (ri)costruire quel titolo esecutivo che mancava in origine»<sup>(32)</sup>.

d) In ordine alla differenziazione tra titoli esecutivi.

Fonte di perplessità risulta inoltre la distinzione operata dalla S.C. tra titoli esecutivi a seconda della loro genesi e della loro efficacia sul piano sostanziale, ossia tra titoli esecutivi stragiudiziali e giudiziali e, tra questi ultimi, distinguendo ulteriormente tra titoli esecutivi passati in giudicato o meno<sup>(33)</sup>. A ben vedere, tale distinguo appare privo di riscontro sul piano della disciplina positiva posto che, ai fini dell'esecuzione, i titoli esecutivi, quale ne sia la fonte si equivalgono sol che rappresentano un diritto certo, liquido ed esigibile *ex art. 474, comma 1°, c.p.c.*<sup>(34)</sup>, pur con le diverse

<sup>(32)</sup> Così D. Micali, *op. cit.*, 413; nello stesso senso B. Capponi, *op. cit.*, 1176, secondo il quale la funzione delle opposizioni all'esecuzione «non è certo quella di consolidare la domanda esecutiva o di favorire un dialogo tra le parti circa l'interpretazione o, addirittura, l'integrazione del titolo»; cfr. inoltre cfr. inoltre C. Cutolo, *op. cit.*, secondo la quale «confondere la perimetrazione (dall'esterno) della "portata" del giudicato con la sua (interna) interpretazione rischia di aprire la strada a un pericoloso sistema impugnatorio *extra ordinem della resjudicata aliunde*» posto che «dinanzi a un dispositivo inesatto, la via non è l'interpretazione del titolo ma la sua impugnazione nelle sedi pertinenti».

<sup>(33)</sup> In particolare, discostandosi dall'idea per cui la sentenza sia dotata di effetti anche prima del passaggio in giudicato (cfr. E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, rist., Milano 1962, *passim*, spec. 25 ss., per il quale «La legge conferisce alla sentenza degli effetti ancor prima che essa sia passata in giudicato. (...) L'incontestabilità è un carattere logicamente non necessario che può essere conferito all'effetto medesimo senza modificarne la intima e propria natura»), le S.U. fondano la distinzione tra titoli esecutivi giudiziali passati in giudicato e non passati in giudicato sull'«effetto ulteriore» rispetto a quello dichiarativo e attributivo, ossia l'effetto precettivo-conformativo che l'art. 2909 c.c. attribuisce al provvedimento giudiziale passato in giudicato (cfr. par. 3.3.2.).

<sup>(34)</sup> Sull'unitarietà della nozione di titolo esecutivo v. per tutti R. Vaccarella, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forzata* 2007, 1 ss., spec. 14, secondo il quale «Il *quid* comune agli atti costituenti titolo esecutivo è l'idoneità a dar vita ad un tale procedimento (totalmente indifferente, finché il titolo rimane intatto, alle vicende della situazione sostanziale che, attraverso quel procedimento, si mira a soddisfare), e la qualità di titolo esecutivo conferita dalla legge a quegli atti è il mezzo impiegato dal legislatore perché l'azione esecutiva sia autonoma dal diritto sostanziale con essa fatto valere»; ancora B. Capponi, *op. cit.*, 1172, ove si legge che «*titolo esecutivo* è l'idoneità che il legislatore con sua scelta discrezionale attribuisce a determinati atti, all'esercizio di un'azione astratta perché autonoma dal diritto sostanziale che nell'esecuzione si fa valere, e per la stessa ragione indipendente dall'accertamento che abbia avuto luogo nella sede in cui il titolo si è formato»; nonché D. Micali, *op. cit.*, spec. 405, nota 9, anche per ulteriori riferimenti, per cui il sistema dell'esecuzione non dipende dalla genesi o dalla forma-contenuto del titolo esecutivo, ma «da una considerazione di politica del diritto legata alla funzione pratica che quella fattispecie, fatta assurgere al valore di titolo esecutivo, potrebbe realizzare in punto di tutela». Negli stessi termini, più di recente, anche F.P. Luiso, *op. loc. cit.*, 30, ove si afferma che «in realtà, ciò che conta è che il legislatore ritenga per motivi vari – uno soltanto dei quali è la certezza del diritto – *meritevole di tutela esecutiva una certa situazione sostanziale*».

letture prospettate dalla manualistica in ordine a tali requisiti<sup>(35)</sup>. Il precipitato sul piano teorico-pratico, come messo in luce dalla dottrina, è che accogliendo la distinzione prospettata dalla Corte, dovrebbe ammettersi che il processo esecutivo si atteggi in modo differente a seconda che si fondi su un titolo esecutivo giudiziale o stragiudiziale<sup>(36)</sup>.

Anche la conclusione dell'*iter* argomentativo cui perviene la Corte non persuade fino in fondo. Ebbene, nelle battute finali della pronuncia, la S.C. conclude rilevando che:

a) la censura proposta attingeva, in realtà, non il giudicato ma il provvedimento giudiziale posto alla base dell'esecuzione in quanto tale, al solo fine di contestarne la natura di titolo esecutivo;

b) all'impugnazione del provvedimento in sede di legittimità si sarebbe allora potuti pervenire anche per la via della violazione degli artt. 474 e 612 c.p.c.;

c) alla luce di un recente arresto in una fattispecie affatto sovrapponibile, «la sentenza di mero accertamento dell'obbligo di un ente previdenziale di inserire il nominativo di un lavoratore agricolo in un determinato elenco non è suscettibile di essere posta a base di esecuzione forzata in forma specifica»<sup>(37)</sup>.

Invero, a siffatto risultato interpretativo le Sezioni Unite avrebbero potuto giungere proprio attraverso l'applicazione di quei principi messi in discussione nella motivazione, ossia:

a) la lettura del dispositivo e della motivazione del provvedimento giurisdizionale<sup>(38)</sup>;

Sull'unitarietà della nozione di titolo esecutivo come «portatore della sanzione» v. E.T. Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, 2<sup>a</sup> ed., Roma 1936, 159 ss., spec. 161-162, che efficacemente spiega(va) come «(...) il titolo esecutivo è un atto che indipendentemente dalla sua natura e funzione di provvedimento del giudice, di negozio giuridico o di atto amministrativo, costituisce la fattispecie concreta da cui la legge fa dipendere il concretamento della sanzione: l'atto cioè che rende concreta ed attuale la volontà dello Stato che sia compiuta un'attività esecutiva di un determinato contenuto e misura a favore di una persona e a carico di un'altra persona».

<sup>(35)</sup> In generale su tali requisiti v. per tutti S. Satta, a cura di C. Punzi, *Diritto processuale civile*, 11<sup>a</sup> ed., Padova 1993, 632-633; ancora R. Vaccarella, *Titolo esecutivo*, *op. loc. cit.*, 143 ss.; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, 4<sup>a</sup> ed., Bari 2016, 84 ss.; F.P. Luiso, *op. loc. cit.*, 24 ss.; C. Mandrioli, A. Caratta, *Corso di diritto processuale civile*, cit., 25 ss.; P. Castoro, N. Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, 15<sup>a</sup> ed., Torino 2019, 7 ss.

<sup>(36)</sup> Cfr. sul punto E. Fabiani, *op. cit.*, 105.

<sup>(37)</sup> Il riferimento è a Cass., sez. lav., 10 luglio 2019, n. 18572, ord., in *CED*, rv. 654619-01, 2019.

<sup>(38)</sup> Non convince, infatti, il ricorso ai criteri di cui all'art. 12 disp. prel. c.c. ai fini dell'interpretazione di quel titolo esecutivo che – al di là delle astrazioni operate in tema

b) il combinato disposto degli artt. 474 e 612, comma 1°, c.p.c., giusto il fondamentale principio *nulla executio sine titulo*. Il tutto senza decostruire istituti giuridici attraverso l'impiego di concetti metagiuridici (si pensi al «valore giuridico» sui cui si fonda l'intero impianto argomentativo).

Pare allora lecito domandarsi ove risieda la concreta utilità della pronuncia e ciò se si considera, come autorevolmente sostenuto più di un secolo fa, che «il diritto è regola di vita e che le indagini astratte su di esso in tanto valgono, in quanto ne facilitino l'applicazione concreta»<sup>(39)</sup>. In definitiva e per tutto quanto rilevato sin ora, la sentenza in esame, volendo risolvere una questione di massima di particolare importanza, (ri)propone il delicato problema in ordine al ruolo della Corte di cassazione nell'attuale sistema giurisdizionale. Un ruolo che, invero, mal si concilia con la garanzia della coerenza e unità dell'ordinamento positivo cui la Corte, in ragione della funzione nomofilattica che le è propria, è chiamata<sup>(40)</sup>.

VITTORIA BERTOLDI  
Dottoressa in giurisprudenza

---

dalle Sezioni Unite – altro non era che la sentenza del percorso giudizio di merito tra le parti. Siffatta indicazione ermeneutica risulta allora ultronea atteso che, in ossequio al canone ermeneutico della totalità, l'esegesi della sentenza deve essere condotta: 1) sul testo della pronuncia, attraverso la compenetrazione tra motivazione e dispositivo; 2) sulla correlazione della sentenza con la domanda (*petitum* e *causa petendi*). Sull'interpretazione della sentenza e sul canone della totalità cfr. per tutti E. Betti, *op. loc. cit.*, 362 ss.

Sull'opportunità che le regole di ermeneutica vadano calibrate alla luce della tipologia e della funzione dell'atto concretamente considerato, sia esso negozio o provvedimento giurisdizionale, cfr. L. Mosco, *Principi sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli 1952, 11 ss.; nonché, più recente, G. Alpa, G. Fonsi, G. Resta, *L'interpretazione del contratto*, Milano 2001, 362; v. nello stesso senso e in termini più ampi i rilievi critici svolti da F. Marian, *op. cit.*, 1587, secondo la quale l'opzione per i criteri di interpretazione della legge adottata dalle S.U. «assume più importanza a livello di principio che sul piano pratico-operativo».

<sup>(39)</sup> P. Calamandrei, *Recensione a Lessona, Trattato*, I, in *Mon. trib.* 1914, 280.

<sup>(40)</sup> Cfr. negli stessi termini, R. Tiscini, *op. cit.*, 234; nonché B. Sassani, *op. cit.*, 82.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ., sentenza 6 aprile 2023, n. 9456

Pres. Spirito – Rel. Di Marzio

*G.G. e altri c. Unipol-Sai Assicurazioni S.p.a.*

*L'incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., non è rilevabile d'ufficio, sicché, ove la parte non sollevi la relativa eccezione prima dell'ammissione della prova in istruttoria, detta eccezione rimane definitivamente preclusa, senza che possa poi proporsi, ove la testimonianza sia ammessa ed acquisita, l'eccezione di nullità della prova (massima non ufficiale).*

*Ove la parte abbia formulato l'eccezione di incapacità a testimoniare, e ciononostante il giudice abbia ammesso la testimonianza ed abbia dato corso alla sua assunzione, la prova così acquisita è affetta da nullità, e la relativa eccezione va sollevata dall'interessato nei termini di cui all'art. 157, comma 2°, c.p.c., nonché riproposta in sede di precisazione delle conclusioni, dovendosi altrimenti ritenere rinunciata (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). – 16.7. Sulla rilevabilità dell'eccezione di incapacità a testimoniare ad istanza di parte o anche d'ufficio, può dirsi invece che la dottrina manifesti un'opinione pressoché unanime: secondo cui l'incapacità sarebbe suscettibile di rilievo officioso, opinione peraltro non agevolmente comprensibile laddove sostenuta anche da coloro i quali criticano nel fondo la norma, ed addirittura ne predicano la contrarietà a Costituzione, il che parrebbe consigliare semmai l'interpretazione opposta.

16.8. Con riguardo alla giurisprudenza, è agevole richiamare l'orientamento granitico secondo cui l'eccezione *ex art. 246 c.p.c.* può essere sollevata solo ad istanza di parte (Cass. 31 gennaio 1956, n. 275; Cass. 14 luglio 1956, n. 2649; Cass. 14 marzo 1957, n. 866; Cass. 2 ottobre 1957, n. 3564; Cass. 17 ottobre 1957, n. 3905; Cass. 26 ottobre 1957, n. 4140; Cass. 9 dicembre 1957, n. 4621; Cass. 22 febbraio 1958, n. 587; Cass. 5 maggio 1958, n. 1472; Cass. 9 settembre 1958, n. 2989; Cass. 16 novembre 1960, n. 3061; Cass. 8 luglio 1961, n. 1638; Cass. 19 giugno 1961, n. 1441; Cass. 15 maggio 1962, n. 1034; Cass. 18 dicembre 1964, n. 2904; Cass. 5 febbraio 1968, n. 398; Cass. 5 settembre 1969, n. 3059; Cass. 24 marzo 1971, n. 817; Cass. 15 ottobre 1971, n. 2906; Cass. 10 ottobre 1972, n. 2976; Cass. 10 gennaio 1973, n. 61; Cass. 24 luglio 1974, n. 2222; Cass. 2 dicembre 1974, n. 3927; Cass. 14 dicembre 1976, n. 4637; Cass. 18 febbraio 1977, n. 738; Cass. 3 febbraio 1978, n. 494; Cass. 18 gennaio 1979, n. 375; Cass. 8 agosto 1979, n. 4625; Cass. 3 ottobre 1979, n. 5068; Cass. 6 dicembre 1980, n. 6349; Cass. 18 dicembre 1987, n. 9427; Cass. 4 agosto 1990, n. 7869; Cass. 17 dicembre 1996, n. 11253; Cass. 20 giugno 1997, n. 5534; Cass. 4 novembre 1997, n. 10781; Cass. 12 agosto 1998, n. 7938; Cass. 21 aprile 1999, n. 3962; Cass. 2 febbraio 2000, n. 1137; Cass. 18 gennaio 2002, n. 543; Cass. 1° luglio 2002, n. 9553; Cass. 27 ottobre 2003, n. 16116; Cass. 7 ottobre 2004, n. 15308; Cass. 12 gennaio 2006, n. 403; Cass. 3 aprile 2007, n. 8358; Cass. 25 settembre 2009, n. 20652; Cass., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21670; Cass. 10 ottobre 2014, n. 21395).

Citazioni, quelle che precedono, effettuate senza pretesa di completezza. Questa Corte, cioè, non ha mai dubitato che l'incapacità a testimoniare debba essere eccepita dalla parte interessata, secondo la sequenza che più avanti si vedrà.

16.9. La ragione su cui tale indirizzo poggia è, se si guarda alla consolidata giurisprudenza di questa Corte, del tutto chiara.

I limiti soggettivi ed oggettivi all'ammissibilità della prova testimoniale sono per lo più posti nell'interesse delle parti, non di un interesse che le trascende, del quale il giudice debba ergersi a solerte gendarme, ed il dato normativo non offre univoci elementi tali da dimostrare che il legislatore abbia affidato al giudice un simile compito di controllo, volto all'ottemperanza di un supposto ordine pubblico processuale che innervi nel suo complesso la materia della prova testimoniale: semmai, anzi, il dato testuale è di segno contrario, ove si consideri che alla recisa prescrizione dettata dal poi dichiarato incostituzionale art. 247 c.p.c., costruita in termini di fermo divieto, si contrappone la previsione dell'art. 246 c.p.c., che mira piuttosto garantire un ben più blando requisito di plausibile attendibilità del teste.

In una pragmatica considerazione di insieme, d'altronde, non sembra affatto che le posizioni del teste e del portatore di un interesse tale da legittimare la sua partecipazione al giudizio si collochino agli antipodi l'una dell'altra: a meno di non credere ad una ingenua contrapposizione tra la testimonianza del c.d. terzo estraneo, dotata così di attitudine ad apportare al processo uno schietto ed oggettivo reportage della pura verità materiale dei fatti oggetto di causa, ed il teste portatore di un interesse che legittimerebbe la sua partecipazione al giudizio, per definizione inattendibile. Se è vero che il giudice non può non credere che possa davvero darsi una ricostruzione giudiziale della verità materiale dei fatti di causa, in una visione per così dire "corrispondentista", quella, per usare la formula onusta di storia, dell'*adequatio rei et intellectus*; e se è vero che, in un sistema costituzionale, come il nostro, ispirato ai principi delle democrazie occidentali, la ricerca della verità nell'ambito del processo civile è da tenere come valore imprescindibile, che deve informare di sé le regole del procedimento probatorio; non è men vero che certo non è la prova testimoniale lo strumento principe pensato, presso di noi, per la ricostruzione di una simile verità oggettiva, nel qual caso non avrebbe alcun senso, per far solo un'osservazione elementare, la previsione del codice di rito della preventiva deduzione della prova testimoniale per articoli separati, articoli sui quali l'esperienza insegna che sovente i testi, pur terzi estranei, rispondono a domande sulle quali risultano alle volte anche fin troppo preparati. Sicché non è poi così bizzarro che le parti possano voler consentire a che sia escusso un teste altrimenti incapace.

In definitiva, proprio perché l'impianto del processo civile non è improntato ad un assetto autoritario, è alle parti che spetta di scegliere, nei limiti in cui l'ordinamento lo prevede, i percorsi istruttori da seguire al fine della dimostrazione dei propri assunti, senza che possano ammettersi poteri officiosi del giudice, quanto al rilievo dell'incapacità a testimoniare, che non discendano dalla legge, sia pure per via di interpretazione sistematica, dal momento che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato appunto dalla legge, e che l'esercizio di eventuali poteri officiosi deve rimanere collocato entro l'ambito del precetto costituzionale volto ad assicurare il contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale.

Il giudice – salvo che la legge non disponga diversamente, come ad esempio accade nel rito del lavoro, ove l'art. 421 c.p.c. stabilisce che possa disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ma altrettanto potrebbe dirsi con riguardo al nuovo rito unitario di famiglia, che, se non altro in presenza di minori, riconosce poteri officiosi particolarmente dilatati, tali da far saltare lo stesso principio di corrispondenza tra chiesto e pronunziato – decide dunque, almeno di regola, sulla base del materiale probatorio che le parti gli hanno messo a disposizione. Il che vuol dire che esse ben possono scegliere di consentire alla assunzione di un te-

ste incapace, dal momento che ciò non trova ostacolo in un'esigenza di ordine pubblico processuale altrimenti desumibile.

16.10. In questa linea, nel campo dei limiti oggettivi alla prova testimoniale, è stato già affermato che solo l'inammissibilità della testimonianza diretta a dimostrare la conclusione di un contratto per il quale la legge richiede la forma scritta *ad substantiam* è rilevabile d'ufficio, giacché solo in tale ipotesi la norma risponde ad un interesse di rilievo pubblicistico – interesse noto, secondo l'opinione corrente: richiamare l'attenzione dei contraenti sugli effetti dell'atto che stanno compiendo – che, mettendo fuori gioco la volontà delle parti, esiga un controllo officioso sull'ingresso di una prova tesa a confliggere con la previsione cogente dettata dall'ordinamento (Cass., sez. un., 5 agosto 2020, n. 16723, ed in precedenza tra le altre Cass. 24 novembre 2015, n. 23934; Cass. 3 giugno 2015, n. 11479; Cass. 8 gennaio 2002, n. 144; Cass. 10 aprile 1990, n. 2988; Cass. 25 marzo 1987, n. 2902).

Al di fuori di tale ipotesi – hanno affermato le sezioni unite – i limiti oggettivi di ammissibilità della prova testimoniale sono dettati da norme di carattere dispositivo e, proprio perché posti nell'interesse delle parti, sono altresì da queste derogabili, anche alla stregua di un accordo implicito desumibile dalla mancata opposizione: sicché la violazione delle formalità stabilite per l'ammissione della prova testimoniale, giacché ritenuta lesiva soltanto di interessi individuali delle parti, rimane affidata al meccanismo dell'art. 157, comma 2°, c.p.c.

In continuità con l'indirizzo così stabilito, occorre oggi aggiungere che la stessa regola affermata per i limiti oggettivi di ammissibilità della prova testimoniale vale altrettanto per quelli soggettivi fissati dall'art. 246 c.p.c.

17. Quanto alle modalità di formulazione dell'eccezione di incapacità a testimoniare, questa Corte ha costantemente ribadito che essa va formulata in vista dell'assunzione, il che non esime l'interessato dal proporre l'eccezione di nullità della testimonianza, ove assunta nonostante l'eccezione di incapacità, successivamente al suo espletamento, nonché in sede di precisazione delle conclusioni.

Queste Sezioni unite (Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21670) hanno difatti già chiarito – sia pur sinteticamente, trattandosi di affermazione ripetitiva su questione della quale non erano investite né come contrasto, né come questione di massima di particolare importanza – che la nullità di una testimonianza resa da persona incapace ai sensi dell'art. 246 c.p.c., essendo posta a tutela dell'interesse delle parti, è configurabile come una nullità relativa e, in quanto tale, deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova, rimanendo altrimenti sanata ai sensi dell'art. 157, comma 2°, c.p.c.; qualora detta eccezione venga respinta, la parte interessata ha l'onere di riproporla in sede di precisazione delle conclusioni e nei successivi atti di impugnazione, dovendosi la medesima, in caso contrario, ritenere rinunciata, con conseguente sanatoria della nullità stessa per acquiescenza, rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo.

In dottrina si è replicato che si tratterebbe di un sistema inutilmente ridondante, si è detto barocco, ma non è così, ed ognuno dei menzionati passaggi ha la sua indispensabile ragion d'essere, in un processo fatto di forme, delle quali, come è stato detto, non v'è ragione di lagnarsi “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”.

17.1. L'eccezione di incapacità a testimoniare va formulata prima dell'ammissione della prova testimoniale, per l'ovvia ragione che, in mancanza di essa, il giudice, che non può rilevare d'ufficio l'incapacità, non ha il potere di applicare la regola di esclusione prevista dall'art. 246 c.p.c., sicché è tenuto ad ammettere il mezzo, in concorso, ovviamente, coi normali requisiti dell'ammissibilità e rilevanza, sottoposti al suo controllo.

Né, d'altro canto potrebbe pensarsi ad un'eccezione di nullità – tale essendo il vizio riscontrabile, come si vedrà subito dopo – sollevata soltanto *ex post*, a seguito dell'assunzione, ma non preceduta dalla preventiva eccezione di incapacità, e ciò perché una simile condotta si scontra con il precetto dell'ultimo comma dell'art. 157 c.p.c., secondo cui la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente, omettendo, in questo caso, di formulare a suo tempo l'eccezione (Cass. 16 gennaio 1996, n. 303, ove si precisa che non rileva “in contrario che il teste sia divenuto successivamente parte nello stesso processo, per essere stato emesso nei suoi confronti ordine di integrazione del contraddittorio, giacché la qualità di teste e la conseguente possibilità di eccepirne l'incapacità *ex art.* 246 presuppongono proprio che la persona chiamata a testimoniare non abbia ancora assunto la qualità di parte”).

L'applicazione del meccanismo conservativo previsto dalla menzionata disposizione fa insomma sì che la prova del teste ipoteticamente incapace, che sia stata assunta in assenza dell'eccezione, è ormai definitivamente purgata della nullità, dal momento che in tanto opera la regola di esclusione in quanto la parte interessata ne abbia invocato, con l'eccezione, l'applicazione. Sicché una nullità eccepita solo *ex post* non avrebbe senso, poiché quella nullità senza la precedente eccezione ormai più non sussiste. Il che esime dall'aggiungere che, se si ammettesse un'eccezione di nullità spiegata solo *ex post*, e non preceduta *ex ante* dall'eccezione di incapacità, si consentirebbe all'interessato di rimanere in silenzio sino all'assunzione della prova, per poi valutare la convenienza della deposizione e decidere se vanificare l'assunzione con l'eccezione di nullità ovvero giovarsi degli elementi ottenuti, la qual cosa interferirebbe, se non altro, con elementari esigenze di economia processuale.

17.2. Dopodiché, ove il giudice ammetta la prova, nonostante l'eccezione di incapacità, in violazione dell'art. 246 c.p.c., la prova assunta è nulla.

Daremo per scontato che la prova testimoniale è un atto processuale, sebbene finanche su una tale affermazione non vi sia consenso in dottrina.

Accolta la premessa, ne discende che, quale atto processuale, anche la testimonianza deve misurarsi con la disciplina della nullità degli atti processuali, disciplina della cui applicabilità non sembra vi sia ragione di dubitare almeno per quanto attinente ai vizi riguardanti la deduzione ed assunzione della prova, sottoposta ad apposite regole formali scandite dal codice di rito.

Ma, anche a ricondurre l'incapacità a testimoniare al campo delle nullità c.d. extraformali, attinenti a capacità, legittimazione e volontà, ed a respingere, come fa parte della dottrina, una nozione di forma dell'atto processuale che abbracci non solo la sua veste esteriore, ma tutti i requisiti previsti dal modello legale, in vista del dipanarsi della sequenza processuale, sta di fatto che è diffusa l'opinione secondo cui la disciplina della nullità degli atti possa trovare applicazione anche per i vizi non formali, salvo verifica di incompatibilità da effettuare caso per caso: e così, ad esempio, ben si intende come l'incapacità del teste non possa essere sanata attraverso il congegno del raggiungimento dello scopo.

Sicché, in definitiva, come già questa Corte ha affermato, l'incapacità del testimone “è disciplinata da una norma specifica in materia di prova testimoniale (art. 246 c.p.c.) che, come tale, è una norma sul procedimento civile e, dunque, disciplinatrice della ‘forma’ del relativo atto processuale ai sensi dell'art. 156 c.p.c. L'affidamento all'eccezione di parte della prospettazione dell'incapacità e, dunque, della deduzione della violazione della norma del procedimento, si risolve nella qualificazione di essa come eccezione di nullità ai sensi del citato art. 157, comma 1°, c.p.c.” (Cass. 6 maggio 2020, n. 8528).

17.3. Una volta stabilito che, in caso di ammissione ed assunzione della prova testimoniale in violazione dell'art. 246 c.p.c., si versa in ipotesi di nullità, ed in particolare di nulli-

tà a carattere relativo, la nullità va fatta valere nel rispetto della previsione dell'art. 157, comma 2°, c.p.c., e cioè “nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso”.

Questa Corte ha così più volte ripetuto che l'incapacità a testimoniare conseguente alla simultanea titolarità, in capo al teste, della qualità di parte, anche virtuale, può essere eccepita dalla parte interessata al momento dell'espletamento del mezzo di prova o nella prima difesa successiva, altrimenti la nullità dell'assunzione deve ritenersi definitivamente sanata per acquiescenza (Cass. 18 gennaio 2002, n. 543; Cass. 1° dicembre 2021, n. 37814; Cass. 12 gennaio 2006, n. 403; Cass. 25 settembre 2009, n. 20652; Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21670; Cass. 10 ottobre 2014, n. 21395; Cass. 23 novembre 2016, n. 23896); o, più precisamente, subito dopo l'escussione del teste ovvero, in caso di assenza del difensore della parte alla relativa udienza, nella prima udienza successiva (Cass. 19 agosto 2014, n. 18036; Cass. 3 aprile 2007, n. 8358; Cass. 24 giugno 2003, n. 10006; Cass. 1° luglio 2002, n. 9553; Cass. 15 novembre 1999, n. 12634; Cass. 21 aprile 1999, n. 3962).

Ed è qui che l'eccezione di nullità, con la sua collocazione a ridosso dell'assunzione del mezzo, e, in alternativa, con il verificarsi della sanatoria, risponde ad un'esigenza – questa sì – di ordine pubblico processuale: l'esigenza di celerità del processo, i cui atti non devono essere passibili di caducazione per un tempo indefinito (es. Cass. 1° luglio 2002, n. 9553). Resta però salva l'eventualità, anch'essa iscritta nella previsione dell'art. 157, comma 2°, c.p.c., che, a tal momento, l'interessato sia incolpevolmente inconsapevole delle ragioni di incapacità del teste, nel qual caso l'eccezione va svolta nella prima difesa successiva all'acquisita conoscenza della nullità della testimonianza (Cass. 12 maggio 2004, n. 9061).

L'imposizione di un duplice onere di eccezione, prima dell'ammissione e dopo l'assunzione del mezzo cionondimeno ammesso – che taluno, come si accennava, ha a torto ritenuto irragionevolmente formalistica – si spiega non soltanto in ragione dell'impossibilità logica di configurare un'eccezione di nullità di un atto di là da venire, sicché “una eccezione d'incapacità a testimoniare (...) non include l'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa ed assunta nonostante la previa opposizione” (Cass. 19 agosto 2014, n. 18036), ma, soprattutto, a tutela dell'interesse della stessa parte che abbia formulato l'eccezione di incapacità a testimoniare, la quale, pure oppostasi inizialmente all'ammissione della testimonianza, deve essere posta in condizione di valutare l'esito dell'assunzione, che ben potrebbe rivelarsi ad essa favorevole (Cass. 15 febbraio 2018, n. 3763; Cass. 19 settembre 2013, n. 21443; Cass. 23 maggio 2013, n. 12784), situazione, quest'ultima, del tutto distinta da quella prima ricordata della parte che abbia tenuto in serbo l'eccezione di incapacità per giocare *in extremis* la carta della nullità *secundum eventum*. Ciò detto – bisogna aggiungere – è cosa ovvia che l'eccezione di nullità da proporsi *ex post* non richiede formule sacramentali, sicché non vi sarebbe modo di intendere altrimenti la dichiarazione della parte che, dopo l'assunzione, ribadisse l'iniziale eccezione di incapacità, o altro di simile.

17.4. L'eccezione di nullità della testimonianza resa da teste incapace ai sensi dell'art. 246 c.p.c. va infine coltivata con la precisazione delle conclusioni, di cui all'art. 189 c.p.c., intendendosi con ciò l'elencazione, effettuata in modo preciso e puntuale, sulla base di quanto emerso durante il corso della trattazione e dell'istruzione probatoria, delle domande ed eccezioni rivolte al giudice, ivi comprese le eventuali richieste istruttorie: precisazione delle conclusioni volta a fissare definitivamente l'ambito entro cui il giudice dovrà provvedere, fatto salvo quanto rilevabile d'ufficio, ma ancor prima, come bene evidenziato in dottrina, a soddisfare il dispiegamento del contraddittorio, nella sua espressione più ampia, ed in particolare l'esigenza di ciascuna parte di conoscere la formulazione definitiva delle do-

mande dell'altra, contando sulla definitività di tale formulazione, quando ne compirà l'esame critico nello svolgimento degli scritti difensivi.

L'esigenza di reiterazione si ricollega alla previsione del comma 3° dell'art. 157 c.p.c., secondo cui la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha rinunciato "anche tacitamente", e si inquadra nella prospettiva di ordine generale – rafforzata dalla previsione di rinuncia tacita di cui si è appena detto – concernente il trattamento che riceve, in sede di precisazione delle conclusioni, la mancata riproposizione delle richieste istruttorie.

Costituisce difatti principio rimasto pacifico fino a tempi recentissimi quello secondo cui la parte che si sia vista rigettare dal giudice di primo grado le proprie richieste istruttorie ha l'onere di reiterarle in modo specifico, quando precisa le conclusioni, senza limitarsi al richiamo generico dei precedenti atti difensivi, poiché, diversamente, le stesse devono ritenersi abbandonate e non possono essere riproposte in sede di impugnazione (es. Cass. 25 gennaio 2022, n. 2129; Cass. 10 novembre 2021, n. 33103; Cass. 20 novembre 2020, n. 26523; Cass. 31 maggio 2019, n. 15029; Cass. 7 marzo 2019, n. 6590; Cass. 27 febbraio 2019, n. 5741; Cass. 3 agosto 2017, n. 19352; Cass. 10 agosto 2016, n. 16886; Cass. 4 agosto 2016, n. 16290; Cass. 27 aprile 2011, n. 9410; Cass. 14 ottobre 2008, n. 25157).

Questa Corte ha, cioè, escluso che la reiterazione delle richieste istruttorie possa consistere nel richiamo generico al contenuto dei precedenti atti difensivi, atteso che la precisazione delle conclusioni deve avvenire in modo specifico, coerentemente con la funzione sua propria di delineare con precisione il *thema* sottoposto al giudice e, come si diceva, di porre la controparte nella condizione di prendere posizione in ordine alle sole richieste istruttorie riproposte (Cass. 27 giugno 2012, n. 10748).

L'indirizzo, si può dire, risale all'entrata in vigore del codice di rito ed è stato sempre mantenuto fermo, quantunque si rinvenivano delle oscillazioni delle quali non occorre dar conto, dal momento che esulano dai quesiti sollevati dall'ordinanza di rimessione, a seconda che il giudice avesse ammesso i mezzi richiesti, ne avesse negato l'ammissione ovvero avesse semplicemente taciuto. Tale orientamento ha da sempre il suo punto d'appoggio nell'art. 178, comma 1°, c.p.c., e cioè nella regola che attribuisce al collegio le più ampie facoltà di controllo sulle ordinanze emesse dall'istruttore quando la causa gli è rimessa per la decisione. Quando la novella del 1950 introdusse il reclamo immediato al collegio, sorse la questione se, ove previsto il reclamo, la sua mancata proposizione comportasse o meno la decadenza dalla riproposizione delle richieste istruttorie in sede di rimessione della causa al collegio, decadenza che la giurisprudenza di questa Corte ha escluso, sempre tenendo però per fermo il principio che ricollega la decadenza alla mancata riproposizione in sede di precisazione delle conclusioni. Quando, poi, la novella del 1990 ha eliminato il reclamo al collegio, l'indirizzo pregresso è stato ribadito. È da richiamare, in particolare, Cass. 24 novembre 2004, n. 22146, concernente proprio eccezione di nullità della testimonianza resa da teste incapace, la quale, riproponendo l'orientamento formatosi nell'epoca in cui era previsto il reclamo al collegio, ha ribadito – seguendo, è stato detto in dottrina, una "interpretazione coerente e razionale delle norme e dei principi *ratione temporis* invocabili in *subiecta materia*" – che "la parte che si oppone ad una prova testimoniale, oltre a dovere tempestivamente sollevare detta sua eccezione, deve poi dolersene anche in sede di precisazione delle conclusioni, chiedendo la revoca dell'ordinanza ammissiva (o non ammissiva) della prova ai sensi dell'art. 178, comma 1°, c.p.c., perché il giudice cui compete la decisione di tutta la causa provveda a detta revoca dell'ordinanza, restando in caso contrario preclusa la possibilità di decidere in ordine all'ammissibilità (o inammissibilità) della prova e così provvedere all'eventuale revoca dell'ordinanza, con l'ulteriore conseguenza che la cennata questione

non può neanche essere proposta in sede d'impugnazione (Cass. n. 12280 del 2000; Cass. 24 agosto 1991, n. 9083; Cass. 30 marzo 1995, n. 3773)".

È il caso di accennare che l'art. 178 c.p.c. non è toccato dalla riforma di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, ed il congegno della precisazione delle conclusioni si è per altro verso rafforzato, essendo prevista dall'art. 189 c.p.c. una apposita memoria scritta, il che dovrebbe neutralizzare il vero problema – al quale talune recenti soluzioni largheggianti parrebbero infine rispondere negando la stessa esigenza che le conclusioni siano precisate in modo preciso e puntuale – dell'udienza di precisazione delle conclusioni, che è momento centrale e fondamentale del processo e, proprio in funzione dell'esigenza di precisione e puntualità, richiede l'intervento di un difensore che conosca la causa, e non, come sovente accade nella pratica, di un ignaro sostituto che voglia adempiere al proprio compito di sostituzione con il riportarsi sciattamente a tutto quanto dianzi dedotto e prodotto, così da determinare probabilissime successive difficoltà di delimitazione di ciò a cui il concludente si sia in effetti riportato, sia per le controparti, sia per il giudice. Quanto al procedimento semplificato di cognizione, l'art. 281-*terdecies* c.p.c. rinvia all'art. 281-*sexies* c.p.c., secondo cui il giudice, "fatte precisare le conclusioni", adotta il modulo decisorio ivi previsto. Del resto, già con riguardo al procedimento c.d. sommario di cognizione questa Corte ha osservato che la deformalizzazione procedimentale non esime il giudice dal calendarizzare un'apposita udienza di precisazione delle conclusioni prima di pronunciare il provvedimento conclusivo, onde consentire la definitiva fissazione del *thema decidendum* (Cass. 14 maggio 2018, n. 11701).

In definitiva, considerata la previsione di rinuncia tacita di cui all'art. 157 c.p.c., considerato che le parti sono chiamate a precisare le conclusioni in modo preciso e puntuale in vista del dispiegamento del contraddittorio, e che l'art. 178, comma 1°, c.p.c. stabilisce che esse possono proporre al collegio, quando la causa è rimessa a questo a norma dell'art. 189, tutte le questioni risolte da giudice istruttore con ordinanza revocabile, è del tutto ovvio che debbano, se ritengano di farlo, investire il giudice dell'eccezione di nullità della testimonianza ammessa ed assunta in violazione dell'art. 246 c.p.c., dovendosi altrimenti l'eccezione medesima reputare rinunciata.

In proposito, non può mancarsi di rammentare che l'interpretazione secondo cui l'istanza istruttoria non accolta nel corso del giudizio, che non venga riproposta in sede di precisazione delle conclusioni, deve reputarsi tacitamente rinunciata, non contrasta con gli artt. 47 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, né con gli artt. 2 e 6 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, né con la Cost., artt. 24 e 111, non determinando alcuna compromissione dei diritti fondamentali di difesa e del diritto ad un giusto processo, poiché dette norme processuali, per come interpretate, senza escludere né rendere disagiata il diritto di "difendersi provando", subordinano, piuttosto, lo stesso ad una domanda della parte che, se disattesa dal giudice dell'istruttoria, va rivolta al giudice che decide la causa (Cass. 27 giugno 2012, n. 10748; Cass. 5 febbraio 2019, n. 3229), secondo la prospettiva, appunto, fissata dall'art. 178 c.p.c.

Di recente, il principio di cui si è detto è stato ad altro riguardo apparentemente ribadito, ma con la precisazione che la mancata riproposizione delle richieste istruttorie porrebbe una mera presunzione di rinuncia, che potrebbe essere superata dal giudice di merito, qualora dalla non ulteriormente delimitata valutazione complessiva della condotta processuale della parte o dalla connessione della richiesta non riproposta con le conclusioni rassegnate e con la linea difensiva adottata nel processo, emerga una volontà inequivoca di insistere sulla richiesta pretermessa, attraverso l'esame degli scritti difensivi (Cass. 10 novembre 2021, n. 33103): ora, se dovesse farsi riferimento alle "conclusioni rassegnate", ed agli ulte-

riori larghi parametri menzionati, dovrebbero ritenersi riproposte, o comunque potrebbe non infondatamente predicarsi la riproposizione, di tutte le richieste istruttorie che posseggano un qualche pur approssimativo e lasco collegamento di strumentalità con le conclusioni, il che, come si accennava, comporterebbe una radicale nullificazione dell'esigenza di chiarezza e puntualità che da sempre sovrintende alla precisazione delle conclusioni definitive, ponendo anzitutto la controparte in condizione di doversi difendere da richieste in realtà solo ipotetiche, ed il giudice nella difficoltà di individuare ciò su cui deve provvedere, con evidenti conseguenze diseconomiche, tali da ripercuotersi poi pesantemente sul giudizio di appello.

A fondamento della soluzione sono richiamati precedenti concernenti il caso in cui la causa venga trattenuta in decisione senza che il giudice istruttore si sia pronunciato espressamente sulle istanze istruttorie (Cass. 19 febbraio 2021, n. 4487), eventualmente perché la causa sia stata trattenuta in decisione su una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito (Cass. 29 maggio 2012, n. 8576), nonché precedenti in tema di omessa riproposizione di domande ed eccezioni. E però, l'affermazione concernente l'omessa pronuncia da parte dell'istruttore sulle istanze istruttorie nulla dimostra per l'ipotesi fisiologica che il giudice abbia invece provveduto, in un modo o nell'altro. Quanto ai precedenti in materia di precisazione delle domande ed eccezioni, precedenti che costituiscono "il grosso" della tesi sostenuta, resta tutt'affatto da dimostrare che essi siano applicabili all'omessa riproposizione delle richieste istruttorie, governata dall'art. 178 c.p.c., equiparazione che anzi questa Corte ha espressamente escluso (in particolare Cass. 27 aprile 2011, n. 9410, poi ripresa da Cass. 27 giugno 2012, n. 10748).

Tuttavia, l'approfondimento del tema, nelle sue complessive dimensioni, esula dall'ambito di questa decisione, per la quale è sufficiente ribadire, in conformità alla giurisprudenza richiamata, che l'eccezione di incapacità, formulata prima dell'assunzione e ribadita dopo di essa, va necessariamente reiterata in sede di precisazione delle conclusioni dovendosi altrimenti reputare rinunciata: come si è detto, difatti, l'art. 157, comma 3°, c.p.c., stabilisce essere rinunciabile anche implicitamente l'eccezione di nullità della testimonianza, per il che, secondo quanto osservato, opera il combinato disposto di detta norma con il comma 1° dell'art. 178 ed il comma 1° dell'art. 189 c.p.c.

Sicché, si ripete, non v'è ragione, almeno a tal riguardo, di discostarsi dall'insegnamento, fermo quanto all'eccezione di nullità per incapacità a testimoniare, secondo cui essa va espressamente riproposta – il che, ovviamente, non vuol dire che non possa essere riproposta anche *per relationem*, se la *relatio* è univoca – in sede di precisazione delle conclusioni, essendo altrimenti rinunciata. (*Omissis*).

### **Incapacità di testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c. e onere della «duplice eccezione» secondo le Sezioni Unite**

1. – Nella pronuncia in commento le sezioni unite, esaminando le questioni sottoposte alla loro attenzione dalla terza sezione con l'ordinanza interlocutoria n. 18601 del 9 giugno 2022 – afferenti alla qualificazione del vizio della deposizione resa dal teste incapace, in violazione del limite

soggettivo di cui all'art. 246 c.p.c., nonché alle modalità di rilevazione e di deduzione del vizio stesso – hanno confermato l'orientamento giurisprudenziale dominante *in subiecta materia*.

Come è noto, secondo l'orientamento in discorso<sup>(1)</sup>, l'incapacità a testimoniare dovrebbe essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione della prova testimoniale da parte del giudice, in funzione di preventiva opposizione. L'ammissione della prova in violazione del limite soggettivo di cui all'art. 246 c.p.c., peraltro, determinerebbe la nullità della testimonianza acquisita, che la parte interessata, la quale non abbia concorso a dare luogo alla denunciata nullità, sarebbe tenuta a far valere nei modi e termini di cui all'art. 157, comma 2°, c.p.c., pena la sanatoria del vizio, e senza che l'eccezione di incapacità a testimoniare, sollevata dalla medesima parte prima dell'ammissione in istruttoria della prova testimoniale, possa ritenersi sufficiente al fine di evitare l'anzidetta sanatoria.

Orientamento, quello dianzi brevemente compendiato, messo in discussione, nei suoi aspetti fondamentali, dalla Terza Sezione della Suprema Corte la quale, anziché allinearsi allo stesso ed accogliere il ricorso di legittimità demandato alla sua decisione, aveva ravvisato l'opportunità di rimettere la causa alle sezioni unite, affinché fosse valutata per un verso l'attualità, nel vigente ordinamento processuale, del sistema a c.d. "duplice eccezione" al fine di far valere il vizio della prova testimoniale ammessa e assunta in violazione del divieto di cui all'art. 246 c.p.c., e per altro verso la ricostruzione del vizio della testimonianza resa dall'incapace in termini di nullità e, segnatamente, di una nullità relativa, in quanto tale suscettibile di sanatoria se non dedotta nei modi e termini di cui all'art. 157, comma 2°, c.p.c.

---

<sup>(1)</sup> Cfr. *ex multis* Cass. 6 dicembre 1980, n. 6349; Cass. 27 gennaio 1982, n. 534; Cass. 4 agosto 1990, n. 7869; Cass. 17 dicembre 1996, n. 11253; Cass. 20 giugno 1997, n. 5534; Cass. 21 aprile 1999, n. 3962; Cass. 1° luglio 2002, n. 9553; Cass. 2 febbraio 2004, n. 1879; Cass. 17 febbraio 2004, n. 2995; Cass. 7 agosto 2004, n. 15308; Cass. 30 luglio 2004, n. 14587; Cass. 29 marzo 2005, n. 6555 (implicitamente); Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462; Cass. 30 aprile 2007, n. 8358; Cass. 10 aprile 2008, n. 9351; Cass. 7 febbraio 2011, n. 3023; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2725; Cass. 16 marzo 2012, n. 4263; Cass. 10 aprile 2012, n. 5643; Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21670; Cass. 19 agosto 2014, n. 18036; Cass. 24 febbraio 2016, n. 3647; Cass. 22 aprile 2016, n. 8180; Cass. 20 giugno 2016, n. 12673; Cass. 23 novembre 2016, n. 23896; Cass. 8 giugno 2017, n. 14276; Cass. 30 gennaio 2019, n. 2535; Cass. 12 marzo 2019, n. 7095; Cass. 28 giugno 2019, n. 17607; Cass. 19 novembre 2019, n. 30065; Cass. 27 novembre 2019, n. 30995; Cass. 6 maggio 2020, n. 8528; Cass. 9 novembre 2020, n. 25021; Cass. 20 aprile 2021, n. 10374.

2. – Le sezioni unite fondano la propria decisione su quattro ordini di argomentazioni, che di seguito si sintetizzano.

In primo luogo, la sentenza si sofferma ad analizzare la modalità di rilevazione, d'ufficio ovvero ad istanza di parte, dell'eccezione di incapacità a testimoniare.

Sul punto, le Sezioni unite ritengono che l'eccezione in discorso debba qualificarsi alla stregua di una eccezione in senso stretto rilevabile solo ed esclusivamente ad istanza della parte interessata e che la *ratio* sottesa a detto regime di rilevabilità risiede nel fatto che la limitazione soggettiva sancita dall'art. 246 c.p.c. non può dirsi dettata a tutela di un ordine pubblico processuale, quanto piuttosto di interessi privatistici delle parti che ben potrebbero, scientemente, decidere di acconsentire all'ammissione ed all'assunzione della testimonianza di un soggetto incapace.

In altri e più chiari termini, il limite soggettivo di ammissibilità della prova per testi è dettato da una norma, l'art. 246 c.p.c., di carattere dispositivo, posto nell'esclusivo interesse delle parti e, per ciò stesso, detto limite deve intendersi dalle medesime parti derogabile, anche alla stregua di un accordo implicito desumibile dalla mancata opposizione della parte interessata all'ammissione della prova testimoniale.

Dopo aver preso posizione in merito alla *quaestio* del regime di rilevabilità dell'eccezione ex art. 246 c.p.c., la pronuncia si sofferma ampiamente sulla modalità di formulazione dell'eccezione in discorso, ribadendo l'irrinunciabilità ad un sistema a c.d. "duplice eccezione". Ed invero, le sezioni unite, ponendosi in linea con la storica sentenza della Cassazione n. 7869 del 4 agosto 1990<sup>(2)</sup>, ritengono che l'eccezione di incapacità a testimoniare vada formulata prima dell'ammissione della prova in istruttoria laddove, in mancanza, trattandosi, come anzidetto, di una eccezione rilevabile solo ad istanza di parte, il giudicante non potrebbe applicare *ex officio* la disciplina di cui all'art. 246 c.p.c. sicché, pur ravvisando la sussistenza di una ipotesi di incapacità del teste, sarebbe tenuto ad ammettere il

---

<sup>(2)</sup> La ordinanza interlocutoria della Suprema Corte, 9 giugno 2022, n. 18601, cit. ha identificato la genesi dell'indirizzo interpretativo in discorso proprio nella citata sentenza del 1990, sebbene vi siano pronunce della giurisprudenza di legittimità antecedenti che affermano che «la nullità delle deposizioni rese da persone incapaci di testimoniare, perché aventi nella causa un interesse a partecipare al giudizio, ha carattere relativo e resta sanata se non dedotta tempestivamente dagli interessati ai sensi dell'art. 157 c.p.c. in sede di espletamento della prova» (v. nota 1). Tuttavia, la *ratio* risiede nel fatto che detta sentenza del 1990 riporta delle argomentazioni più estese atte a giustificare, la necessità che, una volta ammessa ed assunta la prova testimoniale, l'eccezione di incapacità a testimoniare c.d. preventiva sia seguita da distinta ed apposita eccezione di nullità.

mezzo di prova. Non solo, ma la proposizione dell'eccezione di incapacità, ad opera della parte interessata, è prodromica alla rilevazione del vizio di nullità della prova testimoniale ammessa ed assunta in spregio al divieto di cui all'art. 246 c.p.c., poiché «quella nullità senza la precedente eccezione ormai non sussiste».

Si vuol dire, dunque, che se la parte che abbia eccepito in via preventiva l'incapacità, può poi decidere, scientemente, di non eccepire la nullità della prova acquisita in spregio al divieto di cui all'art. 246 c.p.c., al contrario invece, in mancanza dell'eccezione di incapacità preventiva, in funzione di preliminare opposizione all'ammissibilità della prova, la parte interessata non può far valere la nullità della prova assunta in contrasto con la menzionata disposizione, poiché la stessa deve considerarsi «definitivamente purgata della nullità».

Pertanto, a detta delle sezioni unite, il duplice onere di eccezione sarebbe reclamato proprio dall'attuale ordinamento processuale: la eccezione di incapacità deve essere formulata prima dell'ammissione della prova, pena poi l'impossibilità di rilevare la nullità della prova acquisita giacché il vizio, in assenza della prima eccezione, non sussiste, mentre l'eccezione di nullità deve essere sollevata necessariamente dopo il compimento dell'atto nullo e, dunque, dopo l'acquisizione della testimonianza dell'incapace, potendo, tuttavia, la parte rinunciare a dedurre il vizio laddove la testimonianza resa sia alla stessa favorevole.

Solo dopo aver affrontato le tematiche afferenti alla modalità di deduzione e formulazione dell'eccezione di incapacità a testimoniare e all'indispensabilità che la stessa sia comunque seguita dall'eccezione di nullità, al fine di far valere il vizio della testimonianza resa in violazione dell'art. 246 c.p.c., la pronuncia si sofferma sulla qualificazione del vizio. Le sezioni unite, sempre confermando l'orientamento prevalente, sostengono che la testimonianza acquisita in assenza del requisito della "capacità a testimoniare", espressamente previsto dal modello legale, sia nulla. Dunque, il mancato rispetto della regola di diritto, l'art. 246 c.p.c., che disciplina la struttura formale dell'atto processuale "prova testimoniale", determina la nullità della prova stessa. Nullità, la cui rilevazione spetta alla parte interessata, in ossequio alla regola generale sancita dall'art. 157, comma 1°, c.p.c., nei termini previsti dal comma secondo della medesima disposizione. La pronuncia, poi, nel prendere atto della sussistenza di un orientamento dottrinale che sostiene la riconducibilità del requisito della "capacità a testimoniare" nell'alveo delle nullità c.d. extraformali, soggiunge altresì che, in ogni caso, non assume rilevanza la distinzione fra nullità

formali ed extraformali, laddove anche a queste ultime si può applicare, in via analogica, la disciplina di cui agli artt. 156 ss. del codice di rito.

Infine, la Suprema Corte si sofferma sulla questione della necessaria reiterazione dell'eccezione di nullità, tempestivamente sollevata dalla parte subito dopo l'acquisizione della prova testimoniale, in sede di precisazione delle conclusioni, dovendosi, altrimenti, ritenere detta eccezione rinunciata. Tematica, quest'ultima, non oggetto di approfondimento da parte della Suprema Corte, siccome esulante dall'ambito decisionale alla stessa demandato, e che, pertanto, non sarà oggetto della presente nota.

3. – Una prima considerazione è a questo punto necessaria, volendo ripercorrere in senso critico i contenuti della sentenza, che si sono intesi d'anzì riportare. È d'uopo, infatti, rilevare che le argomentazioni che la pronuncia pone a sostegno della propria posizione, protese, in sostanza, a corroborare l'orientamento giurisprudenziale che, *in subiecta materia*, era già pressoché consolidato, non solo non sopiscono, a ben vedere, i dubbi che la terza sezione aveva inteso sollevare, ma neppure inquadrano correttamente la questione, da un punto di vista giuridico.

Le sezioni unite, infatti, si premurano specialmente di evidenziare e giustificare la necessità di un meccanismo a c.d. “duplice eccezione” al fine di far valere la nullità della testimonianza acquisita in violazione del limite soggettivo di ammissibilità ed evitare, così, la sanatoria del vizio. Non si concentrano invece sulle questioni principali: l'esatta individuazione dell'atto processuale che deve intendersi viziato, la relativa qualificazione del vizio nonché la consequenziale modalità di rilevazione e di deduzione dello stesso.

Ed invero, sin dall'*incipit* della loro dissertazione, le sezioni unite mostrano di aderire a priori alla tesi che qualifica il vizio, che parrebbe riguardare solo la deposizione testimoniale resa e non già anche l'ordinanza ammissiva della prova in istruttoria, come una ipotesi di nullità relativa. Ciò si deduce proprio dall'ordine di trattazione delle questioni: dapprima, la tematica del regime di rilevabilità dell'eccezione di incapacità, poi quella della formulazione della menzionata eccezione, sostenendo con rigore la necessità che l'eccezione di incapacità sia seguita dall'eccezione di nullità, da formularsi subito dopo l'acquisizione della testimonianza sì da impedire la sanatoria del vizio che affligge la sola prova acquisita. Solo alla fine, dopo aver già implicitamente inteso ricomprendere il vizio in discorso nelle ipotesi di nullità, la pronuncia si sofferma, brevemente, sulle ragioni sottese alla qualifica della prova testimoniale, assunta in violazione dei limiti soggettivi, come nulla.

4. – Fatta questa doverosa premessa, prima di verificare se il sistema a c.d. “duplice eccezione”, avallato dalla maggioritaria giurisprudenza e ora dalle stesse sezioni unite, possa ritenersi effettivamente indispensabile e confacente all’attuale sistema giuridico processuale, è necessario, dapprima, individuare gli atti che devono intendersi viziati, e in particolare se questi debbano identificarsi nella deposizione del teste incapace, una volta resa, ovvero nell’ordinanza ammissiva della prova testimoniale o, ancora, in ultima analisi, nel complesso dei due atti. Dopo di ciò, il corretto ordine delle questioni da affrontare impone di stabilire la natura del vizio che affligge ciascuno degli atti dianzi individuati come viziati e, una volta stabilita la natura del vizio, individuare le rispettive modalità di rilevazione e di deduzione dello stesso, strettamente correlate alla sua qualificazione. Infine, occorre esaminare la funzione assolta dall’eccezione di incapacità preventiva, sollevata dalla parte interessata prima dell’emissione dell’ordinanza istruttoria.

5. – Ora, è d’uopo avere riguardo alla prima delle questioni dianzi prospettate, ossia alla questione dell’esatta individuazione dell’atto che deve intendersi viziato, giacché emesso in violazione del limite soggettivo di cui all’art. 246 c.p.c.

La pronuncia in commento, così come le sentenze di legittimità che la precedono, fa riferimento al vizio della sola deposizione testimoniale siccome resa ed acquisita in mancanza del requisito della “capacità a testimoniare”, espressamente richiesto dall’art. 246 c.p.c.

In altri e più chiari termini, l’orientamento giurisprudenziale in discorso individua come unico atto viziato la testimonianza resa dal teste incapace in quanto la mancanza del requisito di forma della “capacità a testimoniare” renderebbe la stessa difforme, nella sua forma-contenuto, al modello dettato dalla menzionata norma.

Nulla viene proferito con riferimento all’ordinanza ammissiva della prova testimoniale in istruttoria. A nostro sommo avviso, invece, proprio detta ordinanza è il primo atto da assumersi come viziato, giacché dispone l’assunzione della prova testimoniale che, in ossequio al divieto di legge di cui all’art. 246 c.p.c., non avrebbe dovuto essere ammessa.

Nella delineata prospettiva, allora, due sono gli atti viziati: l’ordinanza con cui il giudice ammette in istruttoria la prova testimoniale e la eventuale successiva deposizione testimoniale resa dal teste incapace.

6. – Una volta identificati i due atti che devono assumersi viziati, occorre dapprima individuare la natura del vizio che affligge l’ordinanza

istruttoria, siccome emessa in spregio del divieto di cui all'art. 246 c.p.c., e le relative modalità di rilevazione e di deduzione del vizio, strettamente correlate alla sua qualificazione.

A nostro avviso, l'ordinanza istruttoria che ammette la prova testimoniale in violazione del limite soggettivo di cui all'art. 246 c.p.c., deve ritenersi affetta da nullità<sup>(3)</sup>.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità, cui si conformano le stesse sezioni unite in commento, ritiene che la causa di nullità dell'atto processuale emesso in violazione al divieto di cui all'art. 246 c.p.c. debba individuarsi nel mancato rispetto di una regola di diritto riguardante la struttura formale del relativo atto processuale.

In altri e più chiari termini, secondo la giurisprudenza di legittimità, «se la nullità è la sanzione conseguente ad un vizio proprio dell'atto che lo rende difforme alla sua forma-contenuto prevista dalla legge», l'atto processuale emesso in spregio del divieto di cui all'art. 246 c.p.c., dovrebbe ritenersi nullo laddove difforme, nella sua forma-contenuto, al modello legale previsto dalla predetta norma. Di qui, dunque, trattandosi di vizio di nullità riferibile alla "forma", la disciplina applicabile sarebbe quella dettata dagli artt. 156 ss. c.p.c. e, segnatamente, la regola generale sancita dall'art. 157, comma 1°, c.p.c. secondo cui, in assenza di specifica previsione di legge, la nullità per vizio di forma deve essere rilevata ad istanza della parte interessata.

Tuttavia, come già anticipato, il medesimo orientamento giurisprudenziale<sup>(4)</sup> sostiene che l'unico atto processuale da qualificarsi come nullo, giacché difforme, nella sua "forma", alla struttura dettata dall'art. 246 c.p.c., sia la deposizione testimoniale resa dal teste incapace<sup>(5)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Cfr. E. Allorio, *Problemi di diritto*, Milano 1957, I, 424 ss., ove l'a. afferma: «il provvedimento ammissivo d'una prova, preso contro il divieto di legge (...) può ricondursi sul piano della teoria del diritto, alla categoria generale dell'atto giuridico con oggetto non consentito: categoria di atto viziato la cui disciplina sul terreno privatistico consiste indubbiamente nella statuizione della sua invalidità per mancanza di un "requisito": ora dalla reazione che il diritto privato esplica dinanzi a tale tipo d'atto difettoso sempre potersi – non ostandovi una dissomiglianza di *ratio* – trarre argomento ad analoga disciplina per il caso (che poi è il nostro) del provvedimento processuale ad oggetto inidoneo, non permesso. L'ammissione d'una prova che non doveva ammettersi all'esperimento o alla produzione è atto invalido».

<sup>(4)</sup> Si rinvia alla nota 1.

<sup>(5)</sup> Fra le numerose pronunce che sostengono che la prova resa in violazione dell'art. 246 c.p.c. sia nulla e che il relativo vizio sia rilevabile solo ad istanza della parte interessata ai sensi dell'art. 157, comma 2°, c.p.c., l'unica sentenza che affronta la questione *ex professo* è Cass. 6 maggio 2020, n. 8528, secondo cui «l'incapacità del testimone (...) è disciplinata da una norma specifica in materia di prova testimoniale (art. 246 c.p.c.) che, come tale, è una

A nostro avviso, invece, muovendo dall'enunciato insegnamento, si dovrebbe piuttosto ritenere che l'ordinanza istruttoria sia il primo atto processuale difforme dal modello legale siccome, in violazione dell'art. 246 c.p.c., la stessa dà ingresso nel processo ad una prova, quella testimoniale, la cui escussione non è ammessa dall'ordinamento giuridico.

Un secondo orientamento, invece, avallato da autorevole, seppur minoritaria, dottrina<sup>(6)</sup> sostiene che «la materia disciplinata dall'art. 246 c.p.c. non rientra nella forma, intesa come contenuto minimo degli atti», e che, dunque, la menzionata disposizione non si limiti ad individuare la struttura formale che il relativo atto processuale deve assumere. Piuttosto, l'art. 246 c.p.c. deve inquadrarsi nelle regole di giudizio che attengono alla formazione del convincimento del giudice, sulla quale non può incidere il comportamento omissivo delle parti.

In altri termini, il secondo orientamento, pur qualificando il vizio dell'atto processuale emesso in violazione dell'art. 246 c.p.c. in termini di nullità, afferma che detta nullità deve ricomprendersi tra le nullità c.d. extraformali<sup>(7)</sup> e, come tale, non assoggettabile alla disciplina di cui agli artt. 156 ss. c.p.c.<sup>(8)</sup>, dettata per le sole nullità c.d. formali, bensì alla

---

norma sul procedimento civile e, dunque, disciplinatrice della "forma" del relativo atto processuale ai sensi dell'art. 156 c.p.c. L'affidamento all'eccezione di parte della prospettazione dell'incapacità e, dunque, della deduzione della violazione della norma del procedimento, si risolve nella qualificazione di essa come eccezione di nullità ai sensi del citato art. 157, comma 1°, c.p.c.».

<sup>(6)</sup> Cfr. V. Andrioli, voce *Prova testimoniale*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, 338; M. Taruffo, voce *Prova testimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 738; L. Dittrich, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano 2000, 373 ss.; V. Dentì, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino 1968, 473; A. Dondi, *La prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. civ.*, XVI, 1996.

<sup>(7)</sup> La categoria delle nullità formali «comprende ogni ipotesi di atto nullo per un vizio riferibile al contenuto-forma inteso, questo, come il complesso degli elementi costitutivi che assumono esteriore rilevanza per la tipicità dell'atto stesso», mentre «alla categoria delle extraformali è riferibile qualsiasi altra carenza che si manifesti nella fattispecie» (cfr. C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2ª ed., Torino 2010, I, 82; R. Poli, *Invalità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino 2012, 36, spec. nota 32; E. Grasso, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra ed extra petizione*, in questa *Rivista* 1965, 411, nota 49; E. Redenti, voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 112-113 e 125 ss.).

<sup>(8)</sup> Si veda A. Attardi, *Diritto processuale civile*, Padova 1999, 429; R. Oriani, voce *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur.*, XXI, 1990, 10; S. La China, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano 1991, 740 ss.; Id., *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano 1970, 463; B. Ciaccia Cavallari, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano 1981, 127 ss.; G. Martinetto, *Della nullità degli atti*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Torino 1973, I, 2, 1579; V. Dentì, voce *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 470; E. Grasso, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra ed extra petizione*, cit., 411 ss.; A. Proto Pisani, *Opposizione*

regola dell'insanabilità e della rilevabilità *ex officio* <sup>(9)</sup>.

In sostanza, dunque, l'orientamento in questione pretende di fondare sul carattere "extraformale" della nullità il differente regime di rilevabilità del vizio, sostenendo l'inapplicabilità alle c.d. nullità extraformali, in via analogica, delle disposizioni di cui agli artt. 156 ss. del codice di rito.

Ora, sulla scorta dell'enunciato insegnamento, dovremmo ritenere, dunque, che l'ordinanza istruttoria sia nulla, non perché difforme, nella forma-contenuto, dal modello previsto *ex lege*, quanto piuttosto perché, ammettendo una prova inammissibile, violerebbe una regola di giudizio, nel caso di specie l'art. 246 c.p.c., posta a presidio del corretto formarsi del convincimento dell'organo giudicante.

Tuttavia, a nostro sommessimo avviso, non può modularsi sulla classificazione della nullità come formale o extraformale la disciplina della sua rilevabilità, d'ufficio ovvero ad istanza della parte interessata. Ed invero, come parte della dottrina <sup>(10)</sup> non ha mancato di rilevare, la distinzione fra

*di terzo ordinaria. Art. 404, primo comma, c.p.c.*, Napoli 1965, 526; E. Redenti, voce *Atti processuali civili*, cit., 126 ss.; F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma 1956, 337; M.T. Zanzucchi, C. Vocino, *Diritto processuale civile*, I, Milano 1955, 449.

Vi è poi chi ritiene che la normativa dettata dagli artt. 156 ss. c.p.c. possa essere estesa in via analogica alle nullità non formali (cfr. E. Redenti, M. Vellani, *Diritto processuale civile*, I, Milano 2000, 270; G. Tarzia, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano 1967, 153; F. Carnelutti, *Citazione sottoscritta da difensore incompetente*, in questa *Rivista* 1958, 116 ss.).

<sup>(9)</sup> In dottrina vi è chi reputa che le nullità c.d. extraformali siano assoggettate alla regola dell'insanabilità e della rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del processo (ma non oltre il giudicato), regola che si ricaverebbe dalla disposizione dell'art. 158 c.p.c. (cfr. E. Grasso, *op. cit.*, 412; G. Martinetto, *Della nullità degli atti*, cit.).

<sup>(10)</sup> Cfr. C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., 82; R. Poli, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in questa *Rivista* 1995, 484, spec. nota 46; Id., *Invalità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 34 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici; C. Mandrioli, *In tema di vizi c.d. "non formali" degli atti processuali*, in *Jus* 1966, 320 ss.; S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1959, I, 535 ss.; C. Furno, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, Milano 1951, I, 410 ss.

La distinzione tra i tra requisiti formali ed extraformali degli atti è accolta, invece, da A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5<sup>a</sup> ed., Napoli 2010, 212; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 6<sup>a</sup> ed., Milano 2011, I, 410 ss.; S. La China, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 2003, I, 318 ss.; Id., *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 740 ss.; F. Marelli, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova 2000, 27 ss., ove l'a. distingue tra requisiti formali e presupposti degli atti; F. Auletta, *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Padova 1999, 146 ss.; V. Denti, voce *Invalità (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Agg.*, I, 1997, 709 ss.; Id., *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 470; B. Ciaccia Cavallari, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, cit., 98 ss.; G. Martinetto, *op. cit.*, 1579 ss.; G. Tarzia, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 133; E. Grasso, *op. cit.*, 410 ss.

nullità formali e nullità extraformali presta il fianco a non pochi dubbi circa la sua effettiva utilità. *In primis*, da un punto di vista logico, per la difficoltà tecnica di distinguere i c.d. vizi extraformali, cioè quei vizi che si manifesterebbero nella fattispecie dell'atto, dai c.d. vizi formali, cioè quei vizi riferibili alla veste esteriore dell'atto e, dunque, alla forma-contenuto. Ma le principali obiezioni alla contrapposizione in esame emergono sul piano pratico-operativo: se, infatti, la difficoltà di distinguere il vizio formale dal vizio extraformale, di cui si è appena detto, rende particolarmente ostica per l'interprete l'operazione di classificazione della nullità, con evidente rischio di arbitrio nella individuazione della disciplina applicabile, per altro verso la pretesa di fondare sul carattere formale o non formale del vizio un differente regime dello stesso non trova alcuna conferma nelle disposizioni normative<sup>(11)</sup>.

Piuttosto, la disamina delle disposizioni del codice di rito sembrerebbe suggerire che il legislatore abbia inteso assumere una nozione lata di "forma"<sup>(12)</sup>, in grado di ricomprendere, più in generale, tutti i requisiti previsti dal modello legale, laddove tutti concorrenti alla formazione dell'atto processuale civile, con il corollario che le norme sul procedimento

---

<sup>(11)</sup> Così R. Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 38 ss.

<sup>(12)</sup> Cfr. R. Poli, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, cit., 485, ove in nota 46 si afferma «se si tiene conto della natura essenzialmente formale del procedimento, e del fatto che le norme relative agli atti processuali (...) non conoscono che "requisiti formali" degli atti, non conviene (...) utilizzare il concetto di forma dell'atto in tutta la sua ampiezza?»; L. Montesano, *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro it.* 1952, 147, che afferma «non può essere accolta la concezione – tutt'ora ampiamente diffusa – della forma come di un elemento o di un aspetto dell'atto, perché la detta forma è il farsi dell'atto; onde non v'è atto che non si esprima in una forma o meglio ogni atto giuridico, in quanto tale, cioè dinamicamente considerato, è forma. In altri termini, poiché ogni atto giuridico è esercizio di un potere, la forma è il modo d'esercizio d'un potere giuridico»; R. Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti*, cit., 44 ss., ove l'a. afferma che «in questa prospettiva, pertanto, la "forma" non rileva come uno dei requisiti della fattispecie dell'atto, ma viene intesa come l'insieme dei requisiti che concorrono alla formazione dell'atto stesso, alla sua realizzazione materiale; aventi o meno, tali requisiti, una connotazione estrinseca, che si manifesta nella realtà concreta dell'atto: il concetto di forma connota quindi le condizioni – percettibili o meno nella realtà esterna – che hanno strutturato il procedimento di formazione dell'atto processuale. Nella medesima prospettiva, allora, rientrano tra i requisiti di forma dell'atto processuale anche quelli che tradizionalmente sono considerati extraformali, quali la capacità, la volontarietà e la legittimazione della parte che compie l'atto»; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, 27<sup>a</sup> ed., Torino 2019, I, 517, ove si afferma che «forse la soluzione migliore è tenere presente che anche i requisiti che inizialmente hanno natura non formale, finiscono – con lo svolgersi della serie degli atti – col divenire formali anche essi, poiché quando si compie senza che quello precedente abbia posseduto tutti i requisiti, si estrinseca in condizioni diverse da quelle volute dalla legge. Perciò è forse più corretto ritenere che questa disciplina delle nullità riguarda tutti i requisiti degli atti, considerati nel loro aspetto formale».

civile, e fra queste l'art. 246 del codice di rito, individuano le condizioni che devono strutturare il procedimento di formazione dell'atto processuale, affinché quest'ultimo possa essere valido.

L'assunzione di un concetto di forma così ampio comporta che anche quei vizi che il secondo orientamento dianzi compendiato suole ricondurre fra nullità extraformali finiscono per essere ricompresi nel concetto più esteso di "forma".

Ora, muovendo dall'enunciato insegnamento, l'art. 246 c.p.c. deve intendersi quale una delle disposizioni che concorre ad identificare le condizioni che devono connotare la formazione dell'ordinanza istruttoria affinché la stessa possa essere valida.

In particolare, detta ordinanza deve avere ad oggetto una prova, nel caso di specie la prova testimoniale, che detenga tutti i requisiti previsti dalla legge per la sua ammissibilità.

Nella delineata prospettiva, dunque, l'ordinanza ammissiva della prova testimoniale in violazione del limite soggettivo di cui all'art. 246 c.p.c. è nulla, in quanto la stessa assume una struttura difforme da quella prescritta dalla menzionata disposizione, la quale sancisce che l'ordinanza, affinché possa essere valida, deve ammettere in istruttoria la testimonianza del solo teste capace.

7. – Una volta qualificata come nulla l'ordinanza istruttoria ammissiva della prova testimoniale in spregio del divieto di cui all'art. 246 c.p.c., occorre esaminare la questione afferente alla modalità di rilevazione e di deduzione del vizio di nullità.

Abbiamo già escluso la possibilità di fondare il diverso regime di rilevazione della nullità sul carattere formale o extraformale del vizio, per le motivazioni dianzi esposte. Di qui, dunque, la necessità di individuare un criterio guida che consenta di identificare il regime di rilevanza della nullità che affligge l'ordinanza che ammette in istruttoria la prova testimoniale inammissibile, in violazione del limite soggettivo sancito dall'art. 246 c.p.c.

La lettera dell'art. 157, comma 1°, c.p.c. parrebbe fissare il principio di tassatività e di tipicità delle nullità rilevabili d'ufficio. In questa prospettiva, il vizio di nullità dell'ordinanza istruttoria dovrebbe necessariamente essere rilevato ad istanza della parte interessata, in assenza di specifica previsione di legge che statuisca la sua rilevanza *ex officio* <sup>(13)</sup>.

---

(13) Cfr. G. Verde, *Profili del processo civile*, 6ª ed., Napoli 2002, I, 309.

Tuttavia, come la miglior dottrina<sup>(14)</sup> non ha mancato di rilevare, l'anzidetto criterio della tassatività e tipicità appare inidoneo a regolare compiutamente il profilo della rilevabilità officiosa, laddove occorre tenere in considerazione anche quelle nullità non espressamente previste *ex lege*, ma derivanti dalla mancanza di un requisito indispensabile allo scopo, ai sensi dell'art. 156, comma 2°, c.p.c. per le quali il regime della rilevabilità deve necessariamente essere ricostruito in via interpretativa.

A tale ultimo riguardo, la dottrina<sup>(15)</sup> ha elaborato un ulteriore criterio per discriminare tra rilevabilità officiosa e su istanza di parte del vizio di nullità, basato sul tenore dell'interesse protetto dalla norma che prescrive le condizioni che devono strutturare il procedimento di formazione dell'atto processuale. In particolare, secondo il criterio in discorso, il vizio di nullità è rilevabile d'ufficio allorquando l'interesse protetto dalla norma non è un interesse privato bensì un interesse di natura pubblicistica, relativo al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, per cui la scelta di reagire a tale deviazione dal modello legale non può essere lasciata alla libera disponibilità delle parti in causa.

Muovendo dall'enunciato criterio, due sono gli orientamenti che si sono formati con specifico riguardo all'art. 246 c.p.c.

Un primo orientamento<sup>(16)</sup> sostiene che il divieto sancito dalla menzionata disposizione sia di ordine pubblico, con la conseguenza che la relativa eccezione di nullità deve ritenersi rilevabile anche d'ufficio. Ed invero, a detta dell'orientamento in questione, dal momento che l'art. 246

---

(14) Cfr. C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., 91; F. Auletta, *Sulla sanatoria delle nullità relative alla prova testimoniale*, in *Giust. civ.* 1999, 2068 ss.; R. Oriani, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 10; V. Denti, voce *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 468 ss.

(15) Si veda F. Auletta, *Sulla sanatoria delle nullità relative alla prova testimoniale*, cit., 2069, ove l'a. afferma che «anche una nullità dichiarata ai sensi dell'art. 156 c.p.c. infatti può essere soggetta al rilievo officioso, benché la rilevabilità d'ufficio non sia naturalmente prevista in modo esplicito; questo è possibile qualora l'integrità dell'atto specificamente considerato sia posta a presidio della stessa funzione giurisdizionale e manca veramente una parte nel cui esclusivo interesse possa dirsi stabilito il requisito difettoso»; C. Punzi, *op. cit.*, 91, ove si dice che secondo il tradizionale insegnamento «il vizio di nullità (...) è rilevabile d'ufficio quando l'interesse protetto dalla norma che prescrive un determinato requisito dell'atto non è un interesse privato, ma di natura pubblicistica, relativo al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, per cui la scelta di reagire a tale deviazione non può essere lasciata alla disponibilità delle parti». Si veda anche R. Oriani, *op. cit.*, 10; G. Martinetto, *op. cit.*, 1596; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, 18ª ed., Torino 2006, I, 473; G. Conso, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1965, 142; M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, 343.

(16) Si rinvia alla nota 6.

c.p.c. non si limiterebbe ad individuare la struttura formale dell'atto, il divieto che lo stesso prevede deve intendersi naturalmente dettato a tutela del corretto svolgimento del giudizio e, in particolare, della corretta formazione del convincimento del giudice, sulla quale non potrebbe giammai incidere il comportamento omissivo delle parti.

Al contrario, invece, il secondo orientamento<sup>(17)</sup> ritiene che il limite di ammissibilità sancito dall'art. 246 c.p.c., che si limita ad individuare la "forma" del relativo atto processuale ai sensi dell'art. 156 c.p.c., sia posto nell'esclusivo interesse della parte contro la quale viene richiesta l'escusione del teste (in tesi) incapace, sicché il vizio di nullità non è rilevabile d'ufficio dal giudice ma, ai sensi dell'art. 157, comma 2°, c.p.c., dalla parte interessata nella prima istanza o difesa successiva alla verifica del vizio (ovvero alla conoscenza della nullità in discorso).

Tuttavia, a ben vedere, entrambi gli orientamenti, pretendono di risalire alla natura dell'interesse protetto dalla disposizione (interesse di natura privatistica ovvero di natura pubblicistica), avendo riguardo al carattere formale o extraformale del vizio di nullità di cui sarebbe affetto l'atto emesso in spregio al divieto prescritto dall'art. 246 c.p.c.

Ora, se per un verso può ritenersi condivisibile l'impiego, quale criterio discrezionale fra la nullità rilevabile d'ufficio (o assoluta) e la nullità rilevabile ad istanza di parte (o relativa), della natura dell'interesse protetto dalla norma, per altro verso non può di certo accettarsi l'automatismo che stabilisce la correlazione fra la nullità per vizio di forma con la natura privatistica dell'interesse e fra la nullità per vizio non formale (o extraformale) con la natura pubblicistica dell'interesse protetto dalla norma. In tal modo, infatti, si finirebbe, ancora una volta, per accettare di fondare sulla distinzione fra nullità formale e nullità extraformale il differente regime di rilevazione del vizio.

Piuttosto, volendo assumere quale criterio guida quello della natura dell'interesse protetto dalla norma, al fine di individuare il regime di rilevanza del vizio di nullità che affligge l'ordinanza istruttoria ammissiva della prova testimoniale inammissibile, occorre comprendere se, e in caso

---

(17) In termini Cass. 6 maggio 2020, n. 8528, secondo cui «l'incapacità del testimone (...) è disciplinata da una norma specifica in materia di prova testimoniale (art. 246 c.p.c.) che, come tale, è una norma sul procedimento civile e, dunque, disciplinatrice della "forma" del relativo atto processuale ai sensi dell'art. 156 c.p.c. L'affidamento all'eccezione di parte della prospettazione dell'incapacità e, dunque, della deduzione della violazione della norma del procedimento, si risolve nella qualificazione di essa come eccezione di nullità ai sensi del citato art. 157, comma 1°, c.p.c.». In dottrina si veda F. Marelli, *La conservazione degli atti invalidi*, cit., 135.

di esito positivo perché, il divieto di legge prescritto dall'art. 246 c.p.c. sia posto nell'esclusivo interesse della parte.

A nostro sommo avviso, detto divieto di dare ingresso, nel processo, alla testimonianza del teste incapace deve intendersi dettato nell'interesse delle parti, *rectius* della parte contro cui la prova testimoniale è diretta. Ed invero, la previsione del menzionato divieto scaturisce da una valutazione effettuata *ex ante* dal legislatore, protesa a tutelare l'interesse della parte che potrebbe essere pregiudicata dall'ammissione in istruttoria della testimonianza di colui che vanta un interesse giuridicamente rilevante nella causa, tale da legittimarlo ad essere parte del giudizio, giacché quest'ultimo potrebbe, astrattamente e potenzialmente, rendere dichiarazioni non veritiere, tali da poter determinare una errata ricostruzione dei fatti di causa da parte del giudice. Di qui, dunque, è evidente come a venire in rilievo sia l'esclusivo interesse della parte all'ammissione ed all'escussione della prova testimoniale e non già anche un interesse pubblicistico di tutela dello svolgimento della funzione giurisdizionale.

A tale ultimo riguardo, infatti, si può constatare come la corretta formazione del convincimento del giudice ed il corretto svolgimento dell'istruttoria siano garantiti a prescindere dal divieto dettato dalla disposizione in discorso.

In altri e più chiari termini, si vuol dire che, pur in assenza dell'eccezione di parte funzionale a far valere il vizio di nullità dell'ordinanza istruttoria emessa in violazione dell'art. 246 c.p.c. ovvero in caso di intempestiva eccezione di parte, con consequenziale sanatoria del vizio, l'eventuale testimonianza, inammissibile ma ciononostante ammessa ed acquisita, è soggetta al vaglio di attendibilità che l'organo giudicante è tenuto a compiere sulle dichiarazioni rese dal teste incapace: attendibilità che, peraltro, non può essere esclusa a priori, a ciò potendo il giudice pervenire solo previa rigorosa valutazione delle dichiarazioni rese e di un loro eventuale contrasto con le ulteriori e distinte risultanze probatorie.

Nella delineata prospettiva, dunque, il rilievo della nullità è subordinato all'eccezione di parte siccome l'interesse tutelato dalla disposizione in discorso, la quale prescrive che l'ordinanza istruttoria abbia ad oggetto la prova testimoniale ammissibile, è posto nell'esclusivo interesse della parte contro la quale viene richiesta l'escussione del teste. Invero, la parte interessata ben potrebbe determinarsi a non rilevare la nullità dell'ordinanza istruttoria resa in violazione del divieto di cui all'art. 246 c.p.c., con consequenziale sanatoria del vizio, ai sensi dell'art. 157, comma 2°, c.p.c., senza che il suo comportamento omissivo possa pregiudicare il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, e in particolare la corretta for-

mazione del convincimento del giudice nonché il corretto svolgimento dell'istruttoria, garantiti non dal divieto di cui all'art. 246 c.p.c. quanto piuttosto da quella che potremmo definire la c.d. "valvola di sicurezza", rappresentata dal vaglio di attendibilità delle dichiarazioni rese dal teste incapace che l'organo giudicante è sempre tenuto a svolgere, a prescindere da un eventuale comportamento omissivo della parte interessata alla rilevazione del vizio di nullità, di cui è affetta l'ordinanza istruttoria ammissiva della prova testimoniale inammissibile.

8. – Dopo aver constatato che l'ordinanza ammissiva della testimonianza, resa in spregio del divieto di cui all'art. 246 c.p.c., è nulla e che il vizio di nullità deve essere eccepito dalla parte interessata ai sensi dell'art. 157 c.p.c., laddove l'interesse protetto dalla disposizione che prescrive il predetto divieto è di natura privata e non di carattere pubblicistico, per le motivazioni dianzi esposte, occorre individuare la natura del vizio del secondo atto, ossia la deposizione testimoniale, una volta assunta in istruttoria.

A tale riguardo, è d'uopo rilevare che la nullità dell'ordinanza istruttoria, quale primo atto viziato, si estende all'atto processuale successivo e da esso strettamente dipendente, ai sensi dell'art. 159 c.p.c.<sup>(18)</sup>, ovvero sia alla testimonianza resa dal teste incapace.

Pertanto, la dichiarazione testimoniale eventualmente acquisita, nonostante l'eccezione di nullità sollevata dalla parte interessata in funzione di contestazione dell'ordinanza che ha dato ingresso ad una prova inammissibile, deve intendersi parimenti nulla in ragione del fenomeno della c.d. nullità derivata.

Nella delineata prospettiva, dunque, la parte interessata è tenuta a sollevare, subito dopo l'emissione dell'anzidetta ordinanza, nei modi e termini dettati dall'art. 157, comma 2°, c.p.c., l'eccezione di nullità. Tuttavia, laddove il giudice, nonostante l'eccezione di nullità sollevata dalla parte con riferimento all'atto principale, ossia l'ordinanza istruttoria, decida comunque di escutere il teste incapace, la deposizione resa, per propagazione, deve ritenersi nulla.

Per quanto concerne poi, il tipo ed il regime della nullità derivata, occorre segnalare due orientamenti. Secondo un primo orientamento<sup>(19)</sup>,

---

<sup>(18)</sup> In assenza di specifica previsione normativa, tanto la nullità c.d. relativa (o rilevabile ad istanza di parte) quanto la nullità c.d. assoluta (o rilevabile d'ufficio) si trasmette, per propagazione, all'atto successivo.

<sup>(19)</sup> In termini si veda G. Conso, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano 1955, 80; G. Martinetto, *op. cit.*, 1621; R. Oriani, *op. cit.*, 20.

in assenza di espresse disposizioni in contrario, la nullità si trasmette con modalità e caratteristiche analoghe a quelle proprie dell'atto anteriore. Pertanto, nel caso che ci occupa, la testimonianza resa, in quanto atto successivo e dipendente, dovrebbe considerarsi afflitta, al pari dell'ordinanza istruttoria emessa in contrasto con il divieto di cui all'art. 246 c.p.c., da nullità relativa, rilevabile solo ad istanza della parte interessata.

Il secondo orientamento, al contrario<sup>(20)</sup>, sostiene che, quando il vizio non origina nell'atto ma deriva dalla sua relazione con il pregresso atto nullo, deve intendersi comunque un vizio proprio dell'atto, il cui trattamento non deve essere necessariamente il medesimo riserbato all'atto antecedente, ma quello proprio dell'atto cui si riferisce.

A nostro avviso, la c.d. nullità derivata, che si verifica allorché un atto è colpito da nullità non per un vizio proprio ma perché è viziato di nullità un atto precedente della serie procedimentale da cui il primo dipende, è sempre rilevabile d'ufficio.

Ed inverò, si tratta di un vizio, quello della nullità per estensione, che non è nella libera disponibilità della parte, a differenza del vizio di nullità che, come si è visto, affligge l'atto principale, ossia l'ordinanza ammissiva, la cui rilevazione è, invece, nell'esclusiva disponibilità della parte interessata in ragione della natura privata, e non pubblicistica, dell'interesse tutelato dal divieto di legge di cui all'art. 246 c.p.c.

Ciò posto, chiarito il regime di rilevabilità officiosa del vizio di nullità derivata che colpisce la dichiarazione testimoniale resa dal teste, è evidente che la parte interessata sia tenuta ad eccepire la nullità con riferimento alla sola ordinanza ammissiva, quale atto originariamente viziato. La mancanza di quest'ultima eccezione, trattandosi di nullità, quella che afferisce alla menzionata ordinanza istruttoria, rilevabile solo ad istanza di parte ai sensi dell'art. 157 c.p.c., determina la sanatoria del vizio, con il corollario che la testimonianza acquisita deve ritenersi pienamente valida.

Né può ritenersi sufficiente, al fine di evitare la predetta sanatoria, l'eccezione articolata con riguardo alla sola dichiarazione testimoniale resa piuttosto che con riguardo all'ordinanza istruttoria. All'uopo, infatti, è indispensabile che la parte interessata contesti, con apposita eccezione di nullità, il primo atto viziato e quindi, nel caso in esame, l'ordinanza istruttoria.

---

<sup>(20)</sup> Si veda C. Vocino, *Annulabilità del compromesso e sentenza arbitrale*, in *Scritti in onore di Scialoja*, IV, Milano 1953, 424.

9. – Dopo aver constatato, quindi, che la parte interessata, al fine di impedire la sanatoria della nullità da cui è affetta l'ordinanza istruttoria, emessa in violazione del divieto di cui all'art. 246 c.p.c., è tenuta a dedurre, con apposita eccezione, la nullità della stessa nei modi e termini di cui all'art. 157, comma 2°, c.p.c. e che, nel caso in cui il giudicante, nonostante l'eccezione di nullità formulata con riguardo alla predetta ordinanza, proceda con l'acquisizione della prova, quest'ultima deve ritenersi parimenti affetta dal vizio di nullità, per derivazione, ma che non è necessario la reiterazione dell'eccezione di nullità già formulata con riferimento al primo atto viziato, al fine di far valere la nullità c.d. derivata, giacché quest'ultima è rilevabile *ex officio*, occorre esaminare l'ultima delle questioni che ci occupa, concernente il rapporto dell'eccezione di nullità con l'eccezione di inammissibilità della prova, eventualmente articolata prima dell'ammissione della prova testimoniale.

Una prima posizione, avallata da parte minoritaria della dottrina<sup>(21)</sup>, ritiene che l'eccezione di incapacità c.d. preventiva non debba necessariamente essere seguita dall'eccezione di nullità, siccome la prima sarebbe già sufficiente ad impedire la sanatoria del vizio. A detta dell'indirizzo interpretativo in discorso, dunque, il giudice dovrebbe tenere da conto l'eccezione formulata prima dell'ammissione della prova in istruttoria, senza la necessità che la stessa sia seguita dall'eccezione di nullità, così giungendo ad equiparare, dal punto di vista funzionale, l'eccezione di incapacità c.d. preventiva all'eccezione di nullità.

Tuttavia, l'orientamento in questione non può essere condiviso per due ordini di motivazioni. *In primis*, l'eccezione di incapacità c.d. preventiva assolve alla funzione di preliminare opposizione all'ammissione della prova in istruttoria, laddove, invece, l'eccezione di nullità deve essere sollevata dalla parte interessata al fine di contestare il vizio che affligge l'atto emesso in contrasto con un divieto di legge, sì da impedirne la sanatoria. *In secundis*, oltre alla diversa funzionalità delle due eccezioni, ammettere che l'eccezione preventiva possa sostituire la diversa e successiva eccezione di nullità implicherebbe contraddire il dettato dell'art. 157 c.p.c., che stabilisce espressamente che la nullità va rilevata, ad istanza di parte, dopo il compimento dell'atto asseritamente viziato nei modi e termini ivi indicati.

---

<sup>(21)</sup> Si veda R. Crevani, in Aa.Vv., *Istruzione probatoria (artt. 191-266)*, a cura di M. Taruffo, Torino 2014, 691; M. Montanari, *Il dogma della "doppia" eccezione di nullità della testimonianza resa da soggetto incapace ai sensi dell'art. 246 c.p.c. (finalmente) al vaglio delle Sezioni unite*, in *elegal.it*.

Al contrario, la pronuncia in commento sostiene che la nullità eccepita solo *ex post*, senza che la stessa sia preceduta dall'eccezione di incapacità c.d. preventiva, formulata prima dell'ammissione della prova in istruttoria, «non avrebbe senso, poiché quella nullità senza la precedente eccezione oramai più non sussiste». In sostanza, dunque, le sezioni unite ritengono che la deposizione testimoniale possa qualificarsi come nulla, per violazione dell'art. 246 c.p.c., solo laddove sia stata precedentemente contestata l'ammissibilità della prova testimoniale attraverso l'apposita eccezione di incapacità c.d. preventiva.

Si tratta di una argomentazione condivisibile, che tuttavia necessita di taluni correttivi alla luce di quanto già illustrato.

A tale riguardo, infatti, è d'uopo ritenere che l'ordinanza ammissiva della testimonianza in istruttoria, quale primo atto viziato giacché emesso in violazione del divieto di cui all'art. 246 c.p.c., può ritenersi affetta da nullità, rilevabile nei modi e termini di cui all'art. 157 del codice di rito, solo nel caso in cui la parte, contro la quale la testimonianza è diretta, abbia preliminarmente contestato l'ammissibilità della prova stessa, con apposita eccezione di incapacità c.d. preventiva.

Invero, la regola dell'esclusione del teste incapace opera laddove la parte interessata ne abbia invocato, con l'eccezione di incapacità c.d. preventiva, l'applicazione da parte del giudice. Infatti, stante il carattere privato dell'interesse tutelato dal divieto di cui alla menzionata disposizione, in assenza di apposita preventiva contestazione, la parte ben potrebbe acconsentire all'ammissione ed all'escussione di un teste incapace, senza che ciò possa in alcun modo pregiudicare il corretto svolgimento dell'istruttoria e, in generale, della funzione giurisdizionale, garantiti dal vaglio di attendibilità che, in ogni caso, il giudice è chiamato a compiere sulle dichiarazioni rese dal teste.

Nella delineata prospettiva, allora, occorre ritenere la parte interessata onerata della duplice eccezione, nel senso che la stessa è tenuta dapprima ad eccepire l'incapacità c.d. preventiva del teste e, successivamente, ad eccepire la nullità dell'ordinanza che, nonostante la preventiva eccezione, abbia comunque ammesso la prova testimoniale in istruttoria.

Nel caso, però, in cui la mancata contestazione dell'ammissibilità della prova e della nullità della ordinanza ammissiva della testimonianza, sia diretta conseguenza del fatto che la parte interessata abbia avuto tardiva conoscenza dell'interesse giuridicamente rilevante che determina l'incapacità a testimoniare, la stessa, dando adeguata prova della propria incolpevole tardiva conoscenza, può essere rimessa in termini al fine di poter,

contestare l'ammissibilità della prova in istruttoria e, contestualmente, eccepire la nullità dell'ordinanza istruttoria.

Al contrario, invece, la parte, che abbia già contestato l'ammissibilità della prova testimoniale e la nullità dell'ordinanza ammissiva, per violazione dell'art. 246 c.p.c., una volta acquisita la testimonianza, nel caso in cui le dichiarazioni rese dal teste siano risultate alla stessa favorevoli, potrebbe validamente determinarsi a rinunciare all'eccezione di nullità sollevata con riguardo all'ordinanza istruttoria. Ed invero, trattandosi di un divieto, quello sancito dall'art. 246 c.p.c., posto nell'esclusivo interesse della parte contro la quale la testimonianza è diretta, il tenore favorevole delle dichiarazioni rese dal teste farebbe venire meno l'interesse della parte all'eccezione di nullità, precedentemente spiegata con riguardo all'ordinanza istruttoria, giacché detta eccezione diverrebbe sfavorevole alla parte stessa che l'ha dedotta.

In ogni caso, a tutela del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, permarrebbe la c.d. "valvola di sicurezza" rappresentata dal vaglio di attendibilità, demandato all'organo giudicante, delle dichiarazioni rese dal teste.

10. – Traendo le fila del discorso, a nostro sommo avviso, la parte interessata sarebbe tenuta, innanzitutto, a contestare l'ammissibilità della testimonianza con apposita eccezione di incapacità c.d. preventiva. In mancanza, infatti, l'ordinanza istruttoria, che ammette la testimonianza del teste incapace, non potrebbe considerarsi viziata.

Tuttavia, laddove la parte abbia ritualmente sollevato l'eccezione di incapacità c.d. preventiva, il primo atto che, nella sequenza processuale, dovrebbe ritenersi viziato, siccome in contrasto con il divieto di cui all'art. 246 c.p.c., sarebbe l'ordinanza che, nonostante la preliminare contestazione, ha ammesso in istruttoria la prova.

In particolare, il vizio che affliggerebbe l'ordinanza istruttoria, emessa in violazione dell'art. 246 del codice di rito, dovrebbe ricomprendersi nel *genus* delle nullità relative, in ragione del tenore dell'interesse tutelato dalla norma che prescrive il divieto di cui trattasi. Pertanto, la parte intenzionata a dedurre la nullità dell'ordinanza istruttoria avrebbe l'onere di sollevare la relativa eccezione, a pena di decadenza e consequenziale sanatoria del vizio, nei modi e termini di cui all'art. 157, comma 2°, c.p.c.

Nel caso, poi, in cui la parte abbia tempestivamente dedotto la nullità dell'ordinanza, la successiva ed eventuale deposizione testimoniale acquisita dovrebbe qualificarsi come nulla per propagazione, ai sensi dell'art. 159 c.p.c. Tuttavia, la nullità c.d. derivata dovrebbe ritenersi rilevabile

d'ufficio dal giudice, sicché la parte interessata, che abbia già dedotto la nullità dell'ordinanza, quale atto originariamente viziato, non sarebbe tenuta a reiterare detta eccezione al fine di dedurre il vizio della testimonianza acquisita.

Nell'ipotesi in cui la parte, contro cui la prova testimoniale è diretta, non abbia sollevato l'eccezione di incapacità preventiva del teste né l'eccezione di nullità dell'ordinanza, in quanto tardivamente venuta a conoscenza dell'interesse giuridicamente rilevante della persona chiamata a testimoniare nel processo, la stessa potrebbe, dando prova della conoscenza tardiva, chiedere di essere rimessa in termini, sì da poter contestare l'ammissibilità della prova e, contestualmente, dedurre la nullità dell'ordinanza istruttoria.

Al contrario, invece, la parte che abbia ritualmente sollevato l'eccezione di incapacità c.d. preventiva e la nullità dell'ordinanza istruttoria, all'esito delle favorevoli dichiarazioni rese dal teste, potrebbe validamente rinunciare a detta eccezione di nullità, siccome la parte stessa che l'ha dedotta non avrebbe più interesse a detta eccezione che, anzi, risulterebbe alla stessa persino sfavorevole.

FRANCESCA FRISINA  
*Dottore in giurisprudenza*

## PANORAMI

---

### **OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE (PROCESSO CIVILE: 1° LUGLIO – 30 SETTEMBRE 2023) <sup>(1)</sup>**

SOMMARIO: 1. Questioni dichiarate infondate.

1. – Con sentenza Corte Cost. 23 maggio – 27 luglio 2023, n. 168 (*Gazz. uff.* 2 agosto 2023, n. 31), la Corte ha dichiarato infondata la questione sollevata da Trib. Padova 6 ottobre 2022 avente ad oggetto gli artt. 75, comma 1° e comma 2°, e 300 c.p.c., nella parte in cui non prevedono che, quando abbia seri e fondati dubbi che la parte persona fisica che ha conferito la procura alle liti lo abbia fatto in una condizione di incapacità naturale, il giudice debba disporre l'interruzione del processo e la segnalazione del caso al pubblico ministero affinché promuova il giudizio per la nomina di un amministratore di sostegno oppure quello di interdizione o di inabilitazione, per violazione degli artt. 3, 24, 32, 111, comma 1° e comma 2°, e 117, comma 1°, Cost. La questione è stata dichiarata infondata perché nel nostro ordinamento, ha osservato la Corte, esiste comunque un'ampia gamma di tutele a protezione dell'incapace non ancora dichiarato tale, anche al di fuori dei rimedi proposti dal giudice rimettente.

NICCOLÒ NISIVOCIA  
*Avvocato in Milano*

---

<sup>(1)</sup> Questa rubrica tiene conto delle Gazzette Ufficiali pubblicate nel periodo indicato, salvo deroghe eccezionali.

## OSSERVATORIO SULLA CASSAZIONE CIVILE

SOMMARIO: 1. Giurisdizione. – 2. Competenza. – 3. Legittimazione ad agire. – 4. Successione nel diritto controverso. – 5. Notificazioni e comunicazioni. Processo telematico. – 6. Prove. – 7. Impugnazioni. – 8. Cassazione. – 9. Procedimento di ingiunzione. – 10. Procedimenti in materia di famiglia.

1. - Cass., sez. un., 26 giugno 2023, Pres. Raimondi, Rel. Scoditti, si pronuncia sulla questione sollevata da Cass., Sez. I, 28 novembre 2022, n. 34969, Pres. Genovese, Rel. Campese, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2023, 837, § 13 a cura di F. C. Malatesta, in relazione al regime di proponibilità e rilevanza dell'eccezione di difetto di giurisdizione in tema di riconoscimento di sentenze straniere. L'ordinanza interlocutoria, sul presupposto dell'applicabilità al caso concreto dell'art. 64, comma 1, *lett. a)*, l. 31 maggio 1995, n. 218, aveva posto la questione se, nell'ambito di un giudizio di riconoscimento dell'efficacia di una sentenza straniera, la parte ivi convenuta e ritualmente costituitasi nel giudizio innanzi al giudice *a quo* senza sollevare, in quella sede, alcuna eccezione circa la carenza di giurisdizione di quest'ultimo possa ancora formulare tale eccezione innanzi al giudice della deliberazione, o comunque se la stessa possa essere rilevata d'ufficio da quest'ultimo. In particolare, l'ordinanza di rimessione aveva posto in dubbio la correttezza di quell'orientamento che fa dipendere il successivo regime di proponibilità dell'eccezione dal fatto che, qualora la parte avesse eccepito davanti il giudice *a quo* il difetto di giurisdizione del giudice straniero, quest'ultimo la avrebbe senz'altro rigettata. Ciò in quanto tale impostazione autorizzerebbe a sostenere che una verifica da parte del giudice *ad quem* sull'ipotetico esito dell'eccezione nel giudizio *a quo* vi debba essere comunque, così che la preclusione processuale di cui all'art. 64, l. 31 maggio 1995, n. 218 opererebbe solo nel caso di prognosi favorevole, con conseguente regime di preclusione dell'eccezione *secundum eventum litis* (viene richiamata a sostegno di tale ricostruzione, Cass., sez. un., 28 ottobre 2015, n. 21946, Pres. Santacroce, Rel. Giusti, nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2016, 252 § 2, a cura di D. Micali).

Le Sezioni Unite non condividono tale ricostruzione giuridica e la riconducibilità della stessa a Cass., sez. un., 28 ottobre 2015, n. 21946, da attribuirsi invece a Cass., Sez. I, 29 maggio 2003, n. 8588, Pres. De Musis, Rel. Panebianco, dalla quale comunque il principio è stato dedotto estrapolandolo acriticamente dal contesto. Nella fattispecie, inoltre, le Sezioni Unite ritengono applicabile la Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1996 e non l'art. 64, l. 31 maggio 1995, n. 218; circostanza, questa, che

assorbe la questione posta dall'ordinanza interlocutoria in relazione al regime di proponibilità e rilevabilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione in tema di riconoscimento di sentenze straniere. La Convenzione dell'Aja, infatti, non contempla meccanismi di accettazione tacita della giurisdizione e, in particolare, l'art. 23 prevede espressamente fra le condizioni ostative del riconoscimento la circostanza che la misura sia stata adottata da un'autorità non competente in base alle disposizioni convenzionali. A ciò consegue l'enucleazione del seguente principio di diritto: ove, in base all'art. 42, l. 31 maggio 1995, n. 218, trovi applicazione la Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1996, le condizioni sostanziali di riconoscimento delle misure di protezione dei minori disposte dalla giurisdizione straniera risultano fissate dall'art. 23 della stessa, e non dall'art. 64, l. 31 maggio 1995, n. 218, mentre il procedimento del riconoscimento innanzi al giudice italiano resta disciplinato, come previsto dall'art. 24 della medesima Convenzione, dalla legge italiana.

2. - Cass., Sez. II, 12 luglio 2023, n. 16634, Pres. Orilia, Rel. Papa, si conforma al risalente e consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass., Sez. I, 17 luglio 1990, n. 7331, Pres. Rel. Corda; Cass., Sez. I, 6 giugno 2000, n. 7572, Pres. Reale, Rel. Morelli, richiamate in motivazione) secondo cui il giudice della causa principale è competente a conoscere della causa riconvenzionale, a meno che questa non ecceda per valore o per materia la sua competenza, a prescindere dal fatto che la causa riconvenzionale, ove separatamente considerata, rientri nella sfera di competenza territoriale inderogabile di un altro giudice. L'ordinanza ripercorre brevemente le ragioni poste a fondamento di tale orientamento e valorizza il dato testuale dell'art. 36 c.p.c., che non è suscettibile di interpretazione analogica, là dove esclude unicamente l'ipotesi in cui le domande riconvenzionali siano devolute per ragioni di materia e di valore alla competenza di un giudice diverso da quella principale, e la *ratio* della norma di realizzazione del *simultaneus processus*.

Cass., Sez. I, 9 agosto 2023, n. 24237, Pres. Di Marzio, Rel. Catallozzi, ha rimesso alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite la questione relativa alla competenza sull'azione revocatoria nei confronti di un atto di scissione societaria. L'ordinanza propone un ripensamento dell'orientamento più recente, inaugurato da Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2020, n. 2754, Pres. Frasca, Rel. Scrima e confermato da Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 35590, Pres. Scrima, Rel. Moscarini, secondo cui l'azione *ex art.* 2901 c.c. rivolta contro un atto di scissione societaria inerisce a rapporti societari e rientra tra le cause di cui al d.lgs. 27 giugno.

2003, n. 168, art. 3, comma 2, *lett. a*) devolute alle sezioni specializzate in materia di impresa. In particolare, la Corte, aderendo ad un'interpretazione restrittiva della citata norma, osserva come a tale fattispecie siano applicabili i medesimi principi enucleati in tema di azione revocatoria di atti di trasferimento di quote societarie, ove è affermata la competenza del giudice ordinario (v. Cass., 8 maggio 2020, n. 8661, Sez. VI, Pres. Frasca, Rel. Rubino); in entrambe le ipotesi l'accoglimento della revocatoria è inidonea a determinare «l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario», non avendo alcuna efficacia diretta per le società coinvolte, e pertanto non rientra nei rapporti societari di cui all'art. 3, comma 2, *lett. a*), d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 (v. anche Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19882, Pres. Mammone, Rel. Di Virgilio, nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2019, 1685, § 2 a cura di A. D'Addazio, richiamata nella sentenza in rassegna, sull'inquadramento del rapporto tra le sezioni specializzate in materia d'impresa e le sezioni ordinarie; sul tema v. G. Ruffini, *Sul controverso rapporto tra sezioni specializzate e ordinarie del medesimo ufficio giudiziario*, *id.*, 2021, 343 ss.).

Sempre in tema di competenza, si segnala Cass., Sez. I, 10 agosto 2023, n. 24415, Pres. Valitutti, Rel. Reggiani, dettata in tema di interdizione legale, che in ipotesi di tutela aperta nei confronti di un condannato afferma la competenza del tribunale dell'ultima residenza anagrafica anteriore all'instaurazione dello stato detentivo, poiché il luogo in cui è eseguita la pena non è volontariamente scelto dal soggetto. Il principio è conforme ai precedenti richiamati nella pronuncia (Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 324, Pres. Scaldaferrì, Rel. Mercolino; Cass., Sez. VI, 17 maggio 2017, n. 12453, Pres. Dogliotti, Rel. Nazzicone; Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 1631, Pres. Di Palma, Rel. Di Chiara; in termini v. anche Cass., Sez. VI, 13 marzo 2020, n. 7241, Pres. Acierno, Rel. Caiazzo; Cass., Sez. VI, 17 maggio 2017, n. 12453, Pres. Pres. Dogliotti, Rel. Nazzicone, dettate invece in tema di amministrazione di sostegno). Di interesse appare il riferimento contenuto nella motivazione all'applicazione dell'art. 5 c.p.c. in relazione all'individuazione della competenza; il principio necessita di essere coordinato con l'orientamento maggioritario, espresso in tema di amministrazione di sostegno, secondo cui, in ragione della peculiare finalità della procedura, non opera il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, bensì il criterio c.d. di prossimità, di talché la questione di competenza può essere sollevata in qualunque momento nel corso del procedimento in ragione di sopravvenienze correlate a modifiche della dimora abituale del soggetto amministrato (Cass., Sez. VI, 9 settembre

2020, n. 18682, Pres. Scaldaferrì, Rel. Parise; Cass. Sez. VI, 12 novembre 2015, n. 23169, Pres. Di Palma, Rel. Ragonesi, richiamata dalla prima).

3. - Merita segnalazione Cass., Sez. III, 9 maggio 2023, n. 12309; Pres. Travaglini, Rel. Rossetti, in tema di onere della prova gravante sull'erede che intervenga in giudizio, lo riassume a seguito di interruzione, o proponga impugnazione. La pronuncia in esame, là dove ha ritenuto provata la qualità di erede esclusivamente sulla base della sua non contestazione, sembra porsi in contrasto con l'orientamento maggioritario secondo cui è invece a carico dell'erede la prova della relativa qualità (in tal senso, v. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 12065, Pres. Santacroce, Rel. Mazzacane, e in senso conforme le successive Cass., Sez. II, 10 maggio 2018, n. 11276, Pres. Amendola, Rel. Scrima; Cass., Sez. III, 27 luglio 2015, n. 15767, Pres. Segreto, Rel. Stalla, che precisano come la prova deve essere assolta mediante la produzione di certificati, o degli estratti per riassunto o per copia integrale dell'atto di stato civile di cui agli artt. 106, 107 e 108, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, ovvero dei certificati di cui all'art. 63 ss., d.P.R. 3 novembre 2000, n. 369, non essendo sufficiente la dichiarazione di cui all'art. 47, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445). Tuttavia la soluzione offerta dalla Corte appare giustificata dalla peculiarità della fattispecie, ove la qualità di erede, contestata in appello, era la necessaria conseguenza dello *status* di coniuge, non contestato in primo grado.

4. - Cass., Sez. III, 12 luglio 2023, n. 19865, Pres. Sestini, Rel. Condello, conferma l'orientamento maggioritario che ritiene ammissibile l'intervento nel processo *ex art.* 111 c.p.c. del cessionario di un credito nel giudizio avente ad oggetto un'azione revocatoria promossa dal cedente del medesimo credito a garanzia di quest'ultimo (in senso conforme si era espressa, fra le più recenti, Cass., Sez. III, 23 febbraio 2023, n. 5649, Pres. Scarano, Rel. Iannello; Cass., Sez. III, 22 giugno 2022, n. 20315). L'orientamento di segno opposto, che nega l'ammissibilità dell'intervento *ex art.* 111 c.p.c. da parte del cessionario (Cass., Sez. III, 12 dicembre 2017, n. 29637, Pres. Di Amato, Rel. Positano), si basa sul rilievo per cui, in tale ipotesi, non si realizzerebbe una successione nel diritto controverso, dal momento che oggetto dell'*actio pauliana* non è il diritto di credito, ma il diritto alla declaratoria di inefficacia dell'atto che si assume pregiudizievole. In senso contrario, la pronuncia in esame osserva come con l'azione revocatoria trovi comunque realizzazione la facoltà del creditore – che costituisce contenuto proprio del suo diritto di credito – di soddisfarsi su un determinato bene nel patrimonio del debitore; con motivazione

decisamente condivisibile, poi, osserva che, se si negasse al cessionario di avvalersi degli effetti della domanda promossa, si perverrebbe al risultato paradossale per cui il cedente, in quanto non più titolare del credito ceduto, non beneficerebbe degli effetti della declaratoria di inefficacia dell'atto, mentre, d'altro canto, il cessionario che sarebbe titolare del diritto di credito acquisterebbe un credito privo di garanzia perseguita con l'azione revocatoria (in adesione a tale impostazione, fra i contributi più recenti, v. L. De Propriis, *Successione nel diritto controverso, cessione del credito ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2023, 708 ss.).

5. - In tema di notificazione con modalità telematiche, Cass., Sez. lav., 31 maggio 2023, n. 15345, Pres. Manna, Rel. Bellè, ha affermato la nullità, e non già l'inesistenza, della notificazione effettuata da una casella PEC alla casella di posta elettronica ordinaria del destinatario. La pronuncia conferma l'orientamento espresso da Cass., Sez. I, 17 ottobre 2019, n. 26430, Pres. Di Virgilio, Rel. Scalia, e si inserisce nel solco della giurisprudenza di legittimità tendente a restringere l'ambito applicativo della categoria dell'inesistenza, oltre che in caso di totale mancanza dell'atto, alle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ossia qualora l'attività di trasmissione sia svolta da un soggetto privo del potere di compiere l'atto, ovvero sia priva della fase di consegna, intesa come esito della trasmissione (principi espressi dalle sentenze gemelle Cass., sez. un., 14 luglio 2016, n. 14916, Pres. Amendola, Rel. Ambrosio; 20 luglio 2016, n. 14917, Pres. Amoroso, Rel. Virgilio, segnalate nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2016, 1739, § 5 a cura di G. Ricci). In particolare, con riferimento alla fase di consegna, la Corte ha ritenuto che, ancorché in ipotesi di notificazione effettuata da PEC a casella di posta ordinaria non possa esservi prova del perfezionamento della notificazione (per impossibilità tecnica di generare la ricevuta di avvenuta consegna), con conseguente nullità dell'atto, in quanto inadatto a raggiungere gli effetti suoi propri, non può invece presumersi, in mancanza di prova contraria, la totale assenza di una fase di consegna al destinatario, tale da ricondurre la fattispecie alla categoria dell'inesistenza.

6. - Cass., sez. un., 6 luglio 2023, n. 19129, Pres. Spirito, Rel. Di Paolantonio, si pronuncia sulla questione, rimessa dall'ordinanza interlocutoria, Cass., sez. III, 31 ottobre 2022, n. 32077, Pres. Travaglino, Rel. Graziosi, ove era stata prospettata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sorto con l'arresto inaugurato da Cass., Sez. III, 15 giugno 2018,

n. 15734, Pres. Travaglino, Rel. Frasca (poi consolidatosi con le successive Cass., Sez. III, 5 ottobre 2018, n. 24523, Pres. Travaglino, Rel. Guizzi; Cass., Sez. VI, 30 giugno 2020, n. 13008, Pres. Frasca, Rel. Rubino; Cass., Sez. VI, 4 marzo 2021, n. 5878, Pres. Scoditti, Rel. Dell'Utri; Cass., Sez. VI, 23 febbraio 2021, n. 4795, Pres. Amendola, Rel. Porreca; Cass., Sez. VI, 17 novembre 2021, n. 34885, Pres. Amendola, Rel. Cirillo) in merito alla valenza probatoria da attribuire, nel procedimento risarcitorio avverso il Ministero della Salute, al parere sanitario espresso dalle Commissioni Mediche Ospedaliere, sull'istanza di concessione dell'indennizzo *ex l.* 25 febbraio 1992, n. 210 in relazione alla prova del nesso causale fra emotrasi e insorgenza della patologia. Il recente orientamento, ponendosi in discontinuità con Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, Pres. Carbone, Rel. Segreto, ha affermato che tale parere medico-legale, nel caso in cui l'azione risarcitoria venga proposta nei confronti del Ministero della Salute, acquista nei confronti di quest'ultimo un'efficacia probatoria privilegiata in relazione alla riconducibilità del contagio alla trasfusione, tale da precludere al Ministero stesso la possibilità di contestare l'esistenza del nesso causale in sede di azione per il risarcimento danni, in quanto accertamento deliberato da un organo riferibile allo stesso Ministero.

Le Sezioni Unite, a definizione del denunciato contrasto, hanno disatteso con ampia argomentazione l'orientamento più recente e ribadito il principio di diritto, già enunciato da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, secondo cui il verbale redatto ai sensi della disposizione sopra richiamata, al di fuori del procedimento amministrativo per la concessione dell'indennizzo, costituisce prova legale *ex art.* 2700 c.c. solo limitatamente ai fatti che la commissione attesta essere avvenuti in sua presenza o dalla stessa compiuti, sia nelle controversie promosse nei confronti delle sole strutture sanitarie, sia nei giudizi nei quali venga convenuto anche il Ministero. A tale soluzione la pronuncia in rassegna perviene sulla base di una serie di elementi: a) le Commissioni Mediche Ospedaliere sono estranee al Ministero della Salute e costituiscono invece articolazioni del Ministero della Difesa, ai sensi dell'art. 165, d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092; b) le valutazioni espresse da tali Commissioni sono espressione di discrezionalità tecnica, prive di carattere vincolante e non rivestono la natura di provvedimento amministrativo, tanto è vero che il valore di prova legale è escluso anche nel giudizio amministrativo avente ad oggetto la prestazione assistenziale; c) il nesso causale non è un fatto obiettivo, ma una relazione che lega un'azione/omissione a una data conseguenza, alla cui affermazione o negazione può giungersi all'esito di un complesso procedimento valutativo; pertanto, in considerazione della struttura nel nesso

causale deve ritenersi operante il principio secondo cui la confessione non può avere ad oggetto giudizi o assunzioni di responsabilità, ma unicamente fatti. Le Sezioni Unite valorizzano, invece, la peculiare valenza probatoria assunta dal provvedimento amministrativo di riconoscimento del diritto all'indennizzo ex l. 25 febbraio 1992, n. 210, reso sulla base dell'istruttoria svolta e del parere tecnico della Commissione, che, pur non integrando una confessione stragiudiziale, costituisce un elemento grave e preciso, da solo sufficiente a giustificare il ricorso alla prova presuntiva e a far ritenere provato, per tale via, il nesso causale (sulla valenza dell'atto amministrativo nel processo civile v. A.D. De Santis, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile*, Roma 2023, 69 ss.). Pertanto, il Ministero, per contrastarne l'efficacia, è tenuto ad allegare specifici elementi fattuali non potuti apprezzare in sede di liquidazione dell'indennizzo o sopravvenute acquisizioni della scienza medica, idonei a privare la prova presuntiva offerta dal danneggiato dei requisiti di gravità, precisione e concordanza che la caratterizzano. A corollario dei principi espressi, le Sezioni Unite, infine, si soffermano su un'ulteriore questione, non ricompresa nell'ambito di devoluzione circoscritto dall'ordinanza interlocutoria, e precisano che, in ogni caso, nel giudizio di risarcimento del danno, quanto alla sussistenza del nesso causale fra emotrasfusione e insorgenza della patologia fa stato ed è rilevabile anche d'ufficio dal giudice, a condizione che lo stesso risulti dagli atti di causa, il giudicato esterno eventualmente formatosi fra le stesse parti sul diritto alla prestazione assistenziale ex l. 25 febbraio 1992, n. 210, poiché questo presuppone l'accertamento della derivazione eziologica della patologia dall'emotrasfusione.

Cass., sez. un., 29 agosto 2023, n. 25442, Pres. Amendola, Rel. Federici, pronunciandosi sulla rimessione da parte di Cass., Sez. I, 1° giugno 2022, n. 17821, Pres. Scaldaferrì, Rel. Zuliani, risolve il contrasto giurisprudenziale formatosi sull'ammissibilità del deferimento del giuramento decisorio al curatore fallimentare e alla valenza probatoria da attribuirsi all'eventuale mancato giuramento. Le Sezioni Unite, in adesione a Cass., Sez. I, 27 giugno 2022, n. 20602, Pres. Cristiano, Rel. Di Marzio, si pongono in contrasto con i precedenti indirizzi maggioritari di segno negativo (nel senso che al curatore non possa essere deferito il giuramento decisorio, perché lo stesso non ha la disponibilità del diritto controverso, v. Cass., Sez. VI, 22 giugno 2020, n. 12044, Pres. Scaldaferrì, Rel. Vella; Cass., Sez. I, 3 agosto 2017, n. 19418, Pres. Didone, Rel. Dolmetta; Cass., Sez. I, 24 luglio 2015, n. 15570, Pres. Checcherini, Rel. Ferro; Cass., Sez. I, 18 ottobre 2016, n. 23427, Pres. Rel. Nappi; Cass., Sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3573, Pres. Carnevale, Rel. Dogliotti; nel senso, invece, che il

curatore fallimentare possa prestare giuramento decisorio, ma non deferirlo e riferirlo Cass., Sez. VI, 16 giugno 2021, n. 17071, Pres. Lombardo, Rel. Oliva). La pronuncia in rassegna valorizza il rapporto intercorrente tra eccezione di prescrizione presuntiva e giuramento decisorio, evidenziando che se il curatore può valersi dell'eccezione di cui all'art. 2956, comma 1, n. 2, c.c. – facoltà riconosciuta anche dall'orientamento maggioritario sul presupposto che in difetto il curatore fallimentare si troverebbe in una posizione deteriore rispetto a quella dei comuni debitori – al creditore, di contro, deve essere riconosciuta la possibilità di deferire del giuramento decisorio, in base al principio di parità delle armi *ex art. 24 Cost.* Di conseguenza, è ammissibile il deferimento del giuramento decisorio al curatore fallimentare che eccepisca la prescrizione presuntiva di un credito, in sede di controversia insorta per il rigetto della ammissione di un credito al passivo fallimentare; la dichiarazione del curatore di non sapere se il pagamento sia avvenuto o meno produce gli effetti del mancato giuramento, trovando applicazione l'integrale disciplina di cui all'art. 239 c.p.c.

7. - Cass., Sez. I, 17 luglio 2023, n. 20588, Pres. Perrino, Rel. Pazzi, ha rimesso alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite rilevanti questioni relative ai limiti di ammissibilità delle impugnazioni incidentali tardive. L'ordinanza, prendendo le mosse da Cass., sez. un., 27 novembre 2017, n. 25627, Pres. Carbone, Rel. Vitrone, registra una distonia nella giurisprudenza di legittimità rispetto alla quale ritiene necessario un intervento delle Sezioni Unite (già Cass., Sez. VI, 19 maggio 2022, n. 16139, Pres. Amendola, Rel. Cricenti, richiamata nella pronuncia, aveva prospettato l'esistenza di un contrasto). In particolare: un primo arresto ritiene sempre ammissibile l'impugnazione incidentale tardiva, sia che rivesta la forme della contro impugnazione, sia quella dell'impugnazione adesiva rivolta contro la parte investita dall'impugnazione principale (Cass., Sez. V, 16 novembre 2018, n. 29593, Pres. Cristiano, Rel. Stalla), mentre un secondo orientamento restringe il campo di ammissibilità dell'impugnazione tardiva a quella in senso stretto, ossia quella proveniente dalla parte "contro" la quale è stata proposta l'impugnazione principale, o da quella chiamata ad integrare il contraddittorio a norma dell'art. 331 c.p.c. Decisamente peculiare appare, poi, la fattispecie all'esame della Corte: in un giudizio di responsabilità promosso *ex art. 146 l. fall.* nei confronti di più amministratori, i tre coobbligati solidali impugnavano la sentenza di condanna: il primo proponeva appello principale; il secondo avanzava appello incidentale adesivo con comparsa di risposta depositata

entro il termine stabilito per la costituzione, ma quando ormai erano decorsi oltre trenta giorni dalla notifica dell'appello principale; il terzo, si costitutiva in udienza con comparsa "contenente di fatto" un'impugnazione incidentale tardiva adesiva a quella principale, ma contemporaneamente, instaurava, con atto di citazione, un secondo giudizio di appello avverso la sentenza, poi riunito al primo ai sensi dell'art. 335 c.p.c., e considerato dalla corte di appello alla stregua di una impugnazione incidentale tardiva adesiva alla impugnazione incidentale proposta da altro coobbligato, primo impugnante in via incidentale. Con riferimento alla posizione di tale terzo coobbligato, il caso concreto offre lo spunto per l'enucleazione dell'ulteriore questione: se, una volta dichiarata inammissibile l'impugnazione incidentale tardiva proposta reagendo all'impugnazione principale, debba considerarsi inammissibile, per consumazione del diritto di impugnazione, anche una seconda impugnazione incidentale presentata dalla stessa parte in reazione all'impugnazione incidentale di un diverso coobbligato solidale.

8. - Torna all'esame delle Sezioni Unite la questione relativa alla validità della procura speciale richiesta dall'art. 365 c.p.c. in relazione sia alla sua collocazione topografica, che alla sua contestualità rispetto al ricorso per cassazione cui si riferisce, ai sensi dell'art. 83, comma 3, c.p.c. Le questioni appaiono di interesse perché potenzialmente destinate a porsi anche in relazione alla nuova procura speciale prescritta dall'art. 380 *bis*, comma 2, c.p.c. per la richiesta di decisione del ricorso "ravvisato" inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato, che è un atto non considerato dall'art. 83 c.p.c.

In particolare, Cass., Sez. III, 5 luglio 2023, n. 19039, Pres. De Stefano, Rel. Fanticini, ha rimesso alla Prima Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite *ex art.* 374, comma 2, c.p.c., la seguente questione: se il potere certificativo speciale attribuito dall'art. 83, comma 3, c.p.c. al difensore consenta di autenticare la sottoscrizione della procura speciale separatamente dal ricorso per cassazione al quale si riferisce e, quindi, in qualunque altro luogo e tempo, diversi da quelli della formazione dell'atto al quale la procura accede ed eventualmente anche prima della redazione del ricorso. L'ordinanza di rimessione registra la presenza di orientamenti contrastanti in capo alle Sezioni semplici in relazione alla necessità che vi sia, o meno, contestualità spazio temporale tra la redazione del ricorso e il rilascio della procura, affinché il potere di certificazione dell'autentica del procuratore possa essere validamente esercitato. Un primo orientamento, sul presupposto che l'art. 83, comma 3, c.p.c. attribuisce

all'avvocato un potere certificativo speciale da esercitarsi nei limiti dettati dalla norma, sostiene la necessaria contestualità dell'esercizio del potere di certificare l'autografia della sottoscrizione della parte rispetto al luogo e al tempo di redazione del relativo atto, escludendo comunque che al difensore sia attribuito il potere di certificazione della sottoscrizione della procura rilasciata prima della redazione dell'atto processuale al quale la stessa si riferisce (in tal senso si era recentemente espressa, Cass., Sez. III, 4 aprile 2023, n. 9271, Pres. De Stefano, Rel. Fanticini segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2023, 1307 § 4, a cura di C. Pagliari); di contro, un secondo orientamento nega che la contestualità spaziale e/o cronologica del conferimento procura e dell'autenticazione della relativa sottoscrizione sia un requisito prescritto dalla norma e afferma che la *ratio* risponde esclusivamente ad esigenze di certezza e conoscibilità del potere rappresentativo del difensore, che risultano assolute anche in assenza di contestualità (Cass., Sez. III, 15 dicembre 2022, n. 36827, Pres. Frasca, Rel. Iannello).

Cass., Sez. III, 13 luglio 2023, n. 20176, Pres. De Stefano, Rel. Tangelo, invece, ha rimesso alla Prima Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione della rilevanza, ai fini della sussistenza del requisito di specialità richiesto dall'art. 365 c.p.c., della collocazione topografica della procura alle liti nel caso in cui il ricorso sia nativo digitale e la procura, invece, sia rilasciata su supporto cartaceo. La Terza Sezione si chiede, in particolare, se la tendenza interpretativa diretta alla progressiva svalutazione del rigore nella valutazione del requisito di specialità della procura difensiva richiesta ai fini del ricorso per cassazione debba arrestarsi di fronte alla mancanza di una norma primaria di legge che consenta di equiparare la situazione di congiunzione materiale tra atti cartacei ovvero di congiunzione mediante strumenti informatici tra atti digitali a quella della mera allegazione di una copia digitale della procura redatta su distinto supporto cartaceo, al messaggio PEC mediante il quale il ricorso nativo digitale viene notificato alla controparte.

Le ordinanze interlocutorie, dunque, tornano nuovamente sul tema dopo che il dibattito sembrava essere stato sopito da Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36057, Pres. Curcio, Rel. Cirillo, la quale ha ritenuto applicabile il principio c.d. topografico anche là dove la firma per autentica della procura sia apposta dal difensore su foglio separato, ma materialmente congiunto all'atto, ritenendola equiparata alla procura redatta a margine o in calce al ricorso stesso; la questione era stata sollevata dalle ordinanze gemelle rese da Cass., sez. VI, 2 marzo 2022, n. 6946 e Cass., sez. VI, 2 marzo 2022, n. 6947, Pres. Amendola, Rel. Tangelo, segnalate

nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2022, 1147 § 4, a cura di G. Biasucci, le quali già avevano rilevato i possibili attriti tra il principio c.d. topografico e l'allora imminente estensione del processo civile telematico, il quale avrebbe comportato lo speculare e graduale abbandono della procura redatta a margine o in calce al ricorso stesso (sulla procura agli albori del processo telematico, v. A.D. De Santis, *Questioni in tema di procura alle liti e il processo telematico*, in *Foro it.* 2008, I, 962); come noto, il principio c.d. topografico risale alla pronuncia Cass., sez. un., 10 marzo 1998, n. 2642, Pres. Corda, Rel. Corona (in *Foro it.* 1998, I, 961, con nota di F. Cipriani, *La procura che si considera in calce e il silenzio-stampa delle sezioni unite*) che, sulla scorta del disposto dell'art. 83, 3° comma, c.p.c. – sì come riformulato dalla l. n. 141/1997 – e in ossequio al principio di conservazione degli atti processuali, ritenne che la procura conferita sul foglio separato materialmente congiunto al ricorso per cassazione soddisfi il requisito di specialità imposto dall'art. 365 c.p.c. anche in assenza di un preciso riferimento alla sentenza da impugnare o al giudizio di legittimità. Sul tema v., anche, l'appello in corso di pubblicazione sulle colonne del *Foro it.* di G. Verde, F. Auletta, G. Balena, G. Califano, G. Costantino, D. Dalfino, G. Della Pietra, A. Proto Pisani, G. Trisorio Liuzzi, il quale richiama l'esigenza di superare eccessivi formalismi in materia di procure "spillate" già espressa da F. Cipriani, G. Costantino, A. Proto Pisani e G. Verde, *L'infinita «historia» della procura speciale*, in *Foro it.* 1995, I, 3437.

Il vaglio delle Sezioni Unite è richiesto anche da Cass., Sez. V, 9 giugno 2023, n. 16454, Pres. Virgilio, Rel. Sajja, che ha rimesso alla Prima Presidente la questione relativa alle conseguenze da attribuirsi alla mancata sottoscrizione di un ricorso per cassazione nativo digitale, redatto e interamente confezionato in ambiente informatico, e notificato a mezzo PEC. L'ordinanza di remissione evidenzia come non appaia decisiva ai fini della risoluzione della questione Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22438, Pres. Mammone, Rel. Vincenti, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2018, 1691, § 9, a cura di L. Costantino, che, dettata in tema di improcedibilità del ricorso per cassazione notificato a mezzo posta elettronica come documento informatico nativo digitale e depositato in cancelleria in copia informale e senza decidere specificamente della questione, aveva ricondotto alla categoria della nullità la mancata sottoscrizione del ricorso nativo digitale «fatta salva la possibilità di ascriverne comunque la paternità certa in applicazione del principio del raggiungimento dello scopo». Pur non ravvisando alcun contrasto giurisprudenziale sulla questione – in presenza di un isolato precedente difforme che aveva, invece, ricondotto alla categoria dell'inesistenza il ricorso per cassazione nativo

digitale privo di sottoscrizione (Cass., Sez. V, 6 febbraio 2019, n. 3379, Pres. Crucitti, Rel. D'Orazio) – l'ordinanza di rimessione ritiene che tali principi, in relazione alla possibilità di sanatoria, siano ritenuti meritevoli di ulteriore puntualizzazione, in quanto la ricerca *aliunde* della paternità certa del ricorso, mancante di firma digitale, appare problematica, non potendosi la stessa desumere né dai dati identificativi informatici del documento stesso, né dall'utilizzo di una casella PEC inequivocabilmente riferibile all'avvocato che avrebbe redatto il ricorso, poiché «è solo l'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale a determinare la presunzione (relativa) di riconducibilità della stessa al suo titolare, ex art. 20, comma 1-ter, del C.A.D., non anche l'uso della casella PEC del mittente».

Cass., sez. un., 17 luglio 2023, n. 20621, Pres. D'Ascola, Rel. Scarpa, ha risolto la questione sottopostale, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., da Cass., Sez. VI, 11 novembre 2022, n. 33271, Pres. Napolitano, Rel. Delli Priscoli, e relativa all'applicabilità del raddoppio del contributo unificato previsto dall'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, là dove la Corte di cassazione dichiara, ex art. 369 c.p.c., l'improcedibilità del ricorso notificato, ma iscritto a ruolo dal controricorrente. Sul tema, si registrava un contrasto in seno alla Corte: un primo orientamento maggioritario e da ultimo condiviso da Cass., sez. un., 19 ottobre 2022, n. 30720, Pres. Spirito, Rel. Scarano, che ravvisava in ogni caso la sussistenza del presupposto processuale per il versamento del doppio contributo unificato, mentre un secondo orientamento, Cass., sez. VI, 17 marzo 2022, n. 8720, Pres. Orilia, Rel. Besso Marcheis, aveva ritenuto che la mancata iscrizione a ruolo del ricorso inibisse la debenza del contributo unificato. Le Sezioni Unite, nel confermare il primo orientamento, pongono, di fatto, sul medesimo piano l'obbligo del versamento del contributo unificato previsto dall'art. 13, comma 1-*bis*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e l'ipotesi del suo raddoppio di cui al successivo comma 1-*quater*. La pronuncia, infatti, pur dando atto dell'ulteriore funzione assoluta (esclusivamente) dal raddoppio del contributo unificato di «parziale ristoro del vano funzionamento dell'apparato giudiziario» (Corte Costituzionale, 20 maggio 2016, n. 120, richiamata in motivazione), ne afferma la natura di tributo erariale e, di contro, ne esclude la natura sanzionatoria.

9. - Cass., Sez. I, 17 luglio 2023, n. 20476, Pres. Valitutti, Rel. Mercolino, ripropone all'esame delle Sezioni Unite la questione relativa ai limiti alla modificazione della domanda originaria, con specifico riferimento all'ammissibilità di una domanda nuova da parte del convenuto in un

giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, nel caso in cui l'opponente si sia limitato a sollevare eccezioni, senza proporre domanda riconvenzionale. L'ordinanza di rimessione rileva la sussistenza di una dissonanza tra i principi affermati dalla nota Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, Pres. Rovelli, Rel. Di Iasi, segnalata in questa *Rivista* 2015, 1333, § 4, nell'*Osservatorio* a cura di A. Mastantuono, e dalla successiva Cass., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, Pres. Rodorf, Rel. Scrima, segnalata sempre in questa *Rivista* 2018, 1695, § 10, nell'*Osservatorio* a cura di L. Costantino, in tema di esercizio dello *ius variandi* (principi da ultimo estesi da Cass., Sez. III, 9 febbraio 2021, n. 3127, Pres. Vivaldi, Rel. Scarano, al giudizio monitorio) e l'arresto costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui l'opposto, in quanto attore in senso sostanziale, non può svolgere domande nuove, salvo che l'opponente abbia avanzato una domanda riconvenzionale (Cass., Sez. III, 10 marzo 2021, n. 6579, Pres. Sestini, Rel. Scarano; Cass., Sez. II, 25 febbraio 2019, n. 5415, Pres. Gorjan, Rel. Bellini; Cass., Sez. I, 22 giugno 2018, n. 16564, Pres. Genovese, Rel. Nazzicone).

10. - I procedimenti in materia di famiglia sono interessati da due rilevanti pronunce delle Sezioni Unite, che affrontano questioni relative ai concetti di «decisorietà di fatto» e di definitività, quali presupposti per l'ammissibilità del ricorso per cassazione.

Cass., sez. un., 25 luglio 2023, n. 22423, Pres. Raimondi, Rel. Lamorgese, pur nella limitata rilevanza temporale della pronuncia – essendo la questione trattata in gran parte superata dalla riforma di cui al recente d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, mediante l'introduzione dell'art. 473-*bis* 24, comma 5, c.p.c. – affronta l'annosa e dibattuta questione della ricorribilità per cassazione dei provvedimenti c.d. *de potestate* adottati in via provvisoria in corso di giudizio di separazione, divorzio, ovvero di affidamento dei minori. La questione era stata rimessa alle Sezioni Unite da Cass., Sez. I, 17 ottobre 2022, n. 30457, Pres. Genovese, Rel. Caprioli, che, facendo leva sul concetto di «decisorietà di fatto», auspicava l'apertura alla ricorribilità di tali provvedimenti in ragione della possibile compromissione definitiva dei diritti o del pregiudizio irrimediabile che possono determinarsi, con riferimento ai minori di età, per lo stesso fluire del tempo. Le Sezioni Unite, pur nella consapevolezza dell'esistenza delle problematiche sollevate dall'ordinanza di rimessione, dovute sia, alla lungaggine dei giudizi (e, conseguentemente, del tempo necessario per l'emissione del provvedimento definitivo a conclusione del giudizio), sia alle difficoltà "*pratiche*" di ottenere la revoca e modifica dei provvedimenti da parte dello

stesso giudice del procedimento in corso, negano la ricorribilità di tali provvedimenti, in quanto privi del carattere di definitività. L'applicazione rigorosa dei requisiti di decisorietà e definitività appare giustificata, oltreché dalle condivisibili ricostruzioni sistematiche offerte dalla pronuncia (essendo la revocabilità e modificabilità, in ogni tempo e in assenza di modificazioni, incompatibile col concetto di definitività), dall'esigenza di evitare un ampliamento delle condizioni di accesso diretto al giudizio di legittimità «che non sarebbe poi agevole contenere *ratione materiae*».

La progressiva estensione della ricorribilità in cassazione dei provvedimenti c.d. *de potestate*, inizialmente fermamente negata dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., 15 aprile 1961, n. 826; Cass., sez. un., 23 ottobre 1986, n. 6220, Pres. Carotenuto, Rel. Sgroi; Cass., Sez. I, 20 maggio 1987, n. 4607, Pres. Bologna, Rel. Maltese; Cass., sez. un., 25 gennaio 2002, n. 911, Pres. Vela, Rel. Salmè, Cass., sez. un., 15 luglio 2003, n. 11026, Pres. Delli Priscoli, Rel. Criscuolo; Cass., 31 maggio 2012, n. 8778) e poi ammessa per i provvedimenti definitivi adottati dal tribunale per i minorenni (a partire dalle decisive sentenze gemelle Cass., Sez. I, 29 gennaio 2016, n. 1743 e Cass., Sez. I, 29 gennaio 2016, n. 1746, Pres. Di Palma, Rel. Dogliotti), secondo un'apertura da tempo auspicata dalla dottrina (in tal senso v. A. Proto Pisani, *Per un nuovo modello di processo minorile*, in *Foro it.*, 1998, V, 124 ss.; A. Carratta, *I processi di adozione e de potestate dopo l'entrata in vigore della l. n. 149 del 2001: verso un "giusto" processo minorile*, in *Dir. fam. pers.* 2010, II, 268), trova una decisiva battuta d'arresto nella pronuncia in commento; ciò in controtendenza con la recente introduzione dell'art. 473-bis.24, comma 5, c.p.c. con cui è stato codificato il ricorso straordinario ex art. 111 Cost. avverso i provvedimenti *de potestate* adottati in corso di causa.

Ammette, invece, il ricorso straordinario per cassazione avverso il decreto di autorizzazione, o di diniego, al rilascio del passaporto del genitore, ai sensi dell'art. 3, lett. b, l. n. 21 novembre 1967, n. 1185, Cass., sez. un., 24 luglio 2023, n. 22048, Pres. Raimondi, Rel. Terrusi, cui era stata rimessa la questione da Cass., Sez. I, 17 ottobre 2022, n. 30478, Pres. Genovese, Rel. Caprioli. Le Sezioni Unite superano l'orientamento consolidato, che negava la ricorribilità per cassazione per difetto del requisito della decisorietà del decreto in questione, in quanto inquadrabile nell'alveo della volontaria giurisdizione (tra le più recenti Cass., Sez. I, 14 febbraio 2022, n. 4799, Pres. Genovese, Rel. Scalia; Cass., Sez. VI, 23 ottobre 2015, n. 21667, Pres. Ragonesi, Rel. Mercolino; Cass., Sez. I, 14 maggio 2010, n. 11771, Pres. Luccioli, Rel. Giancola). A fondamento della decisione la Corte richiama l'evoluzione giurisprudenziale in tema di ammissibilità

del ricorso *ex art. 111 Cost.* e la progressiva estensione anche ai provvedimenti in materia di famiglia, privi di attitudine al giudicato, quali i provvedimenti c.d. *de potestate*. Tuttavia, decisive ai fini della soluzione positiva della questione appaiono, da un lato, la indubbia definitività, nella formula *rebus sic stantibus*, del decreto di autorizzazione all'espatrio, dall'altro la riconosciuta natura contenziosa del procedimento in quanto destinato a incidere su diritti contrapposti: la limitazione del diritto della libertà alla circolazione del genitore in ragione della salvaguardia del diritto al mantenimento del minore. Appare peculiare, ancorché inidonea ad inficiare l'impianto argomentativo delle pronunce, la circostanza che le Sezioni Unite nella prima ordinanza si premurino di precisare che non è possibile trarre argomenti dalla recente Riforma – evidentemente non applicabile in entrambe le fattispecie *ratione temporis* – in quanto «non è possibile anticiparne gli effetti traendo da essa spunti argomentativi», mentre nella seconda, a conforto dell'affermata natura contenziosa del procedimento richiamano la novella dell'art. 3, lett. b, l. n. 21 novembre 1967, n. 1185 ad opera del d.l. 13 giugno 2023, n. 69.

LAURA COSTANTINO

*Dottoressa di ricerca nell'Università Roma Tre*



**Carlo**, Avvocato d'Affari



## LA CERTEZZA DI GESTIRE LA COMPLESSITÀ

Affrontare questioni complesse richiede competenze multidisciplinari e aggiornamento costante.

**One LEGALE nasce per questo.**

La nuova soluzione digitale di Wolters Kluwer, grazie a fonti complete, aggiornamenti tempestivi, approfondimenti dei migliori esperti e funzioni di ricerca intelligenti, offre risposte puntuali, complete e affidabili.

Perché aggiungere valore alla tua competenza fa grande la differenza.

Scopri di più su [one.it/legale](https://one.it/legale)

# One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

## INDICE DEL VOLUME SETTANTOTTESIMO

---

Seconda Serie - 2023

### ARTICOLI

AULETTA F., <i>I «materiali della legge» nel giudizio di Cassazione</i> ....	17
BIGI A., <i>Una corte on-line come possibile vettore di giustizia digitale nel sistema di diritto processuale civile italiano</i> .....	68
BOCCAGNA S., <i>La nuova organizzazione del processo</i> .....	1341
BOLDRIN A., <i>La Corte di Strasburgo e l'utilizzo del «precedente» in materia di equità processuale</i> .....	931
CHIZZINI A., <i>In tema di «Processo civile e terzi: quale ruolo per i terzi in un processo di parti?»</i> .....	846
COMOGLIO L.P., <i>Attribuzioni del consulente tecnico d'ufficio e nullità correlate nell'attuale approccio ai principi generali</i> .....	1
CORSINI F., <i>I poteri cautelari degli arbitri ai sensi del nuovo art. 818 c.p.c.</i> .....	866
D'ADAMO D., <i>La coordinazione genitoriale nella riforma del processo civile</i> .....	481
D'AMICO J.V., <i>Sulla nuova disciplina del reclamo avverso il provvedimento di apertura della procedura di liquidazione giudiziale (art. 51 c.c.i.i.)</i> .....	52
FRASSINETTI A., <i>Le condizioni di procedibilità dell'azione di risarcimento danni da responsabilità sanitaria</i> .....	915
GHIRGA M.F., <i>L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile</i> .....	390
IRTI N., <i>Il fatto e il caso</i> .....	347
MONTANARI M., <i>Le impugnazioni dello stato passivo nel codice della crisi: profili di novità</i> .....	425
MOROTTI M., <i>Temporaneità delle misure protettive ex art. 8 c.c.i.i.</i>	1405
NOCETO F., <i>Ambiguità e discrasie nella disciplina del nuovo procedimento semplificato di cognizione</i> .....	941
POLI R., <i>Gli standard di prova nella giurisprudenza della Cassazione civile</i> .....	451

PROTO PISANI A., <i>Significati ed equivoci della «tutela giurisdizionale differenziata»</i> .....	1333
PUNZI C., <i>Riflessioni sui metodi di insegnamento del diritto processuale civile nel tempo dell'incertezza legislativa</i> .....	841
SIGNORATO S., <i>Gestione dell'atto processuale nel dedalo del processo penale telematico</i> .....	1388
STELLA M., <i>Access provider e tutela inibitoria</i> .....	891
TODARO G., <i>Azione civile risarcitoria, improcedibilità e altre questioni nel processo penale riformato</i> .....	500
TRIGGIANI N., <i>La nuova udienza predibattimentale nel procedimento penale monocratico: luci e ombre</i> .....	26
VERDE G., <i>Il riparto delle giurisdizioni fondato sulla contrapposizione diritti soggettivi – interessi legittimi (storia di concetti a cui si è data la sostanza di «cose»)</i> .....	358

### STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

AMBROSI I., <i>La biblioteca ritrovata</i> .....	108
CARRATTA A., <i>La lezione chiovendiana sulla tutela sommaria cautelare e il IV libro del codice del 1942</i> .....	537
CAVALLONE B., <i>Sedie volanti. Identità di un misterioso «rimasticatore»</i> .....	1420
CAVALLONE B., <i>Un premio inatteso per la nostra rivista</i> .....	93
CHIODI G., <i>L'intervento volontario del terzo nel processo civile del primo Novecento (rileggendo un caso celebre)</i> .....	960
CURZIO P., <i>La Corte di Cassazione declinata al futuro. Lectio magistralis</i> .....	95
DELLA PIETRA L., <i>Avvocati all'opera!</i> .....	1456
PANZAROLA A., <i>Riflessioni minime intorno ad un concetto metagiuridico: la genealogia della «lite» in Carnelutti</i> .....	992
PROTO PISANI A., <i>Principi e valori ancora attuali del sistema di Giuseppe Chiovenda, con Postilla. Alcuni «pensieri liberi» di VITTORIO COLESANTI</i> .....	526
SPAZIANI P., <i>Elogio della Rivista di diritto processuale</i> .....	102

TURELLI G., <i>Il perenne «fluire» del collegio giudicante. Note su Carnelutti «romanista»</i> .....	1428
--	------

### DIBATTITI

BERTILLO E., <i>Sui rapporti tra c.d. giudicato implicito e provvedimento monitorio non opposto</i> .....	1035
BRIGUGLIO A., <i>Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)</i> .....	127
FARINA M., <i>Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nella giurisprudenza delle Corti di vertice</i> .....	1527
GHIRGA M.F., <i>Vita e dogmatica giuridica: a proposito della raccolta di scritti di Remo Caponi</i> .....	1024
GODIO F., <i>Sull'eccezione di risolubilità del contratto per grave inadempimento</i> .....	1511
PAGNI I., <i>Travisamento della prova, difetto di motivazione ed errore revocatorio</i> .....	564
VERDE G., <i>Divagazioni sulle parole e sui concetti (leggendo il libro di I. Pagni sul contratto nel processo)</i> .....	1014
VERDE G., <i>Le ricadute della vicenda «Palamara» sulla disciplina dei magistrati e sul sistema correntizio</i> .....	112
VINCRE S., <i>La Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione sulle nullità consumeristiche</i> .....	1487
ZUCCONI GALLI FONSECA E., <i>In favore dell'arbitrato internazionale con sede in Italia (a proposito di un libro di Massimo Benedettelli)</i> .....	159

### ATTUALITÀ LEGISLATIVA

BOCCAGNA S., <i>Le nuove norme sulle impugnazioni in generale e sul giudizio di appello</i> .....	643
CECCHIELLA C., <i>Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie</i> .....	1090
COLETTA R., <i>Sulla definitività «liquida» nel ricorso straordinario avverso i provvedimenti de potestate</i> .....	239

COSTANTINO G., <i>Questioni di coordinamento tra il nuovo «procedimento unificato» e le altre forme di tutela giurisdizionale delle persone, dei minorenni e delle famiglie</i> .....	169
D'ADAMO D., <i>La contumacia nel nuovo giudizio ordinario di primo grado dinanzi al tribunale</i> .....	1565
DE CRISTOFARO M., <i>L'avvocato e il giudice civile alla vigilia della riforma del processo civile di primo grado</i> .....	199
DONZELLI R., <i>Note sul nuovo art. 101 c.p.c.</i> .....	214
FABBRIZZI G., <i>Considerazioni sul procedimento semplificato di cognizione</i> .....	1579
GIUSSANI A., <i>Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione</i> ....	632
GRAZIOSI A., <i>Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione</i> .....	667
MENCHINI S. - MERLIN E., <i>Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale</i> .....	578
MICCOLIS G., <i>Le nuove norme in tema di mediazione e negoziazione assistita</i> .....	1058
PICCININNI L., <i>Le nuove norme in tema di giustizia digitale</i> .....	1146
SALVANESCHI L., <i>Le nuove norme in materia di arbitrato</i> .....	738
STELLA M., <i>Imparzialità degli arbitri, decadenza e ricusazione nella riforma del c.p.c.</i> .....	231
TURRINI M., <i>Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge</i> .....	1609
VINCIRE S., <i>Le nuove norme sul processo esecutivo e sull'esecuzione indiretta</i> .....	700

## DIRITTO PROCESSUALE COMPARATO E INTERNAZIONALE

BONET NAVARRO J., <i>Giurisdizione e corti consuetudinarie e tradizionali del Mediterraneo spagnolo</i> .....	262
---	-----

## NOTIZIE E RICORDI

Bando di concorso Premio «Enrico Redenti» 2023 .....	1180
CAVALLINI C., <i>Vittorio Colesanti</i> .....	1201

CAVALLONE B., <i>Premessa</i> .....	1181
CONSOLO C., <i>Vittorio Colesanti: pro-memoria nostra di un time of gifts</i> .....	1193
FERRARI F., <i>Un'occasione di riflessione per il processualcivilista comparatista: «Open and Equal Justice» (Colloquium IAPL Brescia 6-8 ottobre 2022)</i> .....	277
GARAVAGLIA M., <i>Il XXXIV Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile</i> .....	1629
MERONE A., <i>Un seminario sugli ottant'anni del codice di procedura civile</i> .....	786
PROTO PISANI A., <i>Vittorio Colesanti: processo e diritto sostanziale</i> .....	1182

### RECENSIONI E SEGNALAZIONI

<i>Bianchi L.</i> (Zulberti M.) .....	1630
<i>Canzio G., Luparia Donati L. (a cura di)</i> (Centorame F.) .....	281
<i>Carratta A.</i> (Ferrari F.) .....	789
<i>Cecchella C. (a cura di)</i> (Ferrari F.) .....	789
<i>Cerrato A.</i> (Perin A.) .....	285
<i>Comoglio P.</i> (Pezzani T.M.) .....	1631
<i>Costantini G. (a cura di)</i> (Maruffi R.) .....	1203
<i>Dalfino D.</i> (Vincere S.) .....	1632
<i>Dalmotto E. (a cura di)</i> (Ferrari F.) .....	1634
<i>Eremita A.R.</i> (Garavaglia M.) .....	1203
<i>Filippi L.</i> (Spaccapelo C.) .....	792
<i>Gabrielli E.</i> (Sassani B.) .....	1636
<i>Galanti L.</i> (Villata S.A.) .....	794
<i>Luiso F.P.</i> (Ferrari F.) .....	789
<i>Martino R., Panzarola A., Abbamonte M. (a cura di)</i> (Punzi C.) .....	1206
<i>Mengali A.</i> (Maruffi R.) .....	286
<i>Pagni I.</i> (Punzi C.) .....	795
<i>Patti S., Poli R. (a cura di)</i> (Pezzani T.M.) .....	1208

<i>Paulesu P.P., Daniele M., Signorato S., Bolognari M., Boldrin A. (a cura di) (Zampini A.)</i> .....	797
<i>Tiscini R. (a cura di) - Farina M. (con il coordinamento di) (Ferrari F.)</i> .....	789
<i>Tiscini R., Luiso F.P. (a cura di) (Merlin E.)</i> .....	1640
<i>Trisorio Liuzzi G. (a cura di) (Punzi C.)</i> .....	798
<i>Turatto S. (Marinucci E.)</i> .....	287
<i>Ubertone M. (Garavaglia M.)</i> .....	800
<i>Vanzetti M. (Ruggieri P.C.)</i> .....	1641
<i>Villa A. (Vanzetti M.)</i> .....	1643

### NOTE ALLE SENTENZE

<i>BERNARDINI L., Rito penale in absentia e obbligo di presenza processuale: la lettura della Corte di Giustizia</i> .....	1649
<i>BERTOLDI V., Sulla sindacabilità in sede di legittimità dell'interpretazione del titolo esecutivo costituente giudicato</i> .....	1780
<i>CAPASSO V., Sul travisamento della prova nel processo civile</i> .....	1257
<i>CAPORUSSO S., Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri</i> .....	1231
<i>CHIARANDA P., Sulla esclusione della sanatoria della procura inesistente o mancante in atti ai sensi dell'art. 182, comma 2°, c.p.c., ante-riforma</i> .....	1726
<i>FRISINA F., Incapacità di testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c. e onere della «duplice eccezione» secondo le Sezioni Unite</i> .....	1802
<i>GIUSSANI A., Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia</i> .....	294
<i>MAZZA P., Pregiudizialità-dipendenza e continenza secondo l'art. 7, comma 3°, l. n. 218/1995</i> .....	1695
<i>NICOLAI F., L'impugnazione principale del soccombente su sola questione e sopravvenienza dell'interesse a impugnare</i> .....	317
<i>PASTORE L.L., Termini ad impugnandum e decorrenza dalla comunicazione</i> .....	1748
<i>PERIN A., Condanna al pagamento delle spese processuali in caso di</i>	

<i>accoglimento parziale della domanda (in difesa del principio di causalità)</i> .....	1283
RAITI G., <i>Il travisamento della prova nel processo civile e la sua controversa censurabilità in Cassazione</i> .....	1213
RUGGIERI P.C., <i>La Corte di cassazione torna – seppur obiter – sull’ammissibilità della domanda autonoma di condanna generica</i> .....	307
TARRICONE S., <i>«Rimessione in termini» e condotte processuali di «non contestazione»: una questione ancora aperta</i> .....	1672
VANZETTI M., <i>La Cassazione estende alle sentenze non definitive non «riservate» l’impugnazione incidentale tardiva</i> .....	806

### PANORAMI

COSTANTINO L., <i>Osservatorio sulla Cassazione civile</i> .....	1823
LO SARDO O.D., <i>Osservatorio sulla Cassazione civile</i> .....	332
MALATESTA F.C., <i>Osservatorio sulla Cassazione civile</i> .....	820
NISIVOCIA N., <i>Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1° ottobre – 31 dicembre 2022)</i> .....	331
NISIVOCIA N., <i>Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1° gennaio – 31 marzo 2023)</i> .....	818
NISIVOCIA N., <i>Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1° aprile – 30 giugno 2023)</i> .....	1299
NISIVOCIA N., <i>Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1° luglio – 30 settembre 2023)</i> .....	1822
PAGLIARI C., <i>Osservatorio sulla Cassazione civile</i> .....	1301

### INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

<i>Condanna generica, domanda proposta sin dall’inizio come limitata alla sola condanna generica, ammissibilità, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 3 giugno 2022, n. 17984</i> .....	302
<i>Giudicato civile, decreto ingiuntivo italiano non opposto per crediti nei confronti di un consumatore, effetto di giudicato prodotto dal decreto e impossibilità per il giudice dell’esecuzione di esercitare d’ufficio il controllo sul carattere non abusivo delle</i>	

clausole contenute nel contratto da cui originano i crediti, contrarietà alla direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, sussistenza e limiti: Corte di Giustizia UE, gr. sez., 17 maggio 2022, C-693/2019 e C-831/2019 .....	291
<i>Impugnazioni incidentali</i> , sentenza non definitiva non fatta oggetto di «riserva», ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva della parte contro cui è proposta l'impugnazione principale o delle parti chiamate ad integrare il contraddittorio ex art. 331 c.p.c., sussistenza: Corte di Cassazione, sez. lav., 23 luglio 2021, n. 21173 .....	803
<i>Incapacità di testimoniare</i> , vizio non rilevabile d'ufficio soggetto all'onere di eccezione di parte da sollevarsi prima dell'assunzione della prova, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 6 aprile 2023, n. 9456 .....	1795
<i>Incapacità di testimoniare</i> , prova testimoniale assunta nonostante l'incapacità del teste tempestivamente eccepita dalla parte interessata, nullità della prova soggetta ad eccezione della parte interessata da sollevarsi nei termini di cui all'art. 157, 2° comma, c.p.c. e poi da reiterare in sede di precisazione delle conclusioni a pena di presunzione di rinuncia, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 6 aprile 2023, n. 9456 .....	1795
<i>Interesse ad impugnare</i> , impugnazione principale della parte praticamente vittoriosa per il riesame di questione su cui è soccombente solo in senso teorico, proposizione di successiva impugnazione incidentale tempestiva della controparte soccombente in senso pratico, ammissibilità della prima impugnazione del soccombente teorico per sopravvenienza dell'interesse ad impugnare, sussistenza e limiti: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 14 marzo 2022, n. 8096 .....	316
<i>Litispendenza</i> , inidoneità della domanda di mediazione obbligatoria a determinare la pendenza della lite alla stregua della disciplina italiana di cui al d.lgs. n. 28/2010, divergenza rispetto alla disciplina del procedimento di conciliazione nel diritto processuale svizzero, violazione del principio di parità delle armi di cui all'art. 6 Cedu, insussistenza: Tribunale di Torino, sez. II civ., ordinanza 12 aprile 2023 .....	1691
<i>Principio di non contestazione dei fatti</i> , riferibilità esclusiva ai fatti sottesi a domande ed eccezioni di merito, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 6 luglio 2022, n. 21403 ....	1670
<i>Procedimento penale</i> , previsione del diritto nazionale sull'obbligo di	

presenza al processo di indagati ed imputati, contrarietà all'art. 8, paragrafo 1, della direttiva UE n. 2016/343, insussistenza: Corte di Giustizia UE, sez. I, 15 settembre 2022, C-420/2020 .....	1646
<i>Procura alle liti</i> , inesistenza o mancanza in atti, sanabilità del vizio ex art. 182, 2° comma, c.p.c. (previgente), insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 21 dicembre 2021, n. 37434 .....	1715
<i>Rimessione in termini</i> , restituzione nel termine per impugnare, necessità di evento che impedisca con absolutezza e causalità l'esercizio tempestivo del potere di impugnare, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 6 luglio 2022, n. 21403 .....	1670
<i>Sospensione per pregiudizialità dipendenza nel diritto processuale internazionale</i> , relazione di pregiudizialità dipendenza fra giudizio italiano e giudizio straniero preveniente con rischio di giudicati contraddittori, opportunità di sospensione del giudizio italiano ex art. 7, 3° comma, l. n. 218/1995, sussistenza: Tribunale di Torino, sez. II civ., ordinanza 12 aprile 2023 .....	1691
<i>Spese processuali</i> , parziale accoglimento di domanda articolata in un unico capo, possibilità di condanna della parte parzialmente vittoriosa al rimborso delle spese processuali in favore della controparte, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 31 ottobre 2022, n. 32061 .....	1280
<i>Termine per impugnare</i> , decorrenza del termine dalla comunicazione o notificazione del provvedimento ex art. 702- <i>quater</i> c.p.c., pronuncia del provvedimento in udienza ex art. 281- <i>sexies</i> c.p.c., decorrenza del termine dal giorno dell'udienza, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 5 ottobre 2022, n. 28975 .....	1743
<i>Termine per impugnare</i> , decorrenza del termine per impugnare dalla comunicazione o notificazione del provvedimento ex art. 702- <i>quater</i> c.p.c., omissione della comunicazione e della notificazione, applicabilità del termine semestrale ex art. 327 c.p.c. con decorrenza dalla pubblicazione del provvedimento, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 5 ottobre 2022, n. 28975 .....	1743
<i>Titolo esecutivo giudiziale</i> , denuncia in sede di ricorso per cassazione di errore di interpretazione della portata del titolo costituente giudicato, natura di vizio consistente nella violazione di norma di diritto ex art. 360 n. 3 c.p.c., potere della Corte di legittimità di sindacare direttamente e anche tramite esame degli atti processuali l'interpretazione del titolo esecutivo, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 21 febbraio 2022, n. 5633 .....	1771

- Travisamento del fatto*, sindacabilità del vizio in cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c. per violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. in caso di errore di percezione del giudice di merito caduto sulla ricognizione oggettiva del contenuto di una prova, che investa una circostanza che ha formato oggetto di discussione fra le parti, rimessione degli atti di causa al Primo Presidente per l'eventuale rimessione della questione alle Sezioni Unite della Corte, necessità: Corte di Cassazione, sez. lav., ordinanza 29 marzo 2023, n. 8995 ..... 1253
- Travisamento del fatto*, sindacabilità del vizio in cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c. per violazione dell'art. 115 c.p.c. in caso di errore di percezione del giudice di merito caduto sulla ricognizione oggettiva del contenuto di una prova, che investa una circostanza che ha formato oggetto di discussione fra le parti, rimessione degli atti di causa al Primo Presidente per l'eventuale rimessione della questione alle Sezioni Unite della Corte, necessità: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 27 aprile 2023, n. 11111 ..... 1211
- Tutela giurisdizionale del consumatore*, credito del professionista azionato in via monitoria, dovere del giudice del procedimento monitorio nella fase *inaudita altera parte* di verificare il carattere abusivo, ai sensi della Direttiva CEE n. 93/2013, delle clausole contrattuali rilevanti e di motivare circa l'insussistenza di abusività, avvertendo nel decreto il consumatore che in mancanza di tempestiva opposizione decadrà dalla facoltà di opporre l'abusività, oppure, in caso di ritenuta abusività o anche di abusività verificabile solo con mezzi istruttori incompatibili con il procedimento monitorio, di rigettare la domanda del creditore, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 6 aprile 2023, n. 9479 ..... 1228
- Tutela giurisdizionale del consumatore*, decreto ingiuntivo non opposto nei confronti di consumatore, omessa motivazione sulla non vessatorietà, ai sensi della Direttiva CEE n. 93/2013, delle clausole contrattuali a fondamento del credito, dovere del giudice dell'esecuzione in corso a carico del consumatore di controllare la non vessatorietà della clausola, di informare le parti circa l'esito del controllo e di avvertire il consumatore della facoltà di proporre opposizione al decreto, ai sensi dell'art. 650 c.p.c., entro quaranta giorni dall'avvertimento, sussistenza, impedimento dall'effetto di giudicato prodotto dal decreto ingiuntivo originariamente non opposto, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 6 aprile 2023, n. 9479 ..... 1228

# Breviaria Iuris *Più*

I commenti accurati di sempre.  
Sempre *Più* approfonditi.

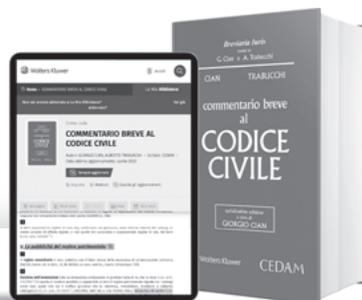


Y090MBN

**Breviaria Iuris *Più*** è l'evoluzione dei celebri Codici commentati CEDAM. Unisce all'**eccellenza di sempre**, tutti i vantaggi dell'**innovativa versione online costantemente aggiornata**.

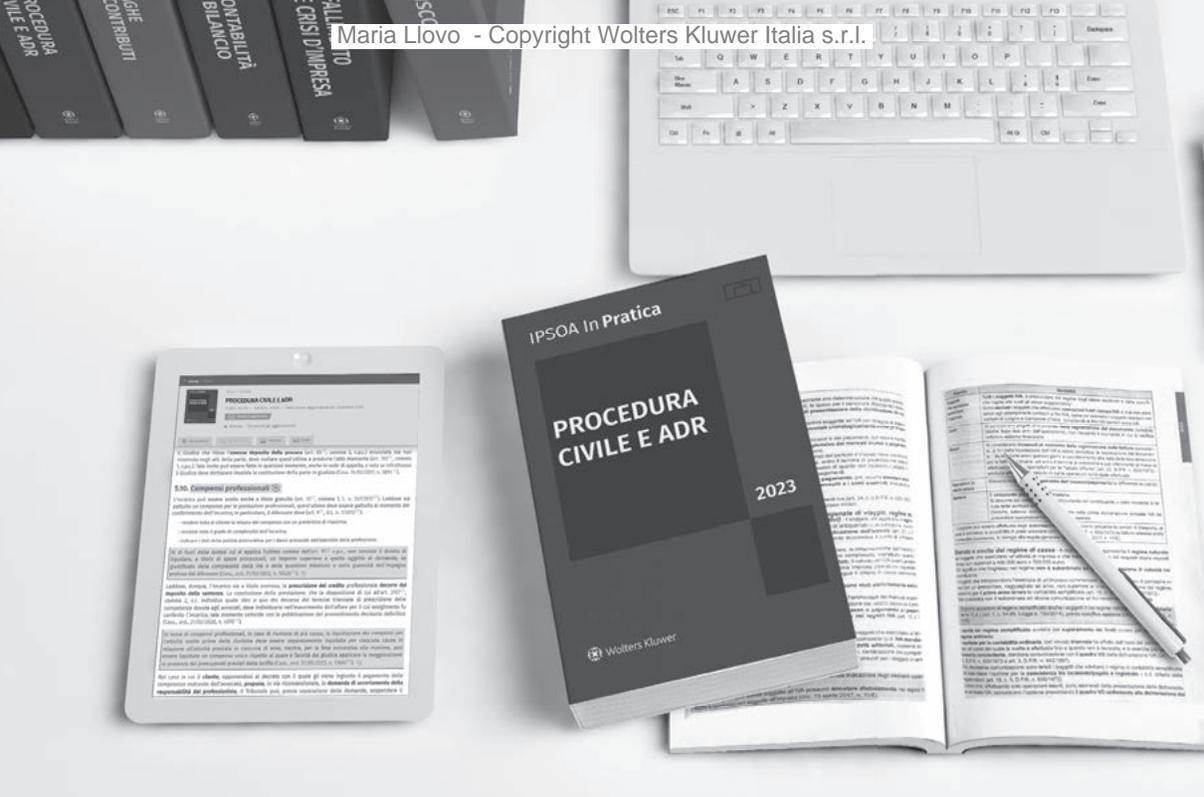
Scopri il **nuovo Commentario Breve al Codice Civile CARTA+DIGITALE** con aggiornamento.  
Già scelto da migliaia di abbonati.

[info.wolterskluwer.com/breviaria-iuris](http://info.wolterskluwer.com/breviaria-iuris)



 Wolters Kluwer

CEDAM



**IPSOA In Pratica**  
*Risposte chiare, autorevoli  
 e sempre aggiornate*

# Procedura Civile e ADR 2023

**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 tutti gli istituti del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie, alla luce anche della Riforma Cartabia;
- **DIGITALE**: segue l’evoluzione normativa, in particolare per ciò che riguarda la riforma e i provvedimenti operativi che verranno approvati per la sua concreta applicazione.



---

# GLI ORGANI NEL VIGENTE CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA

A cura di **Michele Monteleone**

---

Approfondisce le **novità** del **Codice della Crisi d'Impresa**, in relazione all'operatività dei **diversi organi di controllo legati all'attività di vigilanza**.

Un importante strumento per assolvere gli **obblighi formativi**, dettati dall'istituzione dall'**Albo Unico Nazionale dei Gestori della Crisi** e dalle Linee guida elaborate dalla **"Scuola Superiore della Magistratura"**.

Y1600BN



# 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

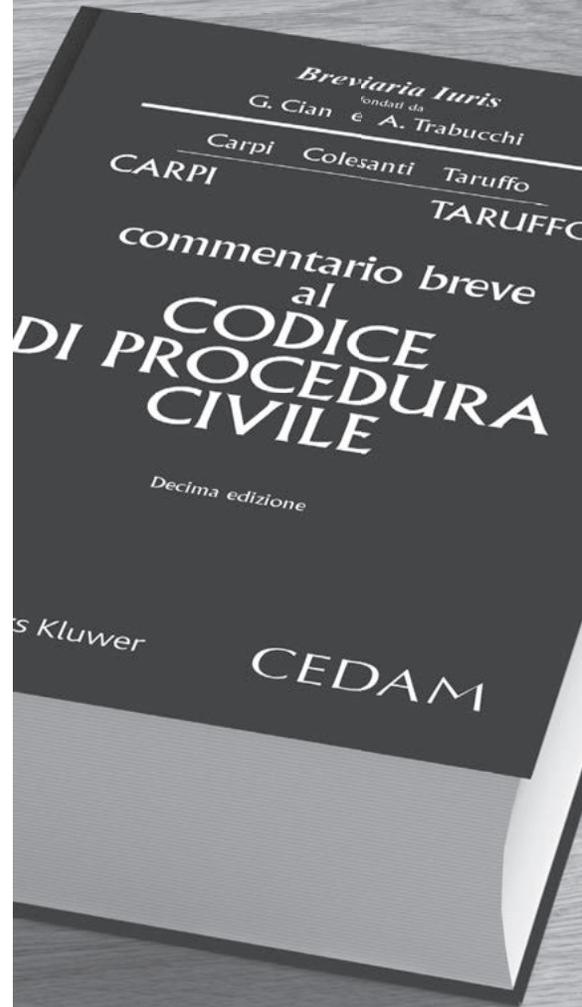
Breviaria Iuris

# 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 dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI), oppure a mezzo PEC all'indirizzo [contact@wkiecert.it](mailto:contact@wkiecert.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](http://www.edicolaprofessionale.com/RDP), tablet (iOS e Android) e smartphone (Android).

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a WKI Srl - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI) - utilizzando le seguenti modalità:

- Conto Corrente Postale 54738745

- Conto corrente Bancario 615222314167 INTESASANPAOLO - AG. ROMA intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. IBAN IT32K0306905070615222314167

- Carta di credito Visa, Master Card, Carta Sì, American Card, American Express, specificando il numero e la data di scadenza.

### **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](http://www.servizioclienti.wki.it) - e-mail: [servizio.clienti@wolterskluwer.com](mailto:servizio.clienti@wolterskluwer.com)

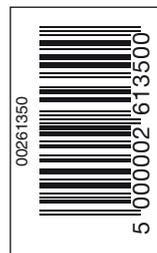
I dattiloscritti, libri per recensione, pubblicazioni periodiche devono essere diretti al professor Bruno Cavallone, Viale Bianca Maria, 15 - 20122 Milano; oppure al professor Carmine Punzi, Viale Bruno Buozzi, 99 - 00197 Roma. Gli scritti inviati per la pubblicazione devono essere inviati per e-mail ai seguenti indirizzi: [bcavallone@libero.it](mailto:bcavallone@libero.it), [rividirproc@libero.it](mailto:rividirproc@libero.it), [cpunzi@studio-profpunzi.it](mailto:cpunzi@studio-profpunzi.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 dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).



€ 65,00 I.V.A. INCLUSA