Wolters Kluwer

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ANNO LXXVII (Seconda Serie) - N.4 ISSN 0035-6182

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 - V. COLESANTI
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
2022

edicolaprofessionale.com/RDP

Wolters Kluwer

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE S.P.A. - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE - D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO - PUB. TRIMESTRALE

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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. CECCHELLA - 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

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. DANOVI - M. DE CRISTOFARO - L. DITTRICH - F. FERRARI - F. FERRARIS
G. FINOCCHIARO - A. FRASSINETTI - M. GABOARDI - M. F. GHIRGA - M. GIORGETTI
A. GIUSSANI - M. GOZZI - G. GUARNIERI - A. HENKE - F. MARELLI - M. MARINELLI
E. MARINUCCI - R. MARUFFI - M. MONTANARI - 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 - R. MUNHOZ DE MELLO
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 dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

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

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

---

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

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno LXXVII (Seconda Serie) – N. 4 – Ottobre-Dicembre 2022

ARTICOLI

GIULIO ILLUMINATI, *Alla ricerca di un processo penale efficiente.* 1155

ALBERTO TEDOLDI, Iudex servus peritorum*: la consulenza tecnica (psicologica) all'alba del terzo millennio* 1164

MARCO GRADI, *Cosa giudicata incostituzionale* 1190

ALESSANDRO NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla Riforma del 2022* 1214

MARIA CRISTINA VANZ, *L'onere di (ri)produzione documentale: esigenze di speditezza processuale e nuove tecnologie digitali* 1234

FRANCESCO CALLARI, *Ricerca della verità e dimensione etica del processo penale* 1247

STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

BRUNO CAVALLONE, *I troppi ritorni di Martin Guerre* 1270

DIBATTITI

FEDERICA PINTO, *Profili processuali del contratto di* leasing *finanziario* 1284

ATTUALITÀ LEGISLATIVA

DANIELA D'ADAMO, *Il curatore speciale del minore alla luce della riforma del processo civile* 1315

RICORDI

Virginio Rognoni 1333

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Opere segnalate: *Andrea Proto Pisani* (C. Punzi); *Francesco Campione* (M. Zulberti); *Luigi Paolo Comoglio* (C. Spaccapelo); *Cécile Chainais, Jean-François van Drooghenbroeck, Achille Saletti, Burkhard Hess* (*diretto da*) (A. Briguglio); *Edoardo F. Ricci* (C. Punzi); *Maria Martello* (G. Raiti); *Nicoletta Minafra* (M. Garavaglia); *Paola Chiara Ruggeri* (G. Raiti) 1334

NOTE A SENTENZA

MARCO SICA, *Appello cautelare e rimedi avverso i decreti presidenziali monocratici dei T.A.R.* 1352

TERESA SALVIONI, *L'ordinanza di sospensione della delibera di esclusione del socio* 1372

ALESSIO LUCA BONAFINE, *Il reclamo* ex *art. 630, comma 3°, c.p.c.: natura e modalità di deposito* 1383

FLORIN COSTINEL MALATESTA, *Sul consolidamento del rito erroneamente instaurato* 1403

ALESSANDRO TRIOLO, *Sui rapporti tra reclamo e inefficacia della misura cautelare* 1418

ALESSIO CAROSI, *In tema di fondamento sistematico del principio di non contestazione e della sua efficacia sull'attività decisoria del giudice* 1433

PANORAMI

NICCOLÒ NISIVOCCIA, *Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1° luglio – 30 settembre 2022)* 1459

PAOLA CHIARA RUGGIERI, *Osservatorio sulla Cassazione Civile* 1461

INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

Processo amministrativo, decreto cautelare presidenziale *ex* art. 56 c.p.a., autonoma impugnabilità con l'appello, insussistenza: Consiglio di Stato, sez. IV, decreto 4 luglio 2022, n. 3114 1349

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Provvedimenti cautelari, ordinanza di sospensione della delibera assembleare di esclusione di un socio dalla compagine sociale, natura conservativa, sussistenza, perdita di efficacia in caso di mancato inizio del giudizio di merito nel termine di legge o di sua estinzione, sussistenza: Corte di Cassazione, sez I civ., ordinanza 26 aprile 2021, n. 10986 1367

Deposito di atti di parte, ricorso per reclamo avverso l'ordinanza che pronuncia sull'estinzione del processo esecutivo *ex* art. 630, comma 3°, c.p.c., necessità di deposito in via telematica, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 10 marzo 2022, n. 7877 1380

Domanda giudiziale, proposizione con la notifica di atto di citazione in luogo del deposito del ricorso prescritto dalla legge, idoneità della domanda a produrre i propri effetti processuali e sostanziali in base alla forma concretamente assunta ed indipendentemente dal provvedimento di conversione del rito, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 12 gennaio 2022, n. 758 1402

Provvedimenti cautelari, reclamo avverso provvedimento cautelare di sequestro conservativo, sopravvenuta declaratoria di inefficacia del sequestro per mancata esecuzione nei termini di cui all'art. 675 c.p.c., carenza di interesse di entrambe le parti alla decisione del reclamo, sussistenza: Tribunale di Roma, sez. imprese, 22 giugno 2021 1417

Accertamento dei fatti, non contestazione dei fatti, effetto vincolante per il giudice ed espunzione dall'ambito degli accertamenti richiesti, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. VI civ., ordinanza 25 novembre 2021, n. 36659 1432

INDICE DEL VOLUME SETTANTASETTESIMO, Seconda Serie – 2022 1477

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ARTICOLI

GIULIO ILLUMINATI (*)
Già Professore ordinario all'Università di Bologna

ALLA RICERCA DI UN PROCESSO PENALE EFFICIENTE

SOMMARIO: 1. Un filo rosso. – 2. Accelerazione dei tempi. – 3. Filtro delle imputazioni. – 4. Riorganizzazione del processo penale. – 5. La prescrizione.

1. – Non intendo attardarmi sull'esegesi della legge delega 27 settembre 2021, n. 134 relativa alla riforma del processo penale, sia pure soltanto sui punti di cui ci siamo occupati espressamente. Anche perché, trattandosi appunto di legge delega dobbiamo attendere prima di vedere il modo in cui, sotto vari aspetti, le direttive saranno attuate. Mi limiterò ad una serie di impressioni che ho ricavato da queste due giornate, molto intense e direi anche molto proficue, almeno per quello che può valere la nostra voce nel dibattito politico in materia.

Comincerei evidenziando quello che mi sembra in un certo senso il filo rosso che ha percorso in maniera più o meno esplicita il nostro convegno dedicato all'efficienza del processo, efficienza che Ennio Amodio ha definito l'olio per il motore della speditezza. L'esigenza che tutti percepiamo è che vengano predisposte misure strutturali e organizzative, prima ancora di ogni altro ragionamento sulla costruzione di nuovi istituti giuridici o sulla creazione di norme che più o meno fondatamente si presumono acceleratorie. Il processo oggi non funziona, lo sappiamo, e può funzionare solo se vengono messe a disposizione adeguate risorse e si ragioni una volta tanto sull'attività giurisdizionale alla stregua di quella di un'azienda che deve produrre - in questo caso, produrre una rapida risposta alla domanda di giustizia dei cittadini (ma non necessariamente condanne rapide, come qualcuno implicitamente vorrebbe).

(*) Conclusioni presentate al Convegno Annuale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale «G.D. Pisapia», *Alla ricerca di un processo penale efficiente*, Pisa, 21-22 gennaio 2022.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sotto questo profilo vorrei segnalare alcuni aspetti della riforma Cartabia che sono stati menzionati all'inizio, e che possono avere un impatto positivo, salvo verificare come verranno realizzati in concreto. Innanzitutto l'istituzione nell'ambito penale dell'ufficio del processo, uno strumento pratico che dovrebbe servire ad organizzare meglio la funzione giurisdizionale: certo, bisognerà anche vedere come verrà inteso, perché se si dovesse trasformare in un espediente per esonerare i giudici dai loro compiti istituzionali, per esempio nei casi reputati di minore importanza, l'innovazione potrebbe assumere aspetti preoccupanti.

Come ha ricordato tra l'altro nel suo intervento all'inizio del convegno il Magnifico Rettore, va sottolineata l'intesa tra il Ministero della giustizia e le università, destinata alla realizzazione di un «Progetto unitario su diffusione dell'ufficio del processo e per l'implementazione di modelli operativi innovativi negli uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato», che rappresenta una novità per il nostro Paese. Inoltre si comincia a ragionare anche in termini di monitoraggio sull'efficienza degli uffici giudiziari: cosa abbastanza insolita per le nostre abitudini, e su questo anche noi abbiamo le nostre colpe, dato che come giuristi ci preoccupiamo essenzialmente delle norme, badando meno agli aspetti concreti e alle ricadute pratiche. Gli uffici per il monitoraggio saranno molto utili anche per deliberare sapendo come stanno le cose, perché per deliberare occorrono i dati, mentre di solito abbiamo questa tendenza, per così dire come eredità culturale, di occuparci poco dei dati statistici e delle prassi.

Inoltre, lo diceva Oreste Dominioni, è necessario anche guardare non tanto e non solo alle norme di procedura penale, ma anche all'ordinamento giudiziario, poiché qualsiasi riforma del processo penale non può prescindere dall'ordinamento giudiziario, considerato che - cito testualmente - non si può cambiare il processo penale se innanzitutto non si cambia il giudice. Qui sarebbe però necessario aprire un altro orizzonte, che attualmente resta ancora marginale.

Molti dei relatori, dunque - ne cito solo alcuni - hanno insistito sulla necessità di tenere conto degli aspetti strutturali e organizzativi. Gabriella Di Paolo per esempio alludeva all'urgenza di investimenti nelle infrastrutture informatiche, nel trattare uno dei temi che più hanno a che vedere con la funzionalità degli uffici, riferendosi a quello che - con un termine omnicomprensivo anche se impreciso - possiamo definire processo digitale.

Anche Pasquale Bronzo, che ha fatto un'analisi molto precisa della sentenza Bajrami, sul mutamento del giudice e il problema della immediatezza, ha invocato misure organizzative che evitino che possano prodursi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fenomeni come il passaggio del dibattimento da un giudice all'altro. Come aveva scritto Rosa Ruggiero in un commento alla sentenza, in quello specifico processo si erano avvicendati, nel giudizio di primo grado, sette giudici diversi: non è possibile che non esistano strumenti organizzativi per evitare che ciò si verifichi. Altrimenti è comprensibile che poi ci siano reazioni fuori dalle righe come quella della Corte di cassazione, perché la conclusione, che sarebbe inevitabilmente la prescrizione del reato, diventa a questo punto intollerabile. I mezzi per rimediare ci sarebbero: Pasquale Bronzo parlava ad esempio di applicazioni del giudice *ad processum* finché lo stesso non sia concluso, e questa potrebbe essere una delle tante possibili soluzioni.

Sui tempi ragionevoli delle impugnazioni Hervé Belluta parlava della necessità di tagliare i tempi morti, che com'è noto rappresentano una delle principali ragioni dell'eccessiva durata del processo. Per riuscirci, ancora una volta, è indispensabile un ammodernamento delle strutture e un aumento delle risorse, in termini di personale amministrativo e ausiliario. Sotto questo profilo uno sforzo da parte del governo è stato fatto con l'assunzione di sedicimila contrattisti per l'ufficio del processo e cinquemila nuovi amministrativi, ma è solo un piccolo passo avanti.

Ma anche la *diversion* in direzione della giustizia riparativa, ce lo ricorda Lucia Parlato, necessita di strutture e servizi, e in particolare della formazione del personale addetto, che richiede tempo e organizzazione. La giustizia riparativa è uno strumento importante per la deflazione delle cause penali - anche se questa non è la sua finalità principale - ma se non funziona in modo efficiente e non è adeguatamente coordinata col processo penale rischia di avere effetti controproducenti.

2. – Finché non affrontiamo di petto questo tipo di problemi possiamo discutere quanto vogliamo sull'accelerazione del processo, ma serve a poco lavorare sulle norme processuali.

Come ho già scritto altrove, è un'illusione tipicamente italiana pensare che basti semplicemente fissare un termine per il compimento degli atti o per la conclusione di una fase al fine di ottenere un'effettiva accelerazione. La fissazione di un termine, come per esempio nel caso dell'improcedibilità dell'impugnazione - chiamiamola prescrizione del processo - di cui si è discusso proprio oggi, deve essere considerata una soluzione estrema, che al massimo può rappresentare un incentivo per chi è motivato a scongiurarla; ma di per sé non produce evidentemente nessuna riduzione dei tempi.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Anche la fissazione di termini per le indagini non basta per ottenere un processo rapido. In ogni caso, al di là della sua scarsa efficacia, presenta una palese criticità, perché non è detto che le indagini possano avere tutte la stessa durata: e ciò a prescindere dalla gravità del reato (che tradizionalmente viene posta alla base della individuazione di termini differenziati), perché possono esistere reati meno gravi ma di accertamento complesso e difficili da provare, e reati molto gravi per i quali la prova è relativamente semplice.

Del resto sappiamo tutti che buona parte delle prescrizioni si verifica, allo stato, nel corso delle indagini preliminari. Spesso, anzi, lo strumento della prescrizione viene consapevolmente utilizzato per nascondere una discrezionalità occulta nell'esercizio dell'azione penale: si ritarda l'indagine o non si compiono atti in attesa che il reato si prescriva. Talvolta poi l'accantonamento del fascicolo serve a coprire la mancanza di elementi per andare a giudizio - quando magari il pubblico ministero nel procedimento cautelare è stato ripetutamente smentito dal giudice o in sede di riesame o in cassazione - allo scopo di evitare di dover chiedere l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato. E non parlo di illazioni astratte, ma purtroppo di casi reali: ciò comporta, è inutile dirlo, un sacrificio inaccettabile dei diritti della persona indagata, che resta sottoposta a indagini e sotto scacco fino alla prescrizione del reato, con tutte le conseguenze del caso. Sotto questo profilo la previsione di termini per le determinazioni del pubblico ministero potrebbe risultare opportuna, sempre che vengano adottati strumenti per assicurarne l'effettiva osservanza.

Il controllo del giudice, anche sulla tempestiva iscrizione della notizia di reato, e soprattutto la previsione dell'iniziativa al riguardo della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa è perciò sicuramente utile, ed è interessante il riconoscimento del potere, a questi fini, di prendere visione del fascicolo delle indagini. Come pure va segnalata l'adozione di criteri più stringenti per la riapertura delle indagini, ad evitare ogni *escamotage* diretto ad aggirare i termini: ma anche qui bisognerà vedere come la delega verrà attuata.

Tra le novità della riforma troviamo l'espressa menzione della previsione di criteri di priorità per l'esercizio dell'azione penale, che siano trasparenti e predeterminati. Criteri di priorità che in effetti già esistono più o meno in tutti gli uffici della procura della Repubblica, ma risultano disomogenei e in parte arbitrari, e comunque non sempre sono noti. L'indicazione con legge ad opera del Parlamento di criteri generali introduce un principio di opportunità legalmente definita e pure controllata, dal momento che i progetti organizzativi della procura dovranno essere

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

approvati con una procedura analoga a quella riguardante le tabelle degli uffici giudiziari. Non necessariamente ciò potrà portare ad una velocizzazione del lavoro del pubblico ministero, ma di sicuro dovrebbe consentire una migliore allocazione delle risorse.

Un'effettiva accelerazione sarebbe molto importante perché fra l'altro verrebbe a creare quel famoso circolo virtuoso che si auspicava quando durante i lavori della riforma del 1988 si escogitavano i riti alternativi, perché si immaginava che una rapida conclusione del processo avrebbe comportato una maggiore appetibilità di tali riti, e questo avrebbe ulteriormente alleggerito il giudizio ordinario, la cui minore durata avrebbe a sua volta incentivato il ricorso al giudizio abbreviato o al patteggiamento.

Oggi la percentuale dei riti alternativi sul totale è piuttosto bassa (anche se non si pretendeva di arrivare - né sarebbe a mio avviso politicamente accettabile - alla quota del 90-95% di *plea agreements* come nelle giurisdizioni degli Stati Uniti). Inoltre il numero dei patteggiamenti che si realizza davanti al giudice per le indagini preliminari o nell'udienza preliminare è praticamente irrilevante, quindi anche il risparmio di tempo è molto ridotto, dato che si deve comunque andare a dibattimento. Ben vengano dunque gli incentivi alla scelta dei riti alternativi e la fissazione di termini più stringenti per la richiesta, in modo che il passaggio al dibattimento, quando necessario, sia più rapido. Statistiche recenti dimostrano che il numero di giudizi abbreviati e di patteggiamenti cresce sensibilmente nei casi di giudizio direttissimo, e questo la dice lunga sul rapporto che c'è tra l'appetibilità dei riti alternativi e la celerità dell'instaurazione del dibattimento.

3. – Si è discusso sul tipo di filtro che si deve prevedere per il rinvio a giudizio, rappresentato dall'udienza preliminare e prima ancora dall'archiviazione. Sarebbe interessante fare tutta la storia dell'attuale art. 425 c.p.p., dal testo originario che richiedeva per il non luogo a procedere l'evidenza della causa di merito, alle modifiche successive, fino a quando la regola di giudizio non è stata allineata ai presupposti per l'archiviazione, cioè la non sostenibilità dell'accusa (eliminando una sfasatura che rendeva in pratica il pubblico ministero arbitro della decisione). In ogni caso il filtro è sempre rimasto a maglie piuttosto larghe, data la prassi usuale di rinviare a giudizio con la frequente giustificazione apodittica secondo cui il caso merita di essere approfondito.

La riforma prevede che, tanto per l'archiviazione quanto per l'udienza preliminare, il criterio di valutazione sia rappresentato da una ragionevole previsione di condanna. Ora, è chiaro che dare maggior peso all'udienza

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

preliminare significa un pregiudizio per l'imputato che va a dibattimento con una prognosi di condanna già effettuata da un giudice sulla base degli elementi acquisiti nelle indagini. Ma qui ci troviamo fra Scilla e Cariddi, perché si tratta di stabilire se il filtro debba avere un senso, come io credo.

Un dato che probabilmente tutti conoscono, ma non sempre viene valorizzato, è che oltre il cinquanta per cento dei processi celebrati dopo il rinvio a giudizio si conclude con una assoluzione: e sto parlando, in senso proprio, di assoluzioni nel merito. Questo significa che almeno una gran parte di questi processi avrebbe dovuto arrestarsi prima del rinvio a giudizio: e qui siamo di fronte al problema opposto, quello ben noto della sofferenza dell'imputato innocente che si vede trascinato in giudizio per mesi ed anni, con buona pace del processo breve e della prescrizione dell'azione, perché quattro anni più due più uno, per le tre fasi, fa sette anni, e anche se alla fine l'imputato viene assolto ha perso anni di vita per uscirne.

Sono comprensibili le preoccupazioni di chi, come Ennio Amodio ed Enrico Marzaduri, mette in guardia nei confronti del giudizio anticipato di colpevolezza e dell'inevitabile aumento del peso delle indagini preliminari (di cui si assume la completezza, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale), che riduce o ribalta il significato della fase del dibattimento. Ma bisogna comunque stabilire quale delle due esigenze è da considerarsi prioritaria, o tentare di conciliarle nel miglior modo possibile.

Pragmaticamente, sarebbe anche plausibile, come è stato suggerito, richiedere una motivazione specifica del provvedimento di rinvio a giudizio e magari alleggerire il compito del giudice di motivare la sentenza di non luogo a procedere. Non c'è dubbio che, di fatto, questo potrebbe rappresentare un forte incentivo per l'aumento delle sentenze di non luogo a procedere: tuttavia per altro verso si scontra con la logica del codice, che vuole appunto che il decreto che dispone il giudizio non sia argomentato, per evitare condizionamenti sul successivo dibattimento, richiedendo pertanto che siano semplicemente indicate le prove poste alla base della decisione. Tuttavia il pregiudizio negativo in capo al giudice del dibattimento potrebbe essere attenuato, se non del tutto scongiurato, riservando la conoscenza della motivazione esclusivamente alle parti, così come avviene per gli atti di indagine preliminare.

4. – Come accennavamo all'inizio, sta prendendo sempre più vigore, anche su indicazione dell'Unione europea, la scelta di uscire dal processo mediante istituti più facilmente gestibili e più rapidi, ma anche probabilmente più efficaci del giudizio penale tradizionale. Strumenti di *diversion*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dunque, affidati alla giustizia riparativa, in particolare alla mediazione, che però, com'è comprensibile, richiedono ancora tempo per la loro effettiva operatività. Sarà poi indispensabile disciplinare meglio le interazioni con i casi di applicazione delle misure alternative già previsti e quelli destinati ad aggiungersi, nonché con i procedimenti speciali, inclusi quelli di più recente introduzione.

L'intento è sicuramente lodevole, e in fin dei conti promette una modernizzazione della risposta penale, in linea con le attuali teorie criminologiche. Ancora una volta, però, il risultato, anche in termini di alleggerimento del carico penale in senso stretto, potrà essere valutato solo alla luce dell'esperienza pratica. Ciò che è certo, è la necessità di adeguati investimenti per la formazione di personale specializzato, e la legge delega ne manifesta la consapevolezza, prevedendo uno stanziamento *ad hoc*.

Un approccio flessibile era comunque necessario, anche per rimediare all'eccesso di penalizzazione, spesso frammentario e incoerente, che affligge il nostro sistema. Tanto che, come da tempo si chiede, il primo passo verso una razionalizzazione dovrebbe essere una radicale depenalizzazione che consentirebbe di ottimizzare le risorse, oltre alla revisione del catalogo delle pene.

La semplificazione passa anche attraverso la digitalizzazione degli atti e la telematica. Sotto il primo profilo l'aggiornamento sembra ormai indispensabile, e in qualche misura ha in via di fatto preceduto il riconoscimento normativo: si tratta ora di individuare i protocolli che garantiscano l'ufficialità di atti e documenti, con quello che ne consegue. Lo stesso vale per le comunicazioni telematiche, che nella vita quotidiana sono ormai da tempo il più comune mezzo di contatto intersoggettivo.

Maggiore cautela è necessaria per il processo telematico, tema che si è posto necessariamente al centro dell'attenzione nei periodi di quarantena obbligatoria. Resta esclusa l'udienza virtuale, mentre per la partecipazione a distanza, a quanto pare destinata ad essere utilizzata in maniera più ampia, è necessario il consenso delle parti.

Personalmente rimango molto scettico sulla effettiva compatibilità della partecipazione a distanza di imputati e testimoni con i principi di oralità e immediatezza. Una videoripresa anche in tempo reale - e lo vediamo oggi, in questo contesto - non è mai identica alla partecipazione personale e al contatto diretto con le prove. Occorre sfuggire all'illusione tecnologica secondo cui l'immagine virtuale è realtà: si tratta sempre di una rappresentazione, sempre mediata dallo strumento utilizzato, con tutti i suoi limiti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Un discorso parzialmente analogo può farsi per la videoregistrazione. Ben venga come mezzo di documentazione degli atti, sicuramente più fedele del verbale scritto, una volta che ne sia stata attestata l'integrità e la completezza. Ma completamente diversa è la situazione quando la videoregistrazione si trasforma in un surrogato della prova, perché utilizzata da soggetti diversi da quelli che hanno effettivamente partecipato all'acquisizione della stessa. Un esempio evidente di questa distorsione è rappresentato dalla norma, da più parti criticata, secondo cui in caso di mutamento del giudice la riassunzione della prova dichiarativa non è obbligata se la verbalizzazione è avvenuta tramite videoregistrazione.

Altro snodo cruciale del processo è rappresentato dal sistema delle impugnazioni. Il problema, anche qui, è semplificare senza pregiudicare il diritto delle parti al controllo della decisione. La verità è che i mezzi di impugnazione, come attualmente costruiti, sono in difficoltà di senso, e bisognerebbe una volta per tutte fare chiarezza, tanto sulla competenza della Corte di cassazione, quanto sulla funzione del giudizio d'appello.

Sull'appello si discute da molto tempo: mi ha fatto piacere sentire Hervé Belluta rievocare un progetto nazionale di ricerca di tanti anni fa, che ricordo particolarmente bene perché era gestito come capofila dall'università di Bologna, il cui oggetto erano appunto le impugnazioni. I temi che ha evidenziato con riferimento all'appello sono ancora attuali, perché oggi l'appello è sempre un ibrido che oscilla fra il controllo sul giudizio di primo grado e la nuova decisione sul merito dell'imputazione. L'ambiguità è particolarmente evidente nella ben nota situazione in cui l'imputato è assolto in primo grado e il pubblico ministero propone appello per ottenere la condanna. In linea di principio sono da tempo favorevole - ma andrebbe sperimentato - all'appello come giudizio rescindente: se l'appello viene accolto, tranne nei casi di riforma riguardante il titolo del reato o il calcolo della pena, si torna in primo grado per il giudizio.

Questa soluzione sarebbe anche più coerente con il sistema accusatorio, che non si realizza forzando un'immediatezza postuma e magari parziale in appello, ma con un nuovo giudizio, secondo l'esperienza del *trial by jury* angloamericano, nel quale l'accoglimento dell'impugnazione, normalmente per violazioni di legge, comporta una riedizione del processo di primo grado. Soluzione plausibile, ma prima sarebbe necessario ricondurre a ragionevolezza i tempi complessivi del processo.

5. – Sulla prescrizione non c'è molto da aggiungere al dibattito odierno, che è stato interessante anche sotto il profilo dialettico. Siamo comun-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

que tutti d'accordo che l'intervento del legislatore è stato sotto molti aspetti quanto meno discutibile.

Vorrei però sottolineare ancora una volta che non stiamo parlando di una pura questione tecnica, ma di un problema che coinvolge direttamente l'opinione pubblica. L'opinione pubblica fa fatica a capire il motivo per cui - faccio un esempio non casuale - il processo Eternit si chiude con una prescrizione. Sarà anche stato giuridicamente corretto e magari è dipeso dal fatto che era stato sbagliato il capo di imputazione, ma la procura della Repubblica ha poi dovuto fare salti mortali per riaprire il processo nonostante lo sbarramento del *ne bis in idem*, sul quale alla fine è dovuta intervenire la Corte costituzionale per mettere ordine.

Quando si assiste a questi fenomeni è difficile spiegarli ai cittadini. Il problema della prescrizione è un problema reale, che va disciplinato assicurando l'efficienza della giustizia, intesa come capacità di raggiungere il risultato secondo le regole che garantiscono l'imputato. La giurisdizione ha il compito di dare risposte alle aspettative della collettività, e se il reato si estingue per prescrizione non dà nessuna risposta e perde di legittimazione.

Inutile tornare sulla natura sostanziale o processuale della prescrizione: nel nostro ordinamento, a differenza di molti altri stranieri, la prescrizione è un istituto di diritto penale sostanziale. Ma ciò non esclude che possa prevedersi una improcedibilità per violazione della ragionevole durata del processo. Quello che andava evitato è l'indecoroso pasticcio tra prescrizione sostanziale e improcedibilità, che nasce da poco nobili motivi di propaganda politica, o meglio, come qualcuno ha detto ieri, dal cannibalismo della politica nei confronti della scienza giuridica.

Ma nemmeno il legislatore in realtà è onnipotente, perché deve in ogni caso seguire le regole della sintassi giuridica, quelle che Cordero chiamava le leggi naturali del processo. Una normativa come quella di cui stiamo parlando stride con qualunque coerenza logica, rischia di non poter funzionare. Come ho già detto, non sono contrario all'idea di distinguere tra prescrizione sostanziale e prescrizione processuale, ma i ruoli e gli ambiti di operatività devono essere differenti, e non si può sostituire l'una con l'altra. Ma probabilmente è vero che in realtà si è trattato solo di un cambio di nome per motivi politici.

Il nostro compito, come studiosi del processo penale, è segnalare gli errori e cercare di fare in modo che si correggano. Ma per quanti sforzi possiamo fare, alla fine è la politica che decide: e se devo guardarmi intorno, oggi lo scenario è purtroppo poco confortante.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ALBERTO TEDOLDI
Professore ordinario nell'Università di Verona

IUDEX SERVUS PERITORUM: LA CONSULENZA TECNICA (PSICOLOGICA) ALL'ALBA DEL TERZO MILLENNIO

SOMMARIO: 1. Il *theatrum veritatis et iustitiae* tra *logos* e *techne*. – 2. Asimmetria della scienza e del processo *italico more*. – 3. *Notorium iudiciale* e prova scientifica. – 4. Consulenza tecnica e *inquisitio*: *iudex peritus peritorum* e *peritus arbiter*. – 5. Consulenza tecnica e isonomia del processo in sede tecnica. – 6. L'«inutil distinzione»: attività percipiente e attività deducente. – 7. Sommarizzazione delle tutele e controllo della consulenza tecnica. – 8. Consulenza tecnica psicologica e sindacato in Cassazione. – 9. Il consulente tecnico onnisciente e onnipossente. – 10. Qualche buona notizia dal palazzo: «*adelante, Pedro, con juicio, si puedes*». – 11. La scienza di Don Ferrante.

1. – La CTU psicologica interviene e opera sulla parte più delicata e complessa, la più ineffabile della persona umana: la psiche o l'anima, come si sarebbe detto un tempo.

Essa si svolge nel contesto e in funzione del processo civile, che alle strutture, alle forme, ai simboli e alla semiotica del teatro si collega, nella ricerca di quella verità processuale che deve formarsi *hic et nunc*, in un luogo e in un recinto prestabiliti, in un *témenos* che è *theatrum veritatis et iustitiae*. Potrà anche dematerializzarsi tale teatro e rendersi ubiquo, trasformandosi in non luogo virtuale, come è accaduto con il sopravvento della pandemia e con l'ossimoro delle udienze cartolari o in videoconferenza: ma sempre teatro, in senso anzitutto etimologico e simbolico, esso rimane, nel quale si contempla il dolore e se ne acquisisce la *cognitio*, più o meno *plena*, attraverso un percorso di *krisis*, di progressiva messa a fuoco dei problemi che hanno suscitato il conflitto, in quel costante confronto dialogico e dialettico tra le parti al cospetto del giudice, che del *iudicium* quale *actus trium personarum* costituisce la quintessenza, per giungere alfine alla *katarsis* e alla soluzione della lite, ponendo la *regula iuris* in via eteronoma o, meglio ancora, in via autonoma, qual frutto dell'accordo conciliativo *inter partes*, dopo più o meno lunga traversata del deserto (1).

(1) Cfr., *si vis*, A. Tedoldi, *Il giusto processo (in)civile n tempo di pandemia*, Pisa 2021, *passim*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nel processo civile la pregnanza simbolica brevemente descritta tende a subire una *deminutio*, un po' per effetto di una deleteria ed eccessiva scarnificazione sommaria delle tutele che, con la smania di semplificare e accelerare, in realtà finisce per burocratizzare e svilire il significato metaforico del processo e, con questo, del diritto nel suo farsi, nel quotidiano *ius dicere*. Le posizioni e gli abiti di scena che protagonisti e deuteragonisti dovrebbero indossare, reali o virtuali che siano, sono elementi di distinzione e di separatezza del *milieu* in cui si collocano e radicano il processo e il fenomeno giuridico in generale, in un ambiente che usa parole che non vengono comprese e che non hanno significato se non in quel contesto. Così, la parola «allegazione» non significa nel processo civile, come avviene invece nel senso comune, unire fisicamente un documento a un altro, bensì introdurre in giudizio i fatti giuridicamente rilevanti, svolgendo affermazioni illocutorie con parole performative, in quanto dirette a produrre un risultato pratico ed effettuale, secondo regole prestabilite e precostituite per legge, in ossequio a tralatizio principio, tramandatoci dal tardo diritto romano e che è giunto sino ai nostri giorni: *iudex secundum allegata et probata iudicare debet non secundum conscientiam*, che è poi quanto si legge nel nostro art. 115, comma 1°, c.p.c. (2).

In questo antico brocardo si coglie il limite intrinseco al giudizio reso da un giudice terzo e imparziale: giudicare secondo ciò che viene allegato dalle parti, cioè affermato in giudizio e provato all'interno del «recinto» processuale (l'anzidetto *témenos*), non secondo la scienza privata del giudice, le cognizioni extraprocessuali e metagiuridiche, che egli eventualmente possieda *uti singulus*, distanti e diverse da ciò che lo accomuna al *quisque de populo* (art. 115, comma 2°, c.p.c.), fatta salva la conoscenza *ex officio* delle *regulae iuris*, delle quali egli è, per definizione, esperto, giusta il principio *iura novit curia* (art. 113 c.p.c.).

Supponiamo di trovarci al cospetto di un giudice che sappia tutto di psicanalisi: ha studiato e letto tutti i libri da Freud in avanti, passando per Jung, Lacan e via dicendo; magari ha una seconda laurea in psicologia. Potrebbe essere tentato di dire che non ha bisogno di un esperto, di un consulente tecnico in materia psicologica. Non può farlo: sarebbe far uso di scienza privata, che esula dalle conoscenze condivise in quel luogo e in quel tempo, come stabilisce l'art. 115, comma 2°, c.p.c. con riguardo alle nozioni di fatto e alle regole scientifiche o empiriche che rientrino nella

(2) V. J. Picó i Junoy, Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in questa *Rivista* 2007, p. 1497 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

comune esperienza (3). Mancherebbe, oltretutto, l'esternazione di questa conoscenza, relegata a un qualcosa di soggettivo e interiore, che non è pervasa dall'aria e dalla luce dell'udienza, che non è resa trasparente e comune all'interno del *témenos* giudiziario, nel contraddittorio tra le parti.

2. – Si pensi ora al tribunale dei minori, in composizione mista, due togati e due esperti («*due cittadini, un uomo ed una donna, benemeriti dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età*»: così l'art. 2, r.d.l. 1404/1934), secondo una normativa dettata in anni ormai remoti, ancorché poi riformata nel 1956 ed ora in predicato d'essere sostituito, nel volgere di un biennio, dal tribunale distrettuale delle persone, dei minorenni e delle famiglie.

Siamo lontani anni luce dalla nostra postmodernità liquida e globalizzata, nella quale dominano la specializzazione esasperata e la connessa necessità di rendere trasparenti e controllabili da esperti, nel contraddittorio tra loro, le nozioni tecniche e i parametri scientifici rilevanti per la soluzione del caso: la scienza – hanno continuato a ripeterci nella polemica sui vaccini – non è democratica, ammesso e non concesso che questo abusato aggettivo e il sostantivo onde esso germina abbiano ancora un senso.

La scienza è per definizione asimmetrica: c'è qualcuno che sa e qualcuno che non sa; se colui che è portatore di un sapere tecnico extragiuridico sta all'interno del collegio giudicante e non rende partecipi le parti, nella dialettica del processo su posizioni isonomiche, di questa conoscenza specialistica, che non appartiene all'uomo medio *ex* art. 115, comma 2°, c.p.c., la parità delle armi è vulnerata da un'asimmetria insolubile, collocata nella stessa *mens iudicis* e che, dunque, *manet alta mente reposta*, formandosi *in interiore hominis* per poi esprimersi solo al termine del giudizio, con la sentenza che «pietrifica», come lo sguardo della Medusa, quando ormai è troppo tardi per distoglierne gli occhi.

Alessandro Giuliani, grande e compianto filosofo del diritto, distingueva tra un ordine isonomico del processo – in cui i contendenti si muovono su un piano di parità e il giudice svolge funzioni di arbitro, senza intervenire nella ricerca e nella formazione della prova, che costituisce il momento centrale del processo (*probationes concernunt medium causae*) – e un ordine asimmetrico, in cui il giudice interviene attivamente

(3) B. Cavallone, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in questa *Rivista* 2009, p. 861 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nella formazione della prova ed esercita poteri inquisitorî nella ricerca della verità processuale (4).

L'art. 115, comma 1°, c.p.c. altro non è che la riproduzione del brocardo dianzi evocato (*iudex secundum allegata et probata iudicare debet, non secundum conscientiam*): il giudice adempie all'alto *munus iudicii* soltanto in base alle allegazioni in fatto e alle prove dedotte dalle parti e dal pubblico ministero, che opera come parte quando nel processo siano coinvolte situazioni a rilevanza pubblica. È il principio dispositivo attenuato in materia di prove, in senso processuale (*Verhandlungsmaxime* si declina nell'idioma teutonico), cioè la regola per cui i mezzi di prova entrano nel processo soltanto su istanza di parte o del p.m., salvi i casi previsti dalla legge. Questo perché, come diceva Liebman (5), il giudice deve essere terzo e imparziale: nel momento stesso in cui scende nell'agone, lascia il suo scranno e va nel mezzo, dove c'è la disputa, il *duorum bellum*, perde i fondamentali requisiti di terzietà e imparzialità, presupposto d'ogni «giusto processo» (6).

Il processo nasce per placare l'originario istinto di vendetta: solo grazie al processo e alle sue forme le Erinni divengono Eumenidi; Atena, sull'Areopago, dona all'umanità il processo e, con questo, anche la democrazia, ché la giustizia è resa da pubblici funzionari «in nome del popolo», depositario della sovranità, come sanciscono gli artt. 1 e 101, comma 1°, Cost., ancor prima di stabilire la soggezione del giudice alla legge soltanto (art. 101, comma 2°, Cost.), e come si legge nell'epigrafe di ogni sentenza, il provvedimento decisorio per antonomasia, troppo frettolosamente negletta nel processo civile, per lasciar posto a ordinanze e decreti a contenuto decisorio, che del render giustizia rendono solamente la pallida ombra. L'invenzione del processo coincide con l'invenzione della democrazia, che si svolge in trasparenza dinanzi a persone scelte ed elette dal popolo ovvero chiamate a rendere retti giudizî in suo nome.

3. – Il giudice può fare uso delle proprie conoscenze extragiuridiche specialistiche, restando terzo e imparziale? Il limite è espresso, già si diceva, nel 2° comma dell'art 115 c.p.c.: può utilizzare le nozioni di fatto che appartengono alla comune esperienza, cioè i fatti notori, i fatti storici cono-

---

(4) A. Giuliani, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Soc. dir.* 1986, p. 81 ss.; Id., *Dalla* litis contestatio *al* pleading-system *(riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, in questa *Rivista* 1993, p. 954 ss.

(5) E.T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in questa *Rivista* 1960, p. 551 ss.

(6) Cfr., *si vis*, A. Tedoldi, *Dell'astensione, della ricusazione e della responsabilità dei giudici*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, Bologna 2015, *passim*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sciuti da tutta la comunità cui egli appartiene in quel tempo e in quel luogo, nonché le massime di esperienza, adoperate dalla generalità delle persone, in quanto non richiedono conoscenze specialistiche. Il giudice è una persona come le altre, deve parlare il linguaggio del diritto, il medesimo degli avvocati, ma non deve possedere alcuna asimmetria informativa, scientifica o non. Quando possieda una conoscenza specialistica diversa da quella giuridica, deve renderla trasparente e sottoporla al contraddittorio, adoperando gli appropriati strumenti previsti dalle regole del processo.

Vi sono ordinamenti, come quello statunitense, che tradizionalmente utilizzano l'*expert witness*, il testimone esperto, introdotto in giudizio da ciascuna parte (7). La cinematografia americana è ricchissima di esempi: basti qui ricordare *The Verdict* di Sidney Lumet, che è un processo civile in materia di responsabilità sanitaria. Vengono sentiti testimoni esperti e l'avvocato difensore della danneggiata, che versa in stato di coma vegetativo per un errore nel praticare l'anestesia breve tempo dopo che la paziente aveva assunto un pasto completo, si vale di un *expert witness* poco considerato e scarsamente autorevole, che reca in giudizio una conoscenza scientifica poco credibile per la giuria e per l'opinione pubblica: i giurati altro non sono che rappresentanti del popolo, mentre il giudice togato controlla lo svolgersi del dibattimento e interviene, al massimo, per impartire istruzioni alla giuria sul *modus procedendi* e sull'esclusione di prove ricadenti in *rules of exclusion* (come la *best evidence rule* (8) e la *hearsay rule*), mai sul merito e sul contenuto della decisione in fatto, riservata alla loro esclusiva coscienza. I giurati assistono alle spiegazioni fornite dal testimone esperto, le valutano e danno ragione a chi risulti più persuasivo, secondo la logica tipicamente *adversarial* del *trial*, cioè della prova e della sfida retorica e, *in antiquo*, ordalica (9).

Evidente è la distanza rispetto al nostro sistema, in cui non si può scrivere nel capitolo di prova per testimoni qualcosa che sia anche solo vagamente valutativo: il capitolo non verrebbe ammesso, perché contenente valutazioni non demandabili ai testi.

---

(7) A. Dondi, *Paradigmi processuali ed* expert witness testimony *nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1996, p. 261 ss.; Id., *Problemi di utilizzazione delle «conoscenze esperte» come* expert witness testimony *nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2001, p. 1133 ss.; V. Ansanelli, *Comparazione e ricomparazione in tema di* expert witness testimony, in questa *Rivista* 2009, p. 713 ss.

(8) Sulla quale v. F. Ferrari, *La «prova migliore». Una ricerca di diritto comparato*, Milano 2004.

(9) Sia consentito rinviare a A. Tedoldi, *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, Pisa 2017.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Pur tuttavia, s'è mai sentito un testimone che si astenga dal compiere valutazioni soggettive, quando rende le sue dichiarazioni *coram iudice*? È impossibile escluderlo *ab imis*, significherebbe sfidare la legge di Hume e le stesse regole fondamentali della logica aristotelica: è certamente illogico passare da proposizioni descrittive a proposizioni prescrittive e, così, valutative, ma le narrazioni che si compiono nel processo, quale che sia il soggetto che le svolge, sono sempre impregnate di valutazioni. Nel sistema statunitense si ammette che il teste compia valutazioni, anche specialistiche. Da noi, tradizionalmente, è stata fatta un'altra scelta: quella di dotare il giudice di lenti speciali, che gli consentano di guardare ai fatti con gli occhi della scienza e della tecnica, quelli del suo ausiliario, protesi cognitiva ed euristica della *mens iudicis*.

Il consulente tecnico d'ufficio è invenzione del c.p.c. del 1940: è un'appendice della mente del giudice – si diceva allora – nel lavoro di indagine e di accertamento della verità della causa. In liti nelle quali il *quid disputatum* sia connotato da un certo qual tasso tecnico, sul piano descrittivo, ricostruttivo e valutativo a un tempo (poiché, come diceva Nietzsche, «non esistono fatti, ma solo interpretazioni»), la consulenza tecnica finisce per sostituire un'intera e cospicua parte della decisione, apparecchiandola in tutto e per tutto.

Vi è così la tendenza, viepiù favorita dal moderno specialismo tecnocratico, ad un (per molti aspetti pernicioso) passaggio del testimone dalla figura del *iudex peritus peritorum* a quella del *peritus iudex* mediante metamorfosi del consulente tecnico, che tende ad assumere il ruolo di *peritus arbiter*, favorendo la soluzione conciliativa della lite oppure, quando ciò non sia possibile, enunciando la *regula artis* che si traduce, recepita nella sentenza del giudice, in *regula iuris*, destinata a disciplinare per l'innanzi il rapporto giuridico controverso. Talora il passaggio attraverso una pronuncia giudiciale non occorre neppure, come nell'accertamento tecnico preventivo obbligatorio in materia previdenziale e assistenziale di cui all'art. 445 *bis* c.p.c., dove la mancata opposizione alla relazione di consulenza entro breve termine perentorio consolida definitivamente le conclusioni del consulente tecnico (10), *tamquam res iudicata* che, notoriamente, *pro veritate habetur*, «*facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*».

---

(10) F. Cossignani, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio* ex *art. 445* bis *c.p.c.*, in questa *Rivista* 2013, p. 629 ss.; R. Donzelli, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio* ex *art. 445* bis *c.p.c. al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2014, p. 4049 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il che, se appare accettabile quando il consulente appartenga al novero di illuminati scienziati della materia, riesce assai meno rassicurante allorché il consulente venga scelto casualmente e a rotazione (cfr. l'art. 23, 1° co., disp. att. c.p.c.) da albi o elenchi mai aggiornati e che non contemplano alcuna effettiva verifica preventiva né periodica circa l'adeguata preparazione del consulente, mentre si dovrebbe assicurare alle parti l'ausilio di buona scienza, rispettosa di corretti criterî metodologici e, più di tutto, resa *in iudicio* da specialisti dotati di preparazione adeguata e di terzietà e imparzialità irreprensibili (11).

4. – Nell'ordine asimmetrico *italico more* è il giudice a cercare la verità e ad affermare la sua verità, che in certo senso va oltre e, talora, finanche prescinde dalla verità che le parti si sfidano a veder dimostrata nel confronto-scontro dialettico.

Così, *exempli gratia*, nel processo civile italiano le domande vengono poste al testimone soltanto dal giudice: se l'avvocato vuole controinterrogare il testimone, deve chiedere il permesso al giudice, con l'ulteriore paradosso di risposte del teste che non vengono verbalizzate o di domande neppure poste, quando il giudice istruttore le ritenga irrilevanti ai fini del decidere. Vi è poi un giudice, spesso onorario, nel momento in cui viene assunta la prova e un altro giudice che rende il giudizio e scrive la sentenza a distanza di mesi o di anni dalla fase istruttoria; altri giudici ancora sovrintendono al grado di appello, chiamati a rivedere il giudizio di fatto sulle carte del processo svoltosi in prime cure, con il consueto problema di corretta, completa, genuina e rispettosa acquisizione del materiale probatorio (12).

L'ottica del legislatore del 1940, di cui il c.p.c. reca indelebile segno, è quella di un giudice alla ricerca della sua verità, perché conosce quale sia il

---

(11) Sul problema della cosiddetta *junk science* nel processo v. P. W. Huber, *Galileo's Revenge. Junk Science in the Courtroom*, s.l., 1991, *passim*. In generale sulla prova scientifica nel processo v. K.R. Foster-P.W. Huber, *Judging Science. Scientific Knowledge and the Federal Courts*, Cambridge Mass. – London, 1999, p. 16 ss. e, in Italia, soprattutto, M. Taruffo, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1996, p. 230 ss.; Id., *La prova scientifica nel processo civile*, *ibidem* 2005, 1086 ss.; Id., *Prova scientifica (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 1, Milano 2008, p. 965 ss.; v. anche V. Ansanelli, *Problemi di corretta utilizzazione della «prova scientifica»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2002, p. 1333 ss.; Id., *Riforme in tema di conoscenze esperte nel processo civile. Brevi rilievi critici*, in *Il giusto processo civile* 2009, p. 924 ss.; Id., *L'utilizzazione della prova scientifica nel processo civile. Cenni di diritto comparato*, in questa *Rivista* 2019, p. 1251 ss.

(12) Sia anche qui consentito rinviare, per brevità, ad A. Tedoldi, *L'appello civile*, Torino 2016.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

bene delle parti, possedendolo in una sorta di «precognizione etica». Il consulente collabora con il giudice, è suo ausiliario per antonomasia, la sua «proiezione mentale», tenuto a operare *ex lege* nel contatto diretto e costante con il giudice che l'ha nominato. Questo, almeno, è ciò che risulta dalle obsolete regole del c.p.c., poste un po' nel libro primo, agli artt. 61 e seguenti su questa importante figura di ausiliario del giudice, un po' nel libro secondo, agli artt. 191 e seguenti con riguardo all'*iter* procedurale da seguire. Nella scrittura codicistica il consulente è un esperto tratto dagli albi dei tribunali, che si affianca al giudice e lo accompagna quasi a braccetto, tanto che la relazione di consulenza è prevista dal c.p.c. quale evenienza *sui generis*, per quanto ciò appaia in contrasto con la prassi ormai inveterata.

C'è scritto questo nel c.p.c.: delle indagini del consulente si forma processo verbale, quando sono compiute con l'intervento del giudice istruttore, ma questi può anche disporre che il consulente rediga relazione scritta. Se le indagini sono compiute senza l'intervento del giudice, il consulente deve farne relazione, nella quale inserisce anche le osservazioni e le istanze delle parti. La relazione deve essere trasmessa alle parti costituite nel termine stabilito dal giudice con l'ordinanza di conferimento dell'incarico e di formulazione dei quesiti, con cui viene fissato il termine entro il quale le parti devono trasmettere al consulente le proprie osservazioni sulla relazione e il termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione definitiva, le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse (cfr. gli artt. 193, 194 e 195 c.p.c. e gli artt. 90 e 92 disp. att. c.p.c.).

Il consulente scrive e trasmette al giudice quel che percepisce e desume, essendone la proiezione tecnico-scientifica: la sua vista, il suo udito, il suo tatto, la sua mente, «da cielo in terra a miracol mostrare», onde permettergli di appropriarsi dei fatti, come se li avesse veduti e ricostruiti il giudice stesso.

È la fine dell'isolamento del perito, si leggeva sempre nei lavori preparatori del c.p.c. del 1940: il *peritus* del vecchio c.p.c. del 1865 non si sapeva bene dove collocarlo, perché era un testimone, ma poteva essere ricusato, non lo portavano le parti, ma era nominato dal giudice d'ufficio, figura dunque ambigua e intrinsecamente anfibologica, un po' *expert witness*, un po' consulente del giudice. La scomparsa del perito per lasciar posto al consulente tecnico d'ufficio venne salutata dai *conditores* del 1940 come la fine dell'isolamento del perito nella *turris eburnea* della relazione scritta, troppo spesso ermetica e abbondantemente infarcita di vaporose

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

elucubrazioni scientifiche o pseudoscientifiche, come pure si legge nella *Relazione al c.p.c.* (13).

L'esperto parla a chi non sa e deve spiegarsi con parole intelligibili a chi al processo partecipi: il linguaggio tecnico è consentito solo in quanto inerisca alla materia del contendere, traducendosi poi nella lingua performativa del processo e del diritto. Già nel 1940 si diceva che la regola per cui il giudice è *peritus peritorum* è relegata al campo delle astrazioni. Spesso, quando si leggono alcune relazioni peritali, la reazione più immediata e istintiva è quella di raccogliere le dita della mano a forma di tulipano, facendola oscillare in su e in giù. Di qui la necessità di colmare l'asimmetria della scienza specialistica con strumenti dialettici, che garantiscano trasparenza e confronto critico, senza trincerarsi dietro vuote formule iterative, onde l'obbligo di disporre la consulenza sarebbe affidato all'esclusiva discrezionalità del giudice, con scelta non sindacabile, anche relativamente alla persona del consulente: basta che sia iscritto nell'albo, magari è la prima perizia che fa in vita sua o ha dato precedenti pessime prove oppure non è nemmeno più in attività, perché l'albo non è stato mai verificato né aggiornato.

Vi è, dunque, l'assoluta necessità di rendere trasparente, dialettico e, prima ancora, dialogico questo strumento di valutazione e, inevitabilmente, di acquisizione delle prove, costruito in maniera asimmetrica per scelta originaria del c.p.c., che tuttora rechiamo sulle terga come un macigno, senza poterla modificare *funditus*, salvo mitigarla e adattarla con l'evoluzione del tempo e delle scienze applicate, cercando di rinvenire buone prassi attraverso accordi procedurali sull'*iter* da seguire nella concretezza dei casi singoli e nella loro irripetibile unicità, ancor più quando si tratti di CTU psicologica. L'ingegnere che si occupa della costruzione di un grattacielo o di una casa l'affronta sempre con i medesimi metodi cognitivi; un medico legale ha i suoi parametri e lavora con il corpo e sul corpo sensibile, tangibile e osservabile. Nella consulenza psicologica si ha a che fare con la materia di cui sono fatti i sogni, per citare il grande Bardo, e così con qualcosa di unico e inafferrabile (14).

Il nostro c.p.c. del 1940, sotto l'influsso delle idee di Francesco Carnelutti che ebbe a trarle dalla dottrina tedesca (15), disciplina la consulenza

---

(13) Cfr. L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino 2010, 842 ss.

(14) Sulla CTU psicologica v. F. Danovi, *Note sulla consulenza psicologica nel processo civile*, in questa *Rivista* 2000, 808 ss.; Id., *Tutela del minore e tecnica processuale nella ctu psicodiagnostica*, in *Famiglia e dir.* 2019, 819 ss.

(15) F. Carnelutti, *La prova civile*, Roma 1915, rist. Napoli 2016; v. anche Id., *Diritto e processo*, Napoli 1958, 81.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tecnica non come mezzo di prova (*Beweismittel*), ma come mezzo di conoscenza (*Erkentnissmittel*): distinzione questa che influisce ancor oggi sugli orientamenti giurisprudenziali, quando la Cassazione afferma che la consulenza tecnica è un mezzo di accertamento e che non può sostituirsi alle parti nell'allegazione e nella prova dei fatti principali, essendo possibile soltanto acquisire elementi probatori integrativi su fatti accessorî, per rispondere meglio ai quesiti (16). Tale distinzione sistematica di matrice tedesca e carneluttiana è adottata dal c.p.c., che detta le norme sul *modus procedendi* della consulenza tecnica negli artt. 191 ss. c.p.c. prima delle disposizioni generali sui mezzi di prova, come se il mezzo di prova non fosse mezzo di conoscenza, di quella conoscenza specialistica del fatto che, per essere percepito e pienamente compreso, esige *a priori* particolari cognizioni tecniche (17).

5. – Quando il giudice può e deve fare ricorso all'ausilio del consulente tecnico? È agevole rispondere al quesito dopo quanto detto sin qui. Quello del giudice è un potere-dovere, non una scelta discrezionale o, ancor meno, arbitraria: quando le sue conoscenze, che sono quelle che egli possiede come un *quisque de populo* (art. 115, comma 2°, c.p.c.), non sono in grado di rispondere al bisogno di tutela e alla postulazione di giudizio, il giudice può e deve incaricare un esperto, la sua proiezione mentale nel campo tecnico-scientifico.

Il rapporto tra art. 115, comma 2°, e art. 61 c.p.c. sulla necessità di conoscenze specialistiche è esattamente e semplicemente questo. Quando il giudice, magari pur possedendole per propria scienza (privata), ha bisogno di utilizzare nozioni tecniche che non sono comuni agli altri *concives*, in quel tempo e in quel luogo, deve nominare un consulente tecnico e sottoporre le regole specialistiche a un confronto critico-dialettico, a un procedimento di istruzione probatoria, nel quale venga garantita la difesa tecnico-specialistica attraverso l'opera dei consulenti di parte (art. 201 c.p.c.) (18).

---

(16) V., per tutte, Cass. 10 settembre 2013, n. 20695.

(17) Sia consentito rinviare ad A. Tedoldi, *La consulenza tecnica preventiva* ex *art. 696* bis *c.p.c.*, in questa *Rivista* 2010, 805 ss., dove ulteriori richiami.

(18) V. per tutti, B. Cavallone, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, in Id., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 240 ss.; F. Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002; V. Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano 2011; M. Rossetti, *Il ctu («l'occhiale del giudice»)*, Milano 2012.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

E qui sorge l'altro grave problema, al quale già abbiamo accennato: chi è, com'è nominato, come viene scelto il consulente tecnico? Il giudice negli ordinamenti continentali è selezionato attraverso un concorso pubblico, basato sulla (sola) conoscenza giuridica, ed è precostituito per legge (art. 25 Cost.), dando garanzie, almeno istituzionali ed estrinseche, di indipendenza, terzietà e imparzialità, giusta le norme che fondano il c.d. «giusto processo», l'art. 6 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE, gli artt. 24 e 111 della Costituzione, dove si parla di esame equo davanti a giudice terzo, imparziale, indipendente, in un contesto pubblico e, quindi, con la controllabilità interna ed esterna di ciò che viene accertato e statuito, dovendo tutto svolgersi con la massima trasparenza, in condizioni di parità fra le parti e, così, di concreta ed effettiva eguaglianza davanti alla legge, rappresentata da giudice naturale precostituito e alla sola legge soggetto, che pronuncia sentenza e decide «in nome del popolo» (art. 101 Cost.). Non è la legge eguale per tutti, ma sono tutti a essere eguali davanti alle leggi, che si stagliano come ipostasi davanti alla parte in giudizio, come dinanzi a Socrate nel Critone.

Quando però si coglie «fior da fiore», più o meno a caso, da albi di esperti iscritti presso i tribunali, le garanzie fondamentali del «giusto processo» testé ricordate versano in grave pericolo, perché è chiaro che l'ausiliario, appendice tecnica della *mens iudicis*, si fa giudice e *arbiter* egli medesimo e il suo giudizio tende ad assorbire tutt'intera la decisione, stante l'elevato coefficiente tecnico della materia controversa: quante volte si assiste alla formulazione di quesiti, nei quali si affida al consulente tecnico, esaminati gli atti e i documenti di causa, *tota re cognita et perspecta,* il compito di stabilire chi ha ragione e chi ha torto, avendo solo cura di omettere l'indicazione del punto in cui il giudice deve sottoscrivere la relazione per farla propria, ché questo poi avviene in sentenza, *per relationem perfectam*, motivando mediante clausole di stile («ritenuta la relazione del consulente metodologicamente corretta, logica e coerente, andando esente dalle critiche rivolte...»), ancorché si affacci alfine qualche segno di resipiscenza (19).

---

(19) V., ad es., Cass. 19 febbraio 2020, n. 4210, secondo cui, qualora il giudice del merito aderisca al parere del consulente tecnico d'ufficio, non è tenuto ad esporne in modo specifico le ragioni poiché l'accettazione del parere, delineando il percorso logico della decisione, ne costituisce adeguata motivazione, non suscettibile di censure in sede di legittimità, ben potendo il richiamo, anche *per relationem* dell'elaborato, implicare una compiuta positiva valutazione del percorso argomentativo e dei principi e metodi scientifici seguiti dal consulente; diversa è invece l'ipotesi in cui alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio siano state avanzate critiche specifiche e circostanziate, sia dai consulenti di parte che dai

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

C'è la postmoderna tendenza, di matrice aziendalistica, a «esternalizzare» la decisione, per la necessità di far presto onde assicurare la durata ragionevole del processo, giusta precetto costituzionale e della CEDU (art.t 111, comma 2°, Cost. e 6 CEDU). Se già nel 1940 era illusorio parlare di *iudex peritus peritorum*, con il progresso scientifico, con la specializzazione dei saperi, con l'asimmetria cognitiva di cui s'è detto, si assiste alla completa sovversione degli elementi costitutivi del giudizio, alla sostituzione del *iudex* con un *peritus iudex seu arbiter*, dove il giudice, precostituito per legge, terzo e imparziale, si fa *servus peritorum*, recependo acriticamente e passivamente la relazione di consulenza tecnica con le descritte formule di stile, in pura e semplice adesione al *dictum* peritale, *recte* oramai arbitrale.

6. – Anche la distinzione, iterativamente ripetuta nella giurisprudenza della Cassazione, fra attività percipiente e attività deducente è resa obsoleta e ampiamente superata dall'evoluzione della scienza e dello strumento stesso della consulenza tecnica d'ufficio.

Anzitutto, già si notava, è impossibile distinguere l'attività meramente rappresentativa della realtà, percepita e conosciuta con gli occhi e con le lenti dell'esperto, rispetto alla valutazione di quella stessa realtà in base alle categorie che ciascun esperto possiede, che sono altrettante forme di precomprensione del sostrato sensibile (per dirla alla Esser [20]), essendo chiaro che nella conoscenza del fatto pesa la forza delle categorie della scienza che viene in rilievo, come attestano, nella fisica quantistica, il principio di indeterminazione di Werner Heisenberg e la stessa teoria della relatività di Albert Einstein [21]. Più la scienza è «forte», improntata a canoni epistemologici rigorosi, maggiore sarà il grado degli accertamenti di fatto specialistici, percipienti e deducenti a un tempo, che vengono trasferiti all'interno del processo e portati alla cognizione dei difensori e del giudice; quando la scienza è «debole» (come la psicologia o la grafo-

---

difensori: in tal caso il giudice del merito, per non incorrere nel vizio di assenza del requisito motivazionale *ex* artt. 360, n. 4, e 132, n. 4, c.p.c., è tenuto a spiegare in maniera puntuale e dettagliata le ragioni della propria adesione all'una o all'altra conclusione; analogamente Cass. 11 giugno 2018, n. 15147, che però discorre di omesso esame di un fatto controverso e decisivo, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.

[20] J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. Napoli 2010.

[21] A. Einstein, *Relatività. Esposizione divulgativa*, trad. it., Torino 2015; W.K. Heisenberg, D. Lindley, *Incertezza. Einstein, Heisenberg, Bohr e il principio d'indeterminazione*, trad. it., Torino 2008.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

logia), lì occorre ben dubitare di certi riscontri, di certe ricostruzioni, di certe rappresentazioni e delle connesse deduzioni e inferenze. Ovunque vi sia debolezza dei parametri e dei criteri scientifici, l'attendibile ricostruzione del fatto giuridicamente rilevante sarà ancor più lacunosa e soggetta a dubbi e riserve, *maiori causa* quando il fatto sia oltremodo magmatico e inafferrabile, come il fatto mentale e comportamentale dell'individuo in sé e nelle relazioni con il prossimo suo, specie in contesti familiari.

Non è possibile scindere l'inscindibile, la percezione del fatto dalla sua valutazione con gli occhi e con le lenti dello scienziato, che ha e adopera le categorie di lettura e di interpretazione della realtà, esteriore o interiore che sia, secondo gli studî e le esperienze professionali che ne costituiscono il necessario formante. Ed è pura illusione ottica continuare a discettare di attività percipiente e deducente, una delle tante fallacie, naturalistiche e concettuali a un tempo, di cui si continua tralatiziamente a far uso, smentita oggi dallo stesso legislatore, nel momento stesso in cui impone di svolgere obbligatoriamente la consulenza tecnica d'ufficio prima di andare in giudizio, come fa per la responsabilità sanitaria ai sensi dell'art. 8 l. 24/2017 o, in materia previdenziale, ai sensi dell'art. 445 *bis* c.p.c., dove il giudizio è fuori dall'aula di giustizia, è prima del processo di cui, espresso il parere tecnico-specialistico, non v'è neppure il bisogno, salvo che il consulente non abbia errato nelle sue valutazioni e si renda necessario sottoporre a censure e critiche il frutto della sua attività, percipiente e deducente *uno actu*.

Le cautele e le garanzie del processo e del giudizio che sorte hanno? In una consulenza tecnica preventiva *ex* art. 696 *bis* c.p.c. tutto è *tabula rasa*, non essendovi alcun *iter* processuale predeterminato né anteriore allo svolgersi della consulenza stessa, una *court annexed ADR* glabra e spoglia d'ogni forma strutturale. Come si organizza il contradditorio? Si possono produrre documenti e acquisire informazioni ed elementi di prova dalle parti e dai terzi? Chi garantisce che il consulente tecnico rispetti le *leges artis* e corretti criterî epistemologici? Le massime di esperienza le conosciamo tutti e possiamo controllarle senza difficoltà, a mente dell'art. 115, 2° comma, c.p.c.: ma le regole scientifiche o specialistiche chi può validarle, specie nel campo della psicologia? Quali garanzie abbiamo su tutti questi profili e sui passaggi logico-dialettici e procedurali, in un contesto che viene immaginato dal c.p.c. come attività di un esperto che si affianca al giudice in seno al processo, fornendolo di lenti appropriate per comprendere la materia del contendere e per decidere la controversia con piena cognizione di causa, ma che nella consulenza tecnica preventiva

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ex art. 696 *bis* c.p.c. non è neppure circonfuso dalle garanzie e dalle cautele del *due process of law*?

Di fronte alla descritta tendenza aziendalistica all'*outsourcing*, soprattutto in questa temperie culturale in cui il «far presto» prevale sul «far bene», è molto grave il problema di affidare a un esperto la decisione della *quaestio facti* e, al postutto, della lite, quando l'esperto non sia uno scienziato, bensì solo un apprendista stregone. Se questo sapere tecnico che entra nel processo è un sapere asimmetrico, è chiaro che occorre colmare l'asimmetria e c'è solo un modo per farlo: attraverso i consulenti di parte, i difensori nel subprocedimento tecnico-istruttorio, autentico processo nel processo o finanche processo prima e al posto del processo, ché in ciò si sostanzia la consulenza tecnica d'ufficio, endoprocessuale o preventiva che sia.

Bisogna esigere, anzitutto, che questo processo nel processo o in vece del processo osservi tutte le regole del «giusto processo»: anche il consulente tecnico d'ufficio ha da essere terzo, imparziale e indipendente, libero da preconcetti, ancorché (per definizione) munito di parametri e conoscenze scientifiche e specialistiche, per formare il proprio convincimento tecnico solo attraverso ciò che avviene nel procedimento di consulenza tecnica e all'interno di questo, prestando sempre il più attento ascolto alle parti, rappresentate dai loro consulenti: solo così, in forme dialettiche e aperte, può aversi piena conoscenza dei fatti che, per essere correttamente percepiti, compresi e ricostruiti mediante ragionamenti inferenziali, esigono il compiuto svolgersi e snodarsi del giuoco processuale nel campo specialistico degli esperti, in ragione del tasso intrinsecamente tecnico dei fatti giuridicamente rilevanti per la soluzione della lite.

Questo percorso deve conformarsi *ex necesse* alla dialettica e alle regole del processo, rispettando il principio dispositivo senza ammettere che sia il consulente tecnico a ricercare *motu proprio* quel che sta nella sua precomprensione mentale, rispettando il giuoco processuale e la parità d'armi tra le parti: non si tratta solo di un problema di esatta e scrupolosa osservanza del contraddittorio, ma di riproduzione all'interno del procedimento istruttorio di consulenza tecnica di quelle regole e condizioni che garantiscano l'assoluta terzietà e imparzialità del consulente, che può possederle in astratto, *a priori* ed *ex ante*, ma può tradirle in concreto, *a posteriori* e caso per caso, allorché indossi l'abito dell'inquisitore e sia pervaso dallo spirito di Torquemada, che va alla meticolosa ricerca di *indicia ad torturam* per poi condannare l'eretico a ineluttabile autodafé.

Allorché l'esito, il frutto di questo processo nel processo o prima del processo sia convogliato nel tronco processuale suo proprio accade spesso quel che non dovrebbe accadere mai, cioè il pigro e passivo recepimento

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di quel che dice il consulente tecnico d'ufficio, novello Aristotele, «maestro di color che sanno»: «*ipse dixit*», «*autòs epha*», che enuncia una verità che «sta e non si lascia smentire».

La possibilità di una critica alle risultanze della consulenza tecnica e la necessità per il giudice di motivare al lume delle censure svolte *a partibus* costituiscono passaggi indispensabili e irrinunciabili, senza che lo schema dettato dall'art. 195 c.p.c. (invio della bozza di relazione alle parti e ai loro consulenti, osservazioni critiche e successivo deposito della relazione definitiva, che tenga conto delle osservazioni critiche) esaurisca le esigenze della difesa nella ricerca della verità processuale, sino all'ultimo momento utile: quello di formazione del giudicato, attraverso i gradi di impugnazione.

Come si fa a motivare, quando si sa poco o quel che s'immagina di sapere è tratto da fonti scarsamente attendibili, come quelle che si reperiscono sul *web* e che oggi hanno nome di *fake-news*, come se le menzogne non siano esistite dalla notte dei tempi, sin dal giardino terrestre e dalla tentazione di Eva, ben prima che fossero, come oggi, a portata di *tablet* o *smartphone*? Dobbiamo acquisire e raffinare continuamente e indefessamente uno spirito critico, nel senso positivo e più nobile della parola «crisi», di chi separa e discerne, sempre ponendo in discussione e falsificando, con metodo popperiano, i risultati man mano acquisiti (22).

Uno spirito critico conquistato attraverso l'esperienza fatta sul campo e la specializzazione nella materia, come la specializzazione degli avvocati e dei giudici, che forgia continuamente la sensibilità verso un determinato campo dell'esistenza umana e, con questa sensibilità, la capacità di distinguere la vera scienza dalla falsa scienza, le rappresentazioni attendibili da quelle che non lo sono, ancorché paludate e circonfuse da sofisticati ragionamenti dogmatici e settoriali. Aristotele ha inventato la dialettica, traendola dai meccanismi tipici dei processi, secondo lo schema di tesi e antitesi che si produce continuamente in seno al processo e che approda, infine, alla sintesi. Questo è ancor oggi il metodo del pensiero, l'esercizio benefico del dubbio epistemologico, della falsificazione che conduce a esiti più attendibili, proprio perché passati attraverso l'*experimentum crucis* del dubitare di sé e dei propri ragionamenti (23).

7. – Alla stregua di quanto detto, va ritenuta pacificamente possibile, sia in primo grado sia in appello, la libera critica degli esiti peritali. Alcuni

---

(22) K.R. Popper, *La logica della scoperta scientifica*, trad. it. Torino 2010.
(23) P. Rossi, *Francesco Bacone. Dalla magia alla scienza*, Bologna 2004.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ne avevano dubitato, *incredibile dictu*, ma le Sezioni Unite hanno provveduto a disperder le nebbie [24], sancendo che le contestazioni e i rilievi critici delle parti alla relazione del consulente tecnico, ove non integrino eccezioni di nullità relative al *modus procedendi*, come tali disciplinate dagli artt. 156 e 157 c.p.c., costituiscono argomentazioni difensive, sebbene di carattere non tecnico-giuridico, che possono essere formulate per la prima volta nella comparsa conclusionale e anche in appello, purché non introducano nuovi fatti costitutivi, modificativi o estintivi, nuove domande o eccezioni o nuove prove, ma si riferiscano all'attendibilità e alla valutazione delle risultanze della consulenza tecnica e siano intese a sollecitare il potere valutativo del giudice in relazione a tale mezzo istruttorio. Il secondo termine previsto dell'art. 195, u. c., c.p.c., che il giudice, sulla base dei suoi generali poteri di organizzazione e direzione del processo *ex* art. 175 c.p.c., assegna alle parti, ha natura ordinatoria e funzione acceleratoria, svolgendo ed esaurendo la sua funzione nel subprocedimento che si conclude con il deposito della relazione da parte dell'ausiliario: pertanto, la mancata prospettazione al consulente tecnico di osservazioni e rilievi critici non preclude alla parte di sollevare tali osservazioni e rilievi, ove non integrino eccezioni di nullità relative al suo procedimento disciplinate dagli artt. 156 e 157 c.p.c., nel successivo corso del giudizio e, quindi, anche in comparsa conclusionale o in appello; qualora le contestazioni e i rilievi critici delle parti alla consulenza tecnica, non integranti eccezioni di nullità relative al suo procedimento, siano stati proposti oltre i termini concessi all'uopo alle parti e, quindi, per la prima volta in comparsa conclusionale o in appello, il giudice potrà valutare, alla luce delle specifiche circostanze del caso, se tale comportamento sia stato o meno contrario al dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. e, in caso di ritenuta abusività della condotta, trattandosi di comportamento processuale idoneo a pregiudicare il diritto fondamentale della parte alla ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111, 2° comma, Cost. e dell'art. 6 CEDU, in applicazione dell'art. 92 c.p.c., comma 1°, ult. per., il giudice potrà tenerne conto nella regolazione delle spese di lite.

In molti dei procedimenti v'è semmai un problema processuale assai grave, che è la sommarizzazione delle forme e delle tutele, in cui v'è un giudice tendenzialmente onnipotente anche sulle regole procedurali, creatore assoluto di queste, oltre che onnisciente, ché il giudizio altro non è che un tendere, uno *streben* alla conoscenza assoluta del bene e del male,

---

[24] Cass., sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5624.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

riproduzione in sedicesimo del giudizio universale e dell'originaria condanna, collegata al peccato originale, per la violazione dell'ancestrale divieto di mangiare del frutto proibito (25). Nella tutela camerale e, in generale, in quella sommaria, all'onniscienza si somma l'onnipotenza: negli artt. 737 ss. c.p.c., concepiti per la volontaria giurisdizione (*iurisdictio inter volentes*), non sta scritto praticamente alcunché, bensì unicamente che il giudice assume «informazioni», mentre nel paradigma della *summaria cognitio* (art. 669 *sexies* c.p.c.) si legge che «il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto» (cfr. anche l'abrogato art. 702 *ter*, comma 5°, c.p.c. sul procedimento sommario di cognizione ed ora, con ancor maggiore vaghezza, il nuovo art. 281 *duodecies*, u.c., c.p.c. sul procedimento semplificato di cognizione) (26). Sicché all'asimmetria cognitiva, già intrinseca alla posizione del giudice e, ancor più, del suo consulente tecnico, che tende all'onniscienza specialistica, si aggiunge l'esercizio di poteri discrezionali praticamente incontrollabili, che tendono, così, all'onnipotenza procedurale e al dominio assoluto sul procedimento.

Vi è, dunque, un problema processuale intrinseco al modello semplificato e sommario adottato, per razionalizzare il quale occorre uno *stylus curiae* a tal segno *rationalis*, che nemmeno il Papa o l'Imperatore potevano violare, come si diceva del *sollemnis ordo iudiciarius* medievale, pena la *perversio ordinis* contraria ai fondamenti del diritto naturale, che era in allora il diritto canonico (27).

In primo grado e in appello, o in sede di reclamo, quale che sia il modulo procedurale seguito, la critica è libera e può coinvolgere gli esiti della consulenza e appuntarsi contro le ragioni addotte dall'ausiliario del giudice nella propria relazione.

E in Cassazione come funziona? V'era in passato un orientamento che imponeva al giudice del merito di tener conto delle censure avanzate dalle parti contro la relazione del consulente d'ufficio, attraverso i loro consulenti tecnici di parte o, comunque, negli atti difensivi, pena il vizio di motivazione insufficiente di cui al pregresso n. 5 dell'art. 360 c.p.c. Adesso, nell'evo tecnocratico che attraversiamo, dall'11 settembre 2012, *dies*

---

(25) Sia consentito rinviare a Tedoldi, *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, cit.

(26) Cfr. *si vis*, A. Tedoldi, *Il procedimento sommario di cognizione*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna 2016.

(27) N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nigro signando lapillo, il vizio di motivazione è scomparso, cancellato in nome di un principio sovrano di economia finanziaria *superiorem non recognoscens*, al motto thatcheriano e neoliberista «*There Is No Alternative*» (*TINA*, in acronimo), novello *Leviathan* che affligge i nostri giorni, passando incessantemente da una crisi all'altra, da uno stato di emergenza all'altro, qual paradigma di governo attraverso un permanente stato di eccezione (28). Il nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. è l'omesso esame circa un fatto decisivo oggetto di discussione fra le parti, mentre della motivazione si professa il «minimo costituzionale», cioè unicamente l'obbligo di scriver due righe che abbiano almeno un poco di senso, in questo risolvendosi il suggello sùbito apposto dalle Sezioni Unite della Cassazione alla scomparsa di ogni controllo, quantomeno logico, sul giudizio di fatto (29).

Come si può, dunque, sindacare in sede di legittimità una relazione in cui il consulente tecnico ha trasmesso al giudice di merito, acriticamente e pigramente adagiatosi sul *dictum* peritale, dati e valutazioni radicalmente erronee, sotto il profilo sia percipiente che deducente? Come si fa a passare attraverso le forche caudine del nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. – e, quando ci sia «doppia conforme» dei giudici di merito, neppure attraverso tali forche caudine, essendo escluso *funditus* che possa denunciarsi il vizio di cui al n. 5 o, meglio, quel poco che ne è rimasto, lusingando in tal modo i giudici di seconde cure con il fascino discreto dell'insindacabilità – quando si debba censurare e attaccare la relazione di consulenza tecnica, salvo il caso, invero residuale, in cui il giudice di merito (o il consulente, che trasmette ed elabora i dati per il giudice) abbia malamente percepito la realtà, così violando l'art. 115 c.p.c., che impone di far uso di prove oggettivamente acquisite al giudizio, non di prove rappresentative di situazioni immaginarie (30)?

8. – Eppure, forse proprio per l'estrema delicatezza della materia che ne forma oggetto – impalpabile, intrinsecamente soggettiva e quasi onirica – si coglie qualche sussulto nella giurisprudenza di legittimità con riguardo alla consulenza psicologica (o psicodiagnostica).

---

(28) Cfr., *si vis*, A. Tedoldi, *Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori. Il* Pater noster *secondo Francesco Carnelutti e la responsabilità del debitore*, Bologna 2021.

(29) Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, in *Foro it.* 2015, I, 209, con nota di Quero. Sul problema v. criticamente Sassani, *La logica del giudice e la sua scomparsa in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2013, p. 639 ss.

(30) Cass., 12 aprile 2017, n. 9356. Sul problema, v. R. Poli, *La prova scientifica e il suo controllo in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2017, p. 1223 ss.; A. Carratta, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in questa *Rivista* 2022, 24 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La Suprema Corte ha sanzionato la violazione da parte del consulente delle linee guida, alle quali attenersi nello svolgere la consulenza psicologica in ambito forense, linee guida che impongono di conservare note, scritti, registrazioni che riguardino il soggetto periziato e di metterle a disposizione delle parti e del magistrato e la cui violazione rende il consulente tecnico passibile di sanzione disciplinare, ancorché non si giunga a inficiare la validità e la correttezza dei risultati raggiunti, sotto il profilo della violazione del contraddittorio e del diritto di difesa, i quali sono osservati quando il consulente abbia assolto all'obbligo di dare comunicazione ai procuratori delle parti e ai loro consulenti dell'inizio delle relative operazioni e alle parti non venga preclusa la facoltà di discutere le risultanze della consulenza, anche tramite propri tecnici di fiducia, e di replicare utilmente, censurando le argomentazioni e le risultanze che il consulente abbia eventualmente fatto proprie e trasfuso nella sua relazione (31).

Le linee guida alle quali attenersi nell'esercizio dell'attività di consulenza tecnica psicologica in ambito forense indicano il corretto *modus procedendi et operandi* (32): sono norme di *soft law* per lo svolgimento della consulenza tecnica psicologica, seguendo regole metodologicamente condivise e conformi alle *best practices* le quali, tra l'altro, sono state espressamente adottate e richiamate nella riforma della responsabilità sanitaria (l. 24/2017): le violazioni delle linee guida o delle migliori prassi non possono non implicare un *error in iudicando* della consulenza, sotto il profilo della scorrettezza metodologica nell'accertamento del fatto tecnico, che ne inficia *ab imis* se non la validità, quanto meno l'attendibilità.

In tristi vicende di bimbi contesi tra genitori e di affidamenti ai servizi sociali, la Cassazione ha annullato diversi provvedimenti che non avevano tenuto conto delle censure mosse dalla comunità scientifica alla PAS, cioè alla sindrome di alienazione genitoriale (*Parental Alienation Syndrome*): e ha cassato per omesso esame di un fatto decisivo, così estendendo e ampliando la nozione di fatto storico e includendo nel vizio di cui all'odierno, assai infelice, n. 5 dell'art. 360 c.p.c. anche l'omesso esame delle critiche mosse alla consulenza dai tecnici di parte, non potendo il giudice di merito, ove all'elaborato siano state mosse specifiche e precise censure,

---

(31) Cass., 26 marzo 2010, n. 7281, in questa *Rivista* 2011, 407.

(32) Si vedano, *exempli gratia*, il *Protocollo di Milano* 17 marzo 2012, *Linee guida per la consulenza tecnica in materia di affidamento dei figli a seguito di separazione dei genitori: contributi psico-forensi*, e il *Protocollo di Torino*, 2 ottobre 2019, *Protocollo d'intesa sulle buone prassi per la consulenza tecnica d'ufficio in materia di conflitto familiare e protezione giuridica dei minori*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

limitarsi al mero richiamo alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, ma essendo tenuto – sulla base delle proprie cognizioni scientifiche, ovvero avvalendosi di idonei esperti e ricorrendo anche alla comparazione statistica per casi clinici – a verificare il fondamento, sul piano scientifico, di una consulenza che presenti devianze dalla scienza medica ufficiale e che risulti, sullo stesso piano della validità scientifica, oggetto di plurime critiche e perplessità da parte del mondo accademico internazionale, dovendosi escludere la possibilità, in ambito giudiziario, di adottare soluzioni prive del necessario conforto scientifico e potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che intendono scongiurare (33). Invero, il richiamo alla sindrome d'alienazione genitoriale e ad ogni suo, più o meno evidente, anche inconsapevole, corollario, non può dirsi legittimo, costituendo il fondamento pseudoscientifico di provvedimenti gravemente incisivi sulla vita dei minori, in ordine alla decadenza dalla responsabilità genitoriale. Ne segue che il fatto che il minore abbia sempre convissuto con uno dei genitori non equivale apoditticamente a sostenere che la sua volontà di non incontrare l'altro, o di non incontrarlo con le frequenze prescritte, sia ineluttabilmente coartata dal genitore collocatario in via principale, in mancanza di riscontri verificabili su un supposto rapporto di così grave soggezione da implicare la negazione di ogni autonomo processo decisionale anche istintivo di un minore. Infatti, in tema di affidamento dei figli minori, l'ascolto del minore infradodicenne capace di discernimento costituisce adempimento previsto a pena di nullità, atteso che è espressamente destinato a raccogliere le sue opinioni e a valutare i suoi bisogni e, dunque, non può essere sostituito dalle risultanze di una CTU, la quale adempie alla diversa esigenza di fornire al giudice altri strumenti di valutazione per individuare la soluzione più confacente al suo interesse. Dunque, il giudice ha l'obbligo di motivare specificamente l'omessa audizione del minore, non solo se ritenga il minore infradodicenne incapace di discernimento ovvero l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore, ma anche qualora opti, in luogo dell'ascolto diretto, per quello effettuato nel corso di indagini peritali o demandato a un esperto al di fuori di detto incarico, atteso che solo l'ascolto diretto del giudice dà spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda (34).

---

(33) Cass., 20 marzo 2013, n. 7041, in *Foro it.* 2013, I, 1484; v. anche Cass. 17 maggio 2021, n. 13217; nonché Cass., 24 marzo 2022, n. 9691.

(34) Così, Cass. 24 marzo 2022, n. 9691 cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La Cassazione segue il ragionamento dell'uomo comune: ha letto che la PAS (*Parental Alienation Syndrome*) formulata da Richard Gardner è criticata e scarsamente attendibile ed ha annullato con rinvio ad altra corte d'appello, la quale, a propria volta, giudica nel merito seguendo il buon senso – quello dell'uomo comune *ex* art. 115, comma 2°, c.p.c. – e stabilendo che l'oggettivo riscontro di disturbi della personalità del minore manifestatisi in forme anomale d'avversione nei confronti dell'altro genitore, quando sia provato che sono causati dal comportamento alienante e possessivo della madre, giustifica gli opportuni provvedimenti giudiziali nell'interesse del minore, anche indipendentemente dalla loro qualificazione in termini di sindrome di alienazione parentale, essendo sufficiente ricondurli a problemi relazionali molto frequenti nelle famiglie in crisi, che evidenziano, anche al di là di teorie più o meno scientifiche, che sussiste un oggettivo riscontro di disturbi della personalità del minore, causati dal comportamento alienante e possessivo dell'altro genitore, indipendentemente da indicazioni peritali, espresse in termini di sindrome di alienazione parentale.

La scienza torna così all'albero della conoscenza del bene e del male, in cui si radica il libero arbitrio dell'*homo sapiens*: perché la scienza è cognizione e giudizio che si compie sull'umanità intera e su ciascuno di noi, con tutti e per tutti.

La Cassazione così ulteriormente ragiona *in subiecta materia* (35): la trattazione dei procedimenti che riguardino minori è affidata a un collegio giudicante misto, formato da componenti togati e da esperti nelle materie psicologiche minorili, e vi agiscono difensori dotati di particolare qualificazione professionale; ne consegue che il giudice – diversamente da quanto accade con riferimento alle note critiche alla consulenza, redatte dai difensori delle parti in altre materie specialistiche – non può omettere di rispondere alle osservazioni avverso la relazione di consulenza tecnica psicologica formulate dal difensore della parte, assumendo che le stesse provengano da un organo non tecnico e, quindi, non in grado di muovere censure con crisma di attendibilità, soprattutto allorquando non sia stato nominato un consulente tecnico di parte e le stesse abbiano carattere decisivo ai fini dell'esito della lite. Il che, da un lato, conferma l'accentuarsi dell'asimmetria cognitiva quando gli specialisti entrino a comporre il collegio giudicante, come avviene nel tribunale dei minori: un'asimmetria a stento attenuata dalla necessità di motivare il proprio convincimento, so-

(35) Cass., 4 dicembre 2014, n. 25662.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prattutto sulle questioni tecniche e psicologiche, come stabilisce la Suprema Corte; dall'altro lato, rende preferibile l'utilizzo della consulenza tecnica, come procedimento istruttorio endoprocessuale, che ponga le parti su un piano di isonomica parità, in grado di influire sulla formazione della prova e sul convincimento del consulente e, per il suo tramite, del giudice in relazione a fatti ricostruibili soltanto con sguardo avvezzo ed esperto.

9. – Giungono, infine, le Sezioni Unite, con dotte sentenze-trattato (36), ad accentuare i poteri d'indagine del consulente tecnico d'ufficio, ancor più ampî e possenti di quelli che la legge e il principio dispositivo attenuato di cui all'art. 115, comma 1°, c.p.c. riservano al giudice stesso, al solo scopo di far conoscere la verità, come recita la formula del giuramento coniata dall'art. 193 c.p.c., con sguardo distopico, che pone l'ausiliario del giudice al centro del processo e della *cognitio* («All'udienza di comparizione il giudice istruttore ricorda al consulente l'importanza delle funzioni che è chiamato ad adempiere, e ne riceve il giuramento di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere ai giudici la verità») (37).

Codesto consulente tecnico onnipossente, sia pure nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, ha il potere di accertare tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite, la cui verifica si renda necessaria al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che non si tratti di fatti principali, che è onere delle parti allegare a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti fatti principali rilevabili d'ufficio; e può acquisire, anche pre-

---

(36) Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086, in *Foro it.* 2022, I, 1773, con nota di A. Alfieri, *La natura della nullità della consulenza tecnica d'ufficio: il chiarimento delle sezioni unite*. e Cass., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500, che sconfessano l'assai più rigorosa e persin draconiana pronuncia di Cass. 6 dicembre 2019, n. 31886, in *Foro it.* 2020, I, c. 2099, con nota di A. Alfieri, *Sui poteri istruttori del consulente tecnico d'ufficio*, e in *Corr. giur.* 2020, p. 1526, con nota di F. Auletta e V. Capasso, *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d'ufficio: ansia da nomofilachia... con colpo di scena finale*. Su questi indirizzi giurisprudenziali nomofilattici v. criticamente B. Cavallone, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in questa *Rivista* 2022, 981 ss. Sulla dottrina delle corti cfr. B. Sassani, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in questa *Rivista* 2019, 43 ss. e B. Capponi, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *Judicium* 2020, spec. § 7.

(37) Sull'universo distopico dischiuso dal sovraccarico informativo e dall'inarrestabile proliferazione della c.d. prova scientifica e, segnatamente, della consulenza tecnica d'ufficio, che assume una funzione non più integrativa, bensì largamente sostitutiva dei poteri istruttorî e decisionali del giudice, v. B. Cavallone, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, in questa *Rivista* 2022, 528 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

scindendo dall'attività di allegazione delle parti, non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti, tutti i documenti che si rende necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli dal giudice, a condizione che essi non siano diretti a provare i fatti principali posti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e, salvo quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili anche d'ufficio.

Con riguardo alle sanzioni processuali, le Sezioni Unite hanno cura di distinguere: l'accertamento di fatti diversi dai fatti principali dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili anche d'ufficio, o l'acquisizione nei predetti limiti di documenti che il consulente accerti o acquisisca al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli in violazione del contraddittorio delle parti è fonte di nullità relativa, che la parte deve eccepire nella prima difesa o istanza successiva all'atto viziato o alla notizia di esso, ai sensi dell'art. 157 c.p.c. Viceversa, l'accertamento di fatti principali diversi da quelli posti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili anche d'ufficio, che il consulente accerti nel rispondere ai quesiti sottopostigli dal giudice vìola il principio della domanda e il principio dispositivo di cui all'art. 112 c.p.c. ed è fonte di nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio o, in difetto, da far valere in sede di gravame, secondo la regola di conversione dei vizî di nullità in motivi di impugnazione, ai sensi dell'art. 161, comma 1°, c.p.c.

10. – La legge 26 novembre 2021, n. 206, contenente «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», detta, *inter alia et multa*, principî e criterî direttivi per introdurre il procedimento unitario e per istituire il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, composto dalla sezione circondariale e dalle sezioni distrettuali (art. 1, commi 23 e 24, l. 206/2021). Ad attuare la delega si è provveduto con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 con intervento quantomai articolato e complesso, di cui non è possibile qui dare compiuto conto (38).

---

(38) V., in sede di prima lettura, C. Cecchella, *Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Questione giustizia*, fasc. 3, 2021, 223

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Per l'argomento che ne occupa merita di essere segnalato il comma 35° dell'art. 1 l. 206/2021, che interviene sugli artt. 13 e 15 disp. att. c.p.c., introducendo una nuova categoria nell'albo dei CTU, con riguardo alla neuropsichiatria infantile, alla psicologia dell'età evolutiva e della psicologia giuridica o forense e precisando che, con riferimento a tale nuova categoria, la speciale competenza tecnica per l'iscrizione all'albo dei consulenti sussiste qualora ricorrano, alternativamente o congiuntamente, i seguenti requisiti: 1) comprovata esperienza professionale in materia di violenza domestica e nei confronti di minori; 2) possesso di adeguati titoli di specializzazione o approfondimento post-universitari in psichiatria, psicoterapia, psicologia dell'età evolutiva o psicologia giuridica o forense, purché siano iscritti da almeno cinque anni nei rispettivi albi professionali; 3) aver svolto per almeno cinque anni attività clinica con minori presso strutture pubbliche o private.

In generale, poi, il comma 16° dell'art. 1 l. delega 206/2021 prevede che vengano introdotte modifiche alla normativa in materia di consulenti tecnici, nel rispetto dei seguenti principî e criterî direttivi: a) rivedere il percorso di iscrizione dei consulenti presso i tribunali, favorendo l'accesso alla professione anche ai più giovani; b) distinguere le varie figure professionali, caratterizzate da percorsi formativi differenti anche per il tramite dell'unificazione o dell'aggiornamento degli elenchi, favorendo la formazione di associazioni nazionali di riferimento; c) creazione di un albo nazionale unico, al quale magistrati e avvocati possano accedere per ricercare le figure professionali più adeguate al singolo caso; d) favorire la mobilità dei professionisti tra le diverse corti d'appello, escludendo obblighi di cancellazione da un distretto all'altro; e) prevedere la formazione continua di consulenti tecnici e periti; f) tutelare la salute, la gravidanza o le situazioni contingenti che possono verificarsi nel corso dell'anno lavorativo, prevedendo la possibilità di richiesta di sospensione volontaria come prevista in altri ambiti lavorativi; g) istituire presso le corti d'appello una commissione di verifica, deputata al controllo della regolarità delle nomine, ai cui componenti non spettano compensi, gettoni di presenza, rimborsi dispese o altri emolumenti comunque denominati.

Infine, il comma 23°, lett. b), dell'art. 1 l. delega 206/2021 prevede che, qualora un figlio minore rifiuti di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice personalmente, sentito il minore e assunta ogni informazione rite-

---

ss.; Id., *Il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie della legge delega di riforma del processo civile*, *ivi*, 239 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nuta necessaria, accerti con urgenza le cause del rifiuto e assuma i provvedimenti nel superiore interesse del minore, considerando ai fini della determinazione dell'affidamento dei figli e degli incontri con i figli eventuali episodi di violenza e garantendo, in ogni caso, che gli eventuali incontri tra i genitori e il figlio avvengano, se necessario, con l'accompagnamento dei servizi sociali e non compromettano la sicurezza della vittima. Qualora il giudice ritenga di avvalersi dell'ausilio di un consulente, procede alla sua nomina con provvedimento motivato, indicando gli accertamenti da svolgere: il CTU eventualmente nominato si attiene ai protocolli e alle metodologie riconosciuti dalla comunità scientifica, senza effettuare valutazioni su caratteristiche e profili di personalità estranee agli stessi.

Novità importanti, che il d.lgs. 149/2022 cerca di tradurre in regole coerenti, atte a migliorare la selezione dei consulenti iscritti all'albo e l'apporto di buona scienza, in quel moto di privatizzazione e di «esternalizzazione» del servizio giustizia che permea l'intera delega di cui alla l. 206/2021, sin dai principî e criterî direttivi dedicati alle ADR (39).

11. – All'espansione delle scienze e delle conoscenze specialistiche corrisponde l'espansione della cosiddetta prova scientifica: quello che prima si ricostruiva e risolveva con il senso comune diventa conoscibile e ricostruibile attraverso la *techne* e la scienza (40). La prova scientifica entra nel processo civile con la consulenza tecnica d'ufficio: è un tutt'uno con questa, procedimento di istruzione probatoria che consiste in attività percipiente e deducente al medesimo tempo.

C'è una scienza un po' debordante e invadente, un *esprit de géométrie* che tende a prevalere sull'*esprit de finesse*, una *techne* che prende il sopravvento sul *logos*. Come ha dimostrato il caso della PAS (sindrome di alienazione genitoriale), si è poi tornati all'albero del senso comune, che è quello che sempre deve guidare l'opera del giurista e del giudice, a mente degli artt. 115 e 116 c.p.c.

Ci si deve guardare non solo dalla falsa scienza, ma anche dallo scientismo, cioè dalla non meno perniciosa cieca fede nella scienza e nel metodo euristico, in cui ogni epoca ha il difetto di credere, come un Don Ferrante

---

(39) Sui quali sia consentito rinviare ad A. Tedoldi, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione giustizia*, fasc. 3, 2021, 142 ss.

(40) Sulla prova scientifica v. V. Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in questa *Rivista* 1972, 414 ss.; V. Ansanelli, *Problemi di corretta utilizzazione della «prova scientifica»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2002, p. 1333 ss.; L. Lombardo, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in questa *Rivista* 2007, 35 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

qualunque: «La c'è pur troppo la vera cagione, - diceva; - e son costretti a riconoscerla anche quelli che sostengono poi quell'altra così in aria... La neghino un poco, se possono, quella fatale congiunzione di Saturno con Giove. E quando mai s'è sentito dire che l'influenze si propaghino...? E lor signori mi vorranno negar l'influenze? Mi negheranno che ci sian degli astri? O mi vorranno dire che stian lassù a far nulla, come tante capocchie di spilli ficcati in un guancialino?... Ma quel che non mi può entrare, è di questi signori medici; confessare che ci troviamo sotto una congiunzione così maligna, e poi venirci a dire, con faccia tosta: non toccate qui, non toccate là, e sarete sicuri! Come se questo schivare il contatto materiale de' corpi terreni, potesse impedir l'effetto virtuale de' corpi celesti! E tanto affannarsi a bruciar de' cenci! Povera gente! brucerete Giove? brucerete Saturno?

His fretus, vale a dire su questi bei fondamenti, non prese nessuna precauzione contro la peste; gli s'attaccò; andò a letto, a morire, come un eroe di Metastasio, prendendosela con le stelle.

E quella sua famosa libreria? È forse ancora dispersa su per i muriccioli».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

MARCO GRADI
Professore associato nell'Università di Messina

COSA GIUDICATA INCOSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Il giudicato civile di fronte alla declaratoria di incostituzionalità della legge sostanziale. – 2. La teoria dei rapporti esauriti nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3. Incostituzionalità della legge e ingiustizia della sentenza. – 4. La dottrina brasiliana della «*relativização da coisa julgada*». – 5. La non eseguibilità del giudicato incostituzionale nel sistema tedesco. – 6. L'ambiguità della norma italiana che dispone la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali della sentenza. – 7. La nozione di sentenza irrevocabile di condanna. – 8. L'incostituzionalità della legge come motivo di opposizione all'esecuzione. – 9. Eccezione di giudicato e cause in rapporto di pregiudizialità-dipendenza. – 10. Interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953. – 11. Per l'introduzione di un nuovo motivo di revocazione della sentenza civile passata in giudicato.

1. – È assai diffusa nella nostra letteratura processuale, anzi direi che è assolutamente granitica, l'idea secondo cui la sentenza civile ormai passata in giudicato sia totalmente insensibile alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma sostanziale la cui applicazione abbia inciso in modo determinante sul contenuto della decisione della causa (1).

(1) Si vedano, innanzitutto, L.P. Comoglio, *Diritto di difesa e retroattività delle decisioni costituzionali*, in questa *Rivista* 1967, 76; E. Garbagnati, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, in questa *Rivista* 1974, 214 ss.; e, più di recente, U. Corea, *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, in *Judicium* 2017, 37 ss., spec. 54 ss.; e, da ultimo, B. Capponi, R. Tiscini, *Introduzione al diritto processuale civile*, 3ª ed., Torino 2022, 225 ss., spec. 229 ss.; questo autentico dogma processuale è ribadito con assoluta certezza anche dai costituzionalisti, fra i quali v. in particolare P. Barile, *La parziale retroattività delle sentenze della Corte costituzionale in una pronuncia sul principio di uguaglianza*, in *Giur it.* 1960, I, 1, 912 s.; N. Lipari, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.* 1963, I, 2239 ss.; F. Pierandrei, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 973 ss.; A. Pizzorusso, *Commento all'art. 136*, in *Garanzie costituzionali. Art. 134-139*, vol. del *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 183 ss.; G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano 1987, 633 ss.; A. Pace, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989, 53 ss., spec. 55; M. Siclari, *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur it.* 1997, 1781; G. Matucci,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È questo uno dei tradizionali insegnamenti della dottrina dei limiti temporali della cosa giudicata, che è così efficacemente sintetizzata da Remo Caponi: «La sentenza di accoglimento della Corte costituzionale, al pari della legge retroattiva, non tocca (...), in via di principio, i rapporti che si sono esauriti per l'intervento di un giudicato» (2).

Come è noto, a questo riguardo, l'unica eccezione comunemente ammessa al principio di intangibilità del giudicato civile riguarderebbe le sentenze che regolano una situazione durevole nel tempo, per le quali viene predicata l'inefficacia sopravvenuta della sentenza soltanto per il periodo temporale posteriore al suo passaggio in giudicato, *rectius* successivo alla rimessione in decisione della causa che si conclude con la sentenza non più impugnabile con i mezzi ordinari: con riferimento al periodo di tempo anteriore, si afferma invece che la medesima sentenza mantiene piena efficacia (3).

A fortiori, pertanto, per le sentenze che abbiano deciso situazioni giuridiche destinate a realizzarsi in modo istantaneo, la nostra dottrina non ammette eccezioni generali alla regola dell'intangibilità del giudicato civile pur a seguito della declaratoria di incostituzionalità della legge applicata ai fini della decisione. La perdurante efficacia del «giudicato civile incostituzionale» conduce quindi a conseguenze di notevole rilievo sul piano della giustizia dell'assetto dei rapporti fra le parti: l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato non può essere travolto né ridiscusso in altra sede in conseguenza della decisione di

---

Giudicato civile e declaratoria di incostituzionalità, in *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi, M. Perini e A. Pisaneschi, Torino 2008, 385 ss., spec. 391 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 6ª ed., Torino 2019, 177.

(2) La citazione è tratta da R. Caponi, Tempus regit processum. *Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in questa *Rivista* 2006, 459 ss., spec. 461, oggi consultabile anche nella straordinaria raccolta di saggi dell'autore, dal titolo *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, Milano 2022, I, 177. Si veda altresì, con maggiore ampiezza di argomenti, l'ormai classico studio monografico dello stesso R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, 43 ss., 370 ss.

(3) Per questa posizione, v. in particolare F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 12ª ed., Milano 2021, I, 187 ss., spec. 194 ss.; in proposito, v. anche la dettagliata ricostruzione di R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 281 ss., spec. 304 s., secondo il quale nelle ipotesi di *jus superveniens* retroattivo, fra le quali rientrano anche le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, «nel caso in cui sia accertata l'esistenza di un rapporto durevole nel tempo, l'accertamento giudiziale copre solo quella parte del rapporto che si svolge entro il suo referente temporale», mentre la novità introdotta dal punto di vista della legge applicabile produce effetti che «si ripercuotono sul tratto di rapporto che prosegue oltre il momento a cui si riferisce l'efficacia della sentenza»; in senso adesivo sul punto, v. anche A. Cerri, *Giustizia costituzionale*, Napoli 2019, 183 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

incostituzionalità (4); e ciò, si badi bene, ancorché la sentenza costituzionale, se fosse stata pronunciata in tempo, avrebbe inesorabilmente mutato il contenuto del *dictum* del giudice civile (5).

2. – Questo orientamento è assolutamente consolidato anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ove si afferma in generale che la c.d. «retroattività» delle sentenze di accoglimento della questione di legittimità costituzionale trova un insormontabile ostacolo proprio nel vincolo della cosa giudicata: la Consulta ha infatti chiaramente affermato che «il principio del giudicato (...) si risolve (...) in un limite alla retroattività delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale delle norme di cui la sentenza passata in giudicato ebbe a fare applicazione» (6).

Come è noto, *in subiecta materia*, la tesi della resistenza del giudicato civile trova il proprio sostegno nel dato normativo, innanzitutto nell'art. 136, comma 1°, Cost., in forza del quale: «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». Tale disposizione è stata poi meglio specificata dall'art. 30, l. n. 87/1953, nei commi 3° e 4°, i quali dispongono, rispettivamente, che: «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»; e che: «Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali» (7).

---

(4) Assai incisiva sul punto è altresì la sintesi di P. Calamandrei, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, raccolte da M. Cappelletti, Firenze 1953, 90, il quale sentenzia lapidariamente: «nemmeno la sentenza della Corte costituzionale, può operare su una precedente decisione passata in giudicato, colla quale un giudice abbia applicato la legge successivamente dichiarata incostituzionale».

(5) Si pensi, ad esempio, al caso, affrontato da Cass. 11 gennaio 2006, n. 394, in *Guida dir.* 2006, 13, 86 ss., in cui la sentenza passata in giudicato contenga la condanna del correntista al pagamento di un importo degli interessi calcolati in modo eccessivo sulla base di una clausola anatocistica bancaria ritenuta valida ai sensi dell'art. 25, comma 3°, d.lgs. n. 342/1999, ma successivamente dichiarato costituzionalmente illegittimo, come in effetti avvenuto in forza di Corte cost. 17 ottobre 2000, n. 425, in *Corriere giur.* 2000, 1453 ss., con nota di V. Carbone, *L'anatocismo bancario dopo l'intervento della Corte costituzionale*.

(6) Si veda, innanzitutto, Corte cost. 7 maggio 1984, n. 139, in *Giur. cost.* 1984, I, 933 ss., ove si legge che siffatta retroattività «vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida. Per rapporti esauriti debbono certamente intendersi tutti quelli che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato»; in senso analogo, in precedenza già Corte cost. 2 aprile 1970, n. 49, in *Giur. cost.* 1970, 558 ss., da cui è tratta l'espressione riportata fra virgolette nel testo.

(7) Per la storia di queste disposizioni, rinvio in particolare a P. Calamandrei, *Corte*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Specialmente in forza di quest'ultima disposizione, è stata costruita la c.d. «teoria dei rapporti esauriti», che non potrebbero più essere messi in discussione nonostante la dichiarazione di incostituzionalità della legge. Secondo l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale, l'esaurimento del rapporto giuridico deriverebbe proprio dal giudicato, ma si realizzerebbe anche per effetto di altri fenomeni di stabilizzazione, quali la prescrizione del diritto, la decadenza dell'azione o l'usucapione, così come la stipulazione fra le parti di un accordo consensuale di risoluzione della lite, ad esempio di tipo transattivo (8), a cui dovrebbero aggiungersi – applicando coerentemente il medesimo principio – anche le ipotesi in cui il rapporto venga deciso mediante un lodo arbitrale non più impugnabile (9).

Conforme è peraltro la giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione, la quale ritiene che la sentenza della Corte costituzionale che dichiari illegittima una disposizione di legge rende inapplicabile tale regola a tutti i rapporti non ancora esauriti, mentre è priva di rilevanza in caso di definitiva stabilizzazione della situazione giuridica, in particolare quando la

---

costituzionale e autorità giudiziaria, in questa *Rivista* 1956, 25 ss.; E.T. Liebman, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in questa *Rivista* 1957, 507 ss.; F. Delfino, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi. Natura ed effetti*, Napoli 1970, 1 ss., spec. 13 ss.; M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova 2000, 61 ss.; va altresì rammentato che, pur a fronte di alcuni dubbi inizialmente emersi in dottrina, è stata respinta la tesi dell'incostituzionalità dell'art. 30, comma 3°, l. n. 87/1953 per presunto contrasto con l'art. 136 Cost., sulla base del rilievo che quest'ultima disposizione non osta ad un'estensione degli effetti della sentenza di accoglimento della Corte costituzionale a fatti del passato: in tal senso, v. Corte cost. 29 dicembre 1966, n. 127, in *Giur. cost.* 1966, 1697 ss., ove anche la nota di F. Modugno, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 l. 11 marzo 1953, n. 87?*; e in questa *Rivista* 1967, 128 ss., con nota di F. Carnelutti, *Sull'efficacia delle sentenze costituzionali dichiarative dell'illegittimità della legge*; nello stesso senso anche Corte cost. 4 aprile 1970, n. 49, in *Giur. cost.* 1970, 555 ss.; Corte cost. 11 dicembre 1985, n. 329, in *Giur cost.* 1985, 2360 ss.

(8) V., anche per i dovuti riferimenti, A. Cerri, *Giustizia costituzionale*, cit., 180 ss.

(9) In tal senso, v. soprattutto F.P. Luiso, *L'art. 824* bis *c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2010, 238 ss.; e già E. D'Alessandro, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824* bis *c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 533 s., nota 7, secondo i quali la resistenza del lodo rispetto alle sentenze di incostituzionalità prescinderebbe dalla natura giurisdizionale o contrattuale dell'arbitrato, posto che anche i contratti risolutivi delle liti, come la transazione, sono in realtà idonei ad esaurire il rapporto giuridico fra le parti; in modo conforme, v. G. Bonato, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli 2012, 266 ss.; di recente, v. inoltre G. Ruffini, *L'efficacia del lodo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. arb.* 2019, 241, il quale ravvisa nella possibilità degli arbitri di rimettere alla Corte costituzionale le questioni di illegittimità costituzionale delle leggi, oggi riconosciuta dall'art. 819, comma 1°, n. 3, c.p.c., il presupposto dell'idoneità del lodo «a sopravvivere alla successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma sulla quale sia fondato l'assetto di interessi dallo stesso dettato».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

relativa causa sia stata decisa con sentenza civile ormai passata in giudicato (10). La rigidità di questo orientamento è tale per cui si afferma, addirittura, che non è possibile rimettere in discussione l'accertamento compiuto nemmeno quando la causa sia pendente in sede di appello o dinnanzi alla Corte di cassazione, ma sulla questione si sia formato il giudicato interno per mancata impugnazione del relativo capo di sentenza (11).

Il rapporto giuridico viene invece rimesso in discussione, a seguito della declaratoria di incostituzionalità di una legge, quando sia stato definito mediante una sentenza penale passata in giudicato, che abbia disposto una condanna a carico dell'imputato. In tale caso-limite, è parsa chiaramente intollerabile al legislatore la cieca salvaguardia del giudicato: le sentenze penali irrevocabili perdono pertanto la loro efficacia, in base al principio del *favor rei*, nel caso in cui sia dichiarata incostituzionale una norma posta a fondamento della condanna medesima (12).

---

(10) In tal senso, v. già Cass. 16 settembre 1957, in questa *Rivista* 1958, 239 ss., con nota di F. Carnelutti, *Una pezza all'art. 136 della Costituzione?*; e, in senso analogo, Cass. 1° febbraio 1996, n. 891, in *Foro it*., Rep. 1996, voce *Corte costituzionale*, n. 86; Cass. 25 marzo 1996, n. 2629, in *Foro it*. 1996, I, 3742 ss., con nota di R. Caponi, *Le prime sentenze sulla cassazione sostitutiva per motivi di merito*; Cass. 23 settembre 2002, n. 13839, in *Foro it.* 2004, I, 1249 ss.; Cass. 23 ottobre 2002, n. 14969, in *Foro it*., Rep. 2002, voce *Corte costituzionale*, n. 51; Cass. 27 gennaio 2005, n. 1661, in *Foro it*., Rep. 2005, voce cit., n. 52; Cass. 19 luglio 2005, n. 15200, in *Giust. civ.* 2006, I, 2468 ss.; Cass. 18 luglio 2006, n. 16450, in *Foro it*., Rep. 2006, voce *Corte costituzionale*, n. 51; e, ancora da ultimo, Cass. 7 luglio, 2020, nn. 14083 e 14084; Cass. 3 giugno 2021, n. 15475.

(11) Per questa posizione, con riferimento al giudizio di cassazione, v. Cass., sez. un., 7 febbraio 1992, n. 1368 in *Foro it.* 1992, I, 686 ss., con osservazioni di R. Caponi; in *Corriere giur.* 1992, 273 ss., con nota di V. Carbone, *Incostituzionalità sopravvenuta e giudizio di cassazione*; al riguardo, v. anche il commento di A. Cerri, *Gli effetti delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale e le preclusioni processuali*, in *Foro it.* 1993, I, 1206 ss.; in senso analogo, v. Cass. 14 novembre 2008, n. 27264, in *Foro it*., Rep. 2008, voce *Corte costituzionale*, n. 33: e, più in generale, Cass. 11 gennaio 2006, n. 394, cit., che estende il principio anche al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Sul tema, v. anche i rilievi di C. Mainardis, *Effetti delle decisioni di incostituzionalità e preclusioni processuali (qualche osservazione su un orientamento della Cassazione civile)*, in *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Napoli 2006, 127 ss.

(12) Al riguardo, v. in generale F. Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., 974 s., che parla di un'eccezione all'intangibilità del giudicato nella materia penale; in senso analogo, fra le molte possibili indicazioni, A. Gragnani, *Il giudizio in via incidentale: gli effetti nel tempo delle decisioni di illegittimità costituzionale*, in *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, a cura di G. Famiglietti, E. Malfatti e P.P. Sabatelli, Torino 2002, 33. La sentenza penale dovrà inoltre essere revocata dal giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., il quale stabilisce appunto che: «Nel caso di (...) di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti». Ancorché questa

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ciò significa innanzitutto che non è più possibile procedere con l'esecuzione penale della sentenza passata in giudicato e che il condannato che stia scontando la pena debba essere scarcerato; significa altresì che vengono meno tutti gli altri effetti penali della sentenza, come ad esempio la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici o la sanzione dell'incandidabilità ad elezioni politiche (13).

A conferma del carattere eccezionale di questa deroga al principio dell'intangibilità del giudicato, si esclude però qualsiasi conseguenza caducatoria in relazione agli effetti civili della sentenza penale, in particolare degli obblighi risarcitori o restitutori (14). Una lacuna, questa, che pur a fronte della sua evidente incoerenza, non è nella sostanza contestata nella letteratura processuale o costituzionale (15).

3. – Nonostante l'unanimità di voci contrarie alla caducazione degli effetti del giudicato civile incostituzionale, la *communis opinio* della dottrina e della giurisprudenza non risulta a mio avviso pienamente convincente, innanzitutto perché conduce a risultati palesemente ingiusti, impe-

---

disposizione abbia un oggetto limitato, la giurisprudenza ha comunque ritenuto che, qualora sia dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma diversa da quella incriminatrice, il giudice dell'esecuzione debba comunque rideterminare la pena inflitta: in tal senso, v. Cass. pen., sez. un., 14 ottobre 2014, n. 42858, sulla quale v. il commento di M. Gambardella, *Declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale non incriminatrice e intangibilità del giudicato*, in *Dir. pen. e processo* 2014, 63 ss.

(13) Sulle pene accessorie, che sono espressamente considerate dall'art. 20 c.p. «effetti penali della sentenza», v. P. Frisoli, *Effetti penali della sentenza di condanna*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1955, 408 ss.; G. Cerquetti, *Pene accessorie (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, 819 ss.; S. Larizza, *Pene accessorie*, in *Dig., disc. pen.*, IX, Torino 1995, 421 ss.; A. Muscella, *Effetti penali della condanna*, in *Dig., disc. pen.*, Agg., XI, Torino 2021, 269 ss.

(14) V., in particolare, G. Matucci, *Giudicato civile e declaratoria di incostituzionalità*, cit., 396 s.

(15) Per una critica, v. però P. Calamandrei, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., 90 s., per il quale la mancata caducazione degli effetti civili così come degli effetti amministrativi del giudicato penale incostituzionale costituirebbe un chiaro difetto della legge, anche se l'illustre maestro non porta alle estreme conseguenze questo rilievo. La più recente giurisprudenza ha tuttavia in parte seguito questa intuizione, estendendo – con una innovativa sentenza additiva – il disposto di cui all'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953 alla revoca della patente di guida disposta con sentenza penale irrevocabile, considerandola una sanzione amministrativa di tipo punitivo, come tale equiparabile ad una sanzione penale: mi riferisco a Corte cost. 16 aprile 2021, n. 68, in *Giur. it.* 2021, 855 ss., con note di A. Morrone, *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. n. 68 del 2021*; A. Celotto, *Iperretroattività e diritto vivente Cedu*; e M. Gambardella, *Sanzioni amministrative «punitive» dichiarate costituzionalmente illegittime e modifica del giudicato penale*; si noti comunque che questo passo in avanti della giurisprudenza costituzionale non ha messo in alcun modo in discussione il principio della salvezza degli effetti civili del giudicato penale incostituzionale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dendo addirittura di rimediare ad una violazione dei diritti fondamentali perpetrata per mezzo di una sentenza passata in giudicato (16). Questa grave forma di ingiustizia non è un mero dubbio del soccombente, ma è certificata dalla stessa Corte costituzionale: ciò comporta un particolare caso di conflitto fra giudicati, fra la sentenza civile passata in giudicato, in quanto non più soggetta alle impugnazioni ordinarie, e la sentenza costituzionale, che per espressa previsione costituzionale non è in alcun modo impugnabile (17).

Ovviamente, le due decisioni non confliggono sul piano temporale nel caso di differimento *pro futuro* degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, secondo una tecnica ormai utilizzata dal Giudice delle leggi (18). La questione permane invece, con tutta la sua carica dirompente, quando la sentenza costituzionale di accoglimento trovi applicazione anche ai fatti del passato, avendo riconosciuto l'incostituzionalità originaria della legge applicata al caso di specie dal giudice civile.

Un giudicato civile contrastante con una successiva sentenza costituzionale, oltre a potersi considerare gravemente ingiusto, comporta a mio avviso anche una violazione dell'ordine pubblico, che merita di trovare un'adeguata considerazione. Certo la normativa speciale dettata dall'art. 30 della l. n. 87/1953, che si pone come *lex specialis* per queste ipotesi di conflitto fra giudicati, non può essere ignorata. Allo stesso tempo, però, la soluzione dell'indiscriminata intangibilità del giudicato civile non appare

---

(16) Come ho già avuto modo di evidenziare in M. Gradi, *L'errore di giudizio. Appunti per uno studio sulla sentenza ingiusta*, in C. Punzi, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, rist. della prima edizione del 1963, Milano 2022, 221 ss., spec. 234 s.

(17) Tale regola è disposta dall'art. 137, comma 3°, Cost., dalla quale si ricava la nozione di «giudicato costituzionale»: in proposito, v. A. Cerri, *Appunti sul c.d. «giudicato costituzionale»*, in *Giur. it.* 2009, 2831 ss.; F. Dal Canto, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano 2001, 429 ss.

(18) Nella giurisprudenza costituzionale, v. la fondamentale Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 10, in *Giur cost.* 2015, 45 ss., ove in particolare la nota di A. Anzon Demmig, *La Consulta «esce allo scoperto» e limita l'efficacia retroattiva delle pronunce di accoglimento*; in dottrina, v. anche S.P. Panunzio, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 273 ss.; R. Pinardi, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano 1993, 37 ss.; M. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano 1993, 103 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale (Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge)*, Padova 1997, 247 ss.; M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 151 ss.; e da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, R. Giordano, *Le sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale delle leggi: dagli effetti retroattivi a quelli* pro futuro, in *Judicium* 2021, 163 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

soddisfacente sul piano degli stessi valori costituzionali, al punto che si può appunto parlare – con un chiaro intento provocatorio – di «cosa giudicata incostituzionale».

Il problema è nella sostanza analogo a quello del giudicato civile contrastante con una sentenza resa dalla Corte di Strasburgo, per il quale attualmente si esclude la possibilità di una caducazione della sentenza civile o dell'impugnazione straordinaria della stessa (19). Il legame fra le due fattispecie è stato però chiaramente colto in dottrina, ove si afferma espressamente che, poiché il giudicato civile resiste alla declaratoria di incostituzionalità, similmente deve resistere alla violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo accertata dalla Corte europea (20).

Siffatta correlazione biunivoca è però destinata ad incrinarsi, se non addirittura ad essere ribaltata, nella prospettiva della prossima riforma della giustizia civile, che intende inserire nel codice di rito un nuovo motivo di revocazione della sentenza civile per contrasto con una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo (21). Ciò pone conseguentemente l'interprete di fronte ad un necessario ripensamento della materia anche con riguardo al contrasto fra la sentenza costituzionale di accoglimento e il giudicato civile.

Lo stesso Caponi, ritornando sul tema, ha peraltro affermato che «La soluzione di una indiscriminata intangibilità del giudicato appare (...) troppo rigida. In un ambiente in cui si afferma il bilanciamento delle garanzie costituzionali le une con le altre, la garanzia costituzionale del giudicato deve poter essere bilanciata con il valore costituzionale che chiede di essere realizzato attraverso la sentenza della Corte costituzionale, cosicché, certamente in ipotesi particolarmente gravi, si dischiude la prospettiva di un cedimento del giudicato» (22).

---

(19) Su questo tema, v. E. D'Alessandro, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2018, 711 ss.; F. De Santis di Nicola, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della corte Edu tra problematico ampliamento dei motivi di revocazione e (sostanziale) neutralizzazione del giudicato nazionale non-penale*, in *Giusto processo civ.* 2018, 807 ss., 1107 ss.; A. Tedoldi, *Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla Cedu*, in questa *Rivista* 2019, 445 ss.

(20) In tal senso, v. U. Corea, *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, cit., 37 ss.

(21) La previsione è contenuta nell'art. 1, comma 10°, l. n. 206/2021: sul tema, v. P. Biavati, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna 2021, 44 s.; L. Passanante, *La riforma delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 1000 s.; e, con ampio approfondimento, E. D'Alessandro, *Revocazione della sentenza civile e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista* 2022, 217 ss.

(22) Così R. Caponi, *Giudicato civile e identità nazionale (appunto con contrappunto sul*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È infatti a partire dei suoi studi più recenti che l'insigne studioso ha cominciato a dubitare, sia pure con cautela, del dogma della totale intangibilità del giudicato civile di fronte allo *jus superveniens* retroattivo, che per Caponi andrebbe ravvisato tanto nell'emanazione di una legge applicabile *ex tunc* quanto nella pronuncia di una sentenza di incostituzionalità della legge applicata alla controversia (23). In una prospettiva convergente, si è posto anche Edoardo Flavio Ricci, il quale ha al riguardo osservato che «il problema del conflitto tra la cosa giudicata ed alcuni imperativi costituzionali di particolare importanza» dovrebbe essere risolto non già mediante una soluzione radicale, bensì con una «risposta modulata, che possa

---

caso Taricco), in *Questione giustizia* 2017, 106 s., ove si legge un passo altrettanto significativo: «È opinione comune che il giudicato civile resista alla sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata dal giudice. In realtà sul problema non si è riflettuto abbastanza, poiché si è rimasti ancorati all'idea tradizionale dei rapporti esauriti, cioè dei rapporti definiti in modo irretrattabile, sottovalutando la novità di questa ipotesi, che difficilmente può essere appiattita su quella del contrasto del giudicato con una legge sopravvenuta retroattiva. In questo appiattimento sono parzialmente incorso trent'anni fa nello studiare per il mio primo libro. (...) Rimasi vittima di un preconcetto: che si dovesse in ogni caso affermare l'intangibilità del giudicato e che il vero problema consistesse nel trovare una persuasiva giustificazione attuale di questa conclusione».

(23) Per i germi di questo mutamento di prospettiva, v. R. Caponi, *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri*, in *Giur. it.* 2009, 2827 ss., spec. 2830 s., ove si afferma, sia pure con esplicito riferimento al solo caso di una nuova legge retroattiva, che il giudicato civile dovrebbe essere travolto nel caso di nuova legislazione attributiva di diritti inviolabili dell'uomo rinnegati da un precedente periodo di barbarie, oppure nell'ipotesi di novità legislativa idonea a dare rilevanza giuridica, costitutiva di un nuovo diritto, ad un fatto prima irrilevante; Id., *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, Bologna 2011, 301 ss., spec. 318 ss., ove l'autore fa un ulteriore passo in avanti, osservando che il giudicato civile dovrebbe essere travolto «in quei rari casi in cui i valori giuridici introdotti dalla nuova legislazione siano così meritevoli di affermazione da prevalere sulla tutela dell'affidamento delle parti sull'intangibilità del risultato del precedente processo», ad esempio in materia di riconoscimento dello *status* di filiazione, nonché «in quei casi in cui non si ponga un problema di affidamento delle parti», il che avverrebbe quando lo *jus superveniens* retroattivo disponesse un effetto più favorevole per il privato rispetto al giudicato pronunciato contro lo stato o la pubblica amministrazione, che potrebbero rinunciare ai vantaggi della sentenza senza pregiudizio per l'affidamento delle parti. Va peraltro ricordato, che fin dal suo studio monografico del 1991, Caponi aveva già proposto un'eccezione alla regola della resistenza del giudicato civile nel caso in cui lo *jus superveniens* retroattivo avesse dato rilevanza giuridica ad un fatto prima irrilevante, sul presupposto che il giudicato di rigetto, reso sulla base di un diverso assetto normativo, non coprisse – dal punto di vista dei limiti oggettivi della cosa giudicata – l'accertamento del diverso diritto fondato su una nuova legislazione: v. ancora R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 329 ss., spec. 338 s., con richiamo, in particolare, a W. Habscheid, *Effetti della sentenza e cambiamento della legge*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano 1967, II, 535 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

essere positiva o negativa secondo i casi», invocando sul tema anche la comparazione con il sistema brasiliano (24).

4. – Uno sguardo di diritto comparato è allora doveroso, oltre che idoneo – come subito vedremo – ad offrire importanti spunti di riflessione per il ripensamento del problema. Iniziando proprio dal caso del Brasile, occorre riferire che in tale Paese vi è un ampio dibattito dottrinale sulla c.d. «relativizzazione della cosa giudicata» («*relativização da coisa julgada*») con riferimento alle ipotesi in cui il giudicato civile comporti una compromissione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti (25).

Il tema del dibattito brasiliano è in realtà assai più ampio di quello preso ad oggetto di questo studio, perché con l'evocativa espressione «*coisa julgada inconstitucional*» la dottrina non si limita a prendere in considerazione soltanto il caso del contrasto fra il giudicato civile e la sentenza di incostituzionalità della legge, ma vi comprende anche ipotesi nelle quali il giudicato civile determini comunque una grave violazione dei diritti fondamentali per una erronea applicazione della legge nel caso concreto (26).

Questo in parte forse spiega le profonde resistenze della dottrina brasiliana rispetto a questo originale insegnamento, che è stato dai più ritenuto eversivo della garanzia della cosa giudicata, che nel sistema brasiliano gode di un esplicito riconoscimento nella Costituzione federale (27). Ciò non toglie che l'accorto legislatore *brasileiro* abbia introdotto una serie

---

(24) E.F. Ricci, *Intervento*, in *Corti europee e giudici nazionali*, cit., 458 s.

(25) Sul tema, v. soprattutto J.A. Delgado, *Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais*, in *Coisa julgada inconstitucional*, 3ª ed., a cura di C. Valder do Nascimento, Rio de Janeiro 2003, 33 ss.; H. Theodoro Jr., J. Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais pare seu controle*, ivi, 77 ss.; Id., *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*, in *Revista de processo* 2005, n. 127, 9 ss.; S. Bermudes, *Coisa julgada ilegal e segurança jurídica*, in *Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, Belo Horizonte 2004, 131 ss.; C.L. Antunes Rocha, *O principio da coisa julgada e o vicio de inconstitucionalidade*, ivi, 166 ss.; T. Arruda Alvim Wambier, J.M. Garcia Medina, *Relativização da coisa julgada*, in *Relativização da coisa julgada. Enfoque crítico*, 2ª ed., a cura di F. Didier Jr., Salvador 2008, 385 ss.; assai significativa è anche l'opinione di C.R. Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material*, in *Revista de processo* 2003, n. 109, 11 ss., spec. 13, il quale afferma che: «*não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*».

(26) Per un'ampia esemplificazione, v. in particolare T. Arruda Alvim Wambier, J.M. Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*, São Paulo 2003, 39 ss.

(27) Fra le voci più critiche nei confronti della teoria in esame, v. L.G. Marinoni, *Coisa julgada inconstitucional*, São Paulo 2008, 84 ss.; A. do Passo Cabral, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*, 3ª ed., São Paulo 2019, 193 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di disposizioni di indubbio rilievo, a partire dalle riforme adottate sin dall'anno 2001, quando era ancora vigente il *código de processo civil* del 1973.

Sotto il vigore di tale statuto processuale, era stato infatti previsto che l'esecuzione della sentenza doveva considerarsi inesigibile nel caso di titolo giudiziale fondato su una legge dichiarata incostituzionale dal *Supremo Tribunal Federal*, ossia dall'organo di vertice della giustizia costituzionale brasiliana: ciò legittimava conseguentemente il debitore ad opporsi all'esecuzione al fine di arrestare l'eventuale procedura esecutiva in corso (28).

Questa innovazione legislativa introduceva dunque in Brasile un parziale superamento del vincolo del giudicato, che poteva essere privato della sua efficacia esecutiva, ma senza la possibilità della sua rimozione mediante un mezzo di impugnazione straordinaria (29). Con il nuovo codice processuale del 2015, l'istituto della «*coisa julgada inconstitucional*» è stato mantenuto, ma il relativo assetto normativo è stato ulteriormente modificato, trovando ora la sua disciplina nell'art. 525 del vigente *código de processo civil*.

Infatti, da un lato si è confermata la possibilità di proporre opposizione all'esecuzione contro la sentenza civile fondata su una legge dichiarata incostituzionale, sia pure con la precisazione che questo rimedio è ammissibile soltanto nel caso in cui la decisione del *Supremo Tribunal Federal* sia anteriore al passaggio in giudicato della sentenza da eseguire (30). Dall'altro lato, nella restante ipotesi in cui la declaratoria di inco-

---

(28) Più precisamente, a seguito della riforma del 2001, questa disciplina era stata inserita nell'art. 741, ove si consentiva al debitore di opporsi mediante *embargos à execução*, non solo in caso di sentenza fondata su una legge dichiarata incostituzionale, ma anche in caso di sentenza pronunciata «*em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal*»; a seguito del successivo ritocco apportato con la riforma del 2005, la relativa disciplina era stata invece inserita nell'art. 475-L e nell'art. 741 del codice processuale, distinguendo fra l'esecuzione della sentenza (nei confronti della quale era ammesso il rimedio della *impugnação do executado ao cumprimento de sentença*) e l'esecuzione contro la «*fazenda pública*» (ove era mantenuto il c.d. *embargos à execução*), in entrambi i casi con la precisazione che occorreva una pronuncia di incostituzionalità resa dal *Supremo Tribunal Federal*: in argomento, per maggiori dettagli, v. E. Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo 2003, 423 ss.; L.G. Marinoni, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., 119 ss.

(29) Parte della dottrina ha tuttavia affermato che la cosa giudicata incostituzionale dovrebbe ritenersi una sentenza «inesistente», incapace quindi di produrre qualsiasi effetto: in tal senso, v. specialmente T. Arruda Alvim Wambier, J.M. Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada*, cit., 26 ss., 86 ss.; ma questa opinione è vigorosamente contrastata da altri autori, fra i quali v. A. do Passo Cabral, *Coisa julgada e preclusões dināmicas*, cit., 194 ss.

(30) La nuova disciplina è adesso contenuta nell'art. 525 del *código de processo civil* del 2015, specialmente nei §§ 12-14. In proposito, v. L.A. Reichelt, *Reflexões sobre a relativização da coisa julgada no novo código do processo civil*, in *Revista do processo* 2016, n. 255,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stituzionalità sia successiva al passaggio in giudicato della decisione, si è riconosciuta la possibilità di promuovere un'azione revocatoria («*ação rescisória*») contro la cosa giudicata, precisando altresì che il relativo termine di impugnazione, pari a due anni, decorre dal momento in cui passa in giudicato la sentenza di incostituzionalità pronunciata dal *Supremo Tribunal Federal* (31).

5. – Le soluzioni adottate nell'ordinamento brasiliano non possono certamente essere trasportate *tout court* nel nostro sistema processuale, anche se offrono notevoli spunti di riflessione, così come li offre l'ordinamento tedesco, che da tempo contempla idonei strumenti per attaccare l'efficacia di una sentenza passata in giudicato il cui contenuto sia tale da determinare una lesione dei diritti fondamentali.

Infatti, in Germania vi è innanzitutto la possibilità di impugnare dinnanzi alla Corte costituzionale federale la sentenza civile passata in giudicato laddove sia proprio questa decisione a comportare un *vulnus* delle garanzie costituzionali: siffatto rimedio, contemplato dal § 93 della legge sul *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfGG*), è il c.d. «ricorso costituzionale diretto» (*Verfassungsbeschwerde*), che può essere impiegato anche avverso le decisioni dell'autorità giudiziaria, nel qual caso funziona come un mezzo straordinario di impugnazione (32).

Va precisato che tale impugnazione è consentita soltanto entro il termine di un mese dalla comunicazione o notificazione della sentenza passata in giudicato; e che, se il ricorso è accolto, l'annullamento costituzionale comporta inesorabilmente anche la rimozione del giudicato, ai sensi del § 95, II, *BVerfGG*. Con il che, come da più parti avvertito, il sistema

---

167 ss.; E. Andrade, *Il nuovo codice di procedura civile brasiliano del 2015: sguardo generale e alcuni aspetti di interesse comparatistico*, in questa *Rivista* 2020, 1254 s.

(31) In tal senso, v. il § 15 del già menzionato art. 525, che quindi rimanda al rimedio revocatorio disciplinato in generale dagli artt. 966 ss. del nuovo codice di rito. Non si può tuttavia non ricordare la posizione aspramente critica di L.G. Marinoni, *A coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade do STF*, in *Direito, razão e argumento. A reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito*, São Paulo 2020, 1084 ss., spec. 1098 s., secondo il quale tale norma sarebbe da ritenersi addirittura incostituzionale per «*violação da garantia constitucional da coisa julgada material*».

(32) Su questo istituto, v. in generale P. Häberle, *La «*Verfassungsbeschwerde*» nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano 2000, 33 ss.; nella dottrina italiana, v. inoltre M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano 1955, 74 ss.; Id., *La «*Verfassungsbeschwerde*» nel sistema delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1968, 1056 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tedesco contempla indubbiamente un formidabile strumento per rimuovere i giudicati gravemente ingiusti, in quanto lesivi dei diritti fondamentali, anche se tale rimedio può essere utilizzato solo entro un termine assai breve dopo la formazione del giudicato.

Proprio per questa ragione, non essendo possibile escludere un conflitto fra il giudicato civile e le sentenze costituzionali, il § 79 *BVerfGG* prevede altresì una specifica disciplina nel caso di successiva declaratoria di incostituzionalità di una legge posta a fondamento di una sentenza passata in giudicato, distinguendo tuttavia piuttosto nettamente fra la materia civile e quella penale. In quest'ultimo caso, è consentita la riapertura del processo (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) secondo le regole del codice di procedura penale; viceversa, nelle altre materie, è soltanto stabilito che l'esecuzione del giudicato divenga inammissibile (33).

Più precisamente, il secondo comma della disposizione in esame stabilisce che resta intatto (*unberührt*) il giudicato civile fondato sulla norma successivamente dichiarata incostituzionale, ma la sua esecuzione non è più possibile, tanto che il debitore può anche proporre una opposizione all'esecuzione ai sensi del § 767 *ZPO* al fine di interrompere una procedura esecutiva in corso. Ove anche questo rimedio non sia però impiegato, il legislatore tedesco ha cura di precisare che non è consentita la ripetizione dell'indebito (34).

In Germania, quindi, il giudicato civile incostituzionale non può essere attaccato direttamente, né può essere neutralizzato mediante rimedi restitutori. La parte condannata in forza di un giudicato incostituzionale può tuttavia legittimamente resistere all'adempimento della sentenza; ma se vi adempie spontaneamente o coattivamente, non può più recuperare quanto corrisposto.

6. – Nell'ordinamento italiano, la questione è invece regolata dall'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953, che – come si è già ricordato – è stato unanimemente interpretato nel senso che la sentenza costituzionale di accoglimento determinerebbe la sopravvenuta caducazione dell'efficacia

(33) Al riguardo, per ampie informazioni, v. M. Graßof, *Wirkung der Entscheidung*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2ª ed., a cura di D.C. Umbach, T. Clemens e W. Dollinger, Heidelberg 2005, 983 ss.; nella dottrina italiana, v. anche la ricca trattazione di R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 279 ss., 371 ss.

(34) Nonostante questi limiti, il sistema tedesco conduce nel complesso a «deroghe assai importanti ai principii della cosa giudicata», come puntualizza in modo chiaro M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, cit., 105 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

delle sentenze penali, che non potrebbero dunque più essere eseguite, mentre resterebbero validi ed efficaci gli effetti dei giudicati civili: di conseguenza, non sarebbe possibile rimuovere la sentenza civile mediante un'impugnazione straordinaria, né tantomeno accertarne l'illegittimità attraverso un'autonoma azione, così come sarebbe da escludere il diritto di proporre una legittima opposizione all'esecuzione qualora tale sentenza, di contenuto condannatorio, fosse posta a fondamento di un'azione esecutiva (35).

Si tratta di un'interpretazione invero assai consolidata (36), ma che in realtà non è esplicitamente sancita dal testo della legge. Più precisamente, il sistema italiano non prevede un'espressa clausola di salvaguardia per i giudicati civili incostituzionali, come si comprende con chiarezza confrontando la disposizione nostrana con quella omologa presente nell'ordinamento portoghese, dove l'art. 282, comma 3°, della Costituzione lusitana stabilisce espressamente che sono fatte salve le sentenze passate in giudicato, con la sola possibilità per il *Tribunal Constitucional* di revocare, con decisione espressa, i giudicati in materia penale, disciplinare o sanzionatoria (37).

---

(35) In tal senso, v. per tutti R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 370 ss., spec. 374, ove si afferma che l'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953, «prevedendo il venir meno della cosa giudicata penale, sancisce *a contrario* l'intangibilità del giudicato civile»; per l'autore, deve essere «escluso anche che la dichiarazione di incostituzionalità possa valere come motivo di opposizione all'esecuzione della sentenza civile di condanna», in quanto «prevedere un simile motivo di opposizione all'esecuzione non obbedisce alle regole dei limiti temporali del giudicato, ma ne costituisce un'eccezione, giacché impone una revisione dell'accertamento passato in giudicato. Una conseguenza così grave, che si risolve in un'abrogazione parziale dell'art. 2909 c.c. non potrebbe a nostro avviso che essere disposta in via generale con una norma espressa (del tenore di quella del par. 79[2] della legge sul *Bundesverfassungsgericht*) che manca però nel nostro ordinamento».

(36) V., nella trattazione manualistica, anche G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2007, II, 190 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, 6ª ed., Torino 2018, 140; A. Cerri, *Giustizia costituzionale*, cit., 183 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 6ª ed., cit., 177.

(37) La disposizione richiamata nel testo, introdotta con la riforma costituzionale del 1982, recita testualmente: «*Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido*». La dottrina ne evidenzia giustamente il carattere eccezionale, nel senso che la stessa Costituzione del Portogallo ammette il sacrificio della cosa giudicata soltanto nei casi espressamente previsti: v. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa 1999, 547 s.; L.G. Marinoni, *A coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade do STF*, cit., 1103; sul tema, v. inoltre P. Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa 1993, 50 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Questa constatazione non è peraltro estranea nella nostra dottrina, che ha onestamente ammesso che la regola dell'intangibilità del giudicato civile a fronte della declaratoria di incostituzionalità della legge applicata, che in altri ordinamenti è disposta a chiare lettere, in Italia è rimessa ad operazioni ermeneutiche, potendosi soltanto ricavare per implicito (38).

Proprio a partire da questo rilievo, Franco Modugno ha allora finito per dubitare della stessa possibilità di dedurre *a contrario* dall'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953 il principio della salvezza dei giudicati non penali: l'illustre costituzionalista ha quindi ravvisato la *ratio* della norma speciale nella sola garanzia della cessazione degli effetti del giudicato penale, in ragione della delicatezza dell'ipotesi, con la conseguenza che la legge lascerebbe del tutto impregiudicata la disciplina del conflitto fra la sentenza costituzionale e il giudicato non penale (39).

Questa originale posizione, nel constatare i limiti oggettivi dell'art. 30, comma 4°, non consente però di compiere un decisivo passo in avanti per la soluzione del problema, perché – anche se per ipotesi l'accogliessimo – non porterebbe automaticamente alla caducazione del giudicato civile incostituzionale: manca comunque un'altra norma generale in base alla quale poter giustificare un tale risultato, non potendo a tal fine essere invocata la regola dell'art. 2909 c.c. (40).

---

(38) Per questa ammissione, v. R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 374, che argomenta questa conclusione anche muovendo dal confronto fra la legge italiana e quella tedesca. Sull'incompletezza della disposizione italiana, sia pure in una diversa prospettiva, v. M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, cit., 106, nota 335, il quale osserva che: «Nulla dispone l'art. 30, comma 4°, né alcuna altra norma, intorno alla caducazione degli effetti civili» delle sentenze penali, riproponendo un'osservazione già formulata da P. Calamandrei, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., 90 s.

(39) È utile riportare integralmente quanto afferma F. Modugno, *Introduzione*, premessa alla rubrica *Giudicato e funzione legislativa*, in *Giur. it.* 2009, 2818: «non è detto (non è sicuro), a mio avviso, che l'ultimo comma dell'art. 30, l. n. 87/1953, debba essere interpretato, come comunemente si ritiene, quale 'eccezione' al principio di salvezza del giudicato, sibbene come 'assicurazione' (data la delicatezza dell'ipotesi) che la condanna penale basata su norma dichiarata incostituzionale non debba mai e in alcun modo avere effetto. Non sarei cioè tanto sicuro che si tratti (soltanto) di un'eccezione a un principio da reputarsi (fuori dalla condanna penale) senz'altro generale. A fronte, ad esempio, di un provvedimento amministrativo definitivo e inoppugnabile, ovvero a fronte di una decisione del giudice amministrativo emessa sulla base di legge dichiarata incostituzionale, non si potrebbe pensare invece ad una riapertura dei termini per ricorrere e, comunque sia, ad un ribaltamento del giudicato?».

(40) L'art. 2909 c.c. regola, infatti, l'efficacia del giudicato civile, non delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Allo stato della legislazione vigente, non è quindi possibile adottare in questo diverso contesto la tesi del giudicato «condizionato» da me elaborata in M. Gradi, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari 2020, 310 ss., spec. 326 ss., al fine di realizzare il coordinamento dei giudicati in conflitto logico fra loro: tale proposta

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Vi è tuttavia una terza strada che può essere battuta, a quanto mi consta del tutto inedita in dottrina. L'idea è tanto semplice quanto clamorosa: quando l'ultimo comma dell'art. 30 dispone che «cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali» del giudicato incostituzionale, può in realtà riferirsi, sia pure *in parte qua*, anche ai giudicati civili.

L'esecuzione della sentenza non è infatti un'esclusiva del giudicato penale, potendo chiaramente riguardare anche le sentenze civili passate in giudicato. Se si tiene a mente questa possibilità, ci si accorge allora che l'art. 30, comma 4°, è in realtà una disposizione anfibologica, che ammette due significati letterali: in primo luogo, secondo la lettura finora accolta in modo automatico dagli interpreti, l'aggettivo «penali» potrebbe riferirsi tanto all'esecuzione quanto agli effetti della sentenza (41); allo stesso tempo però, il medesimo aggettivo declinato al plurale potrebbe riferirsi esclusivamente al sostantivo «effetti» (42), con la conseguenza che l'altro sostantivo sarebbe privo di aggettivazione e, quindi, alludere all'esecuzione del giudicato *tout court*, sia esso penale, civile, amministrativo, tributario o contabile.

Secondo quest'ultima prospettiva, la declaratoria di incostituzionalità di una legge sostanziale applicata ai fini della decisione comporta la cessazione dell'esecuzione non solo del giudicato penale, ma anche di quello non penale. Se dunque il giudicato civile incostituzionale venisse utilizzato per avviare un'azione esecutiva, il debitore potrebbe legittimamente proporre un'opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 c.p.c., invocando la sentenza costituzionale che ha eliminato uno dei presupposti della condanna. È in quella sede che si dovrà peraltro valutare l'incidenza causale del giudicato costituzionale sulla *ratio decidendi* della sentenza civile passata in giudicato.

La tesi qui sostenuta costituisce, come il lettore può facilmente intendere, una notevole innovazione rispetto al tradizionale e consolidato orientamento della dottrina e della giurisprudenza (43). Questa lettura però si

---

ricostruttiva muove proprio dalla considerazione del «far stato ad ogni effetto» del giudicato civile.

(41) Ciò è ben possibile perché, secondo le regole grammaticali, in caso di pluralità di sostantivi di segno diverso, l'aggettivo comune di essi deve essere declinato al maschile plurale: v. ad esempio M. Sensini, *La grammatica della lingua italiana*, con la collaborazione di F. Roncoroni, Milano 1997, 135 s.

(42) Come si è già rilevato *supra*, § 2, nota 13 e testo corrispondente, la nozione di «effetti penali della sentenza» ha un significato ben preciso nel nostro ordinamento positivo, facendo riferimento alle c.d. pene accessorie della condanna penale.

(43) Voglio tuttavia ricordare che Caponi, inizialmente contrario ad ammettere il rimedio dell'opposizione all'esecuzione contro il giudicato civile incostituzionale (R. Caponi,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giustifica, oltre che sulla lettera della legge, sulla base della considerazione che non si può pretendere che un organo dello Stato, nel caso di specie l'ufficio esecutivo, presti la sua opera all'attuazione di una sentenza riconosciuta come gravemente ingiusta per aver applicato una legge successivamente dichiarata incostituzionale. Si è insomma in presenza di una compromissione di valori costituzionali, accertata da una sentenza della Consulta, che non può pertanto legittimare lo svolgimento di un'azione esecutiva.

7. – Sorge a questo punto un secondo problema interpretativo, che sembrerebbe apparentemente ostacolare la conclusione raggiunta: l'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953 stabilisce invero che, quando viene dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge applicata ai fini della decisione, cessa l'esecuzione della «sentenza irrevocabile di condanna».

Anche con questa espressione, la legge speciale sembrerebbe dunque limitare la cessazione degli effetti esecutivi del giudicato alla sola materia penale, posto che mentre il codice del rito criminale collega normativamente il passaggio in giudicato alla irrevocabilità della sentenza (44), quest'ultima nozione non è invece impiegata dal legislatore nel codice di procedura civile (45).

Ciò ha quindi condotto un'ampia schiera di studiosi del processo civile a distinguere fra l'irrevocabilità della sentenza e il suo passaggio in giudicato: la prima qualità, consistente nell'impossibilità di eliminare la decisione da parte dello stesso giudice che l'ha pronunciata, sarebbe conseguen-

---

L'efficacia del giudicato civile nel tempo, cit., 374, di cui si è dato conto *supra*, nota 35), ha però in seguito osservato, muovendo sempre dal confronto fra la normativa italiana e quella tedesca, che: «Meritevole di approfondimento (...) è il problema se la dichiarazione di incostituzionalità possa valere come motivo di opposizione all'esecuzione della sentenza civile di condanna» (così, espressamente, R. Caponi, *Giudicato civile e diritto costituzionale*, cit., 2830, nota 31).

(44) Si veda, in particolare, l'art. 648, comma 1°, c.p.p., a norma del quale: «Sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione»; in termini analoghi, era peraltro già formulato l'art. 576, comma 2°, c.p.p. 1930, vigente al momento della stesura della l. n. 87/1953. Sul tema, v. F. Callari, *La* firmitas *del giudicato penale. Essenza e limiti*, Milano 2009, 107 ss.; S. Ruggeri, *Giudicato penale*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano 2010, 433 ss., spec. 435; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano 2012, 133 ss.; F. Cordero, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano 2012, 1199 s.; M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, 8ª ed., Milano 2019, 843.

(45) Come è noto, al riguardo l'art. 324 c.p.c. stabilisce che «S'intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta» ai mezzi di impugnazione ordinari: a questo proposito, fra le molte possibili indicazioni, v. S. Menchini, *Il giudicato civile*, 2ª ed., Torino 2002, 24 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

temente propria anche della sentenza civile non passata in giudicato (46). Se questa costruzione può certamente dirsi coerente sul piano della teoria generale del processo, si deve tuttavia osservare che la nozione di irrevocabilità può e deve essere ricavata, ai nostri fini, dalle disposizioni di legge.

A questo proposito, un appiglio normativo risolutivo è offerto dall'art. 2, comma 2-*ter*, l. n. 89/2001, il quale stabilisce che il termine di ragionevole durata del processo si considera nel complesso rispettato «se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni». Qui il riferimento all'irrevocabilità della sentenza vale ovviamente tanto per il processo penale quanto per il processo civile ed allude chiaramente al passaggio in giudicato per esaurimento dei mezzi ordinari di impugnazione (47).

Si può allora concepire in modo più ampio la nozione di «sentenza irrevocabile di condanna» contenuta nell'art. 30, comma 4°, della legge n. 87/1953, includendovi sia il giudicato penale che quello civile. Conclusione, questa, che appare peraltro inevitabile qualora, come pare probabile nel prossimo futuro, si ritenga di estendere la regola del travolgimento del giudicato incostituzionale all'ipotesi di comminazione di sanzioni amministrative di carattere punitivo, nella sostanza equivalenti a sanzioni penali (48). Siccome tali condanne possono essere pronunciate anche dal giudi-

---

(46) In tal senso, v. in particolare C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2ª ed., Torino 2010, I, 39; L. Piccininni, *L'eccezione di giudicato nel processo civile*, Napoli 2016, 226 ss., spec. 243. Per la distinzione dei due concetti, v. inoltre A. Chizzini, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994, 29 ss., 89 ss.; Id., *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino 1998, 286 ss., il quale osserva che «la esistenza di una sentenza quale atto nel corso del medesimo procedimento è minacciata su due fronti, dalla possibilità di revoca da parte dello stesso giudice che l'ha emanata o dall'annullamento da parte del giudice superiore. Proprio a garanzia della stabilità del provvedimento si pongono, nel divenire del processo, la irrevocabilità da un lato, e la cosa giudicata dall'altro».

(47) In modo conforme, v. P. Lai, *La Consulta bacchetta il legislatore del 2012: al processo Pinto non si applicano le soglie stabilite per i giudizi ordinari*, in *Studium iuris* 2016, 1301 s., il quale parla conseguentemente di «provvedimento irrevocabile» per riferirsi anche alla sentenza civile passata in giudicato. Nello stesso senso, v. A. Genovese, *Contributo allo studio del danno da irragionevole durata del processo*, Milano 2012, 68 ss., spec. 84 s.

(48) In passato, questo risultato è stato per la verità negato da Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 43, in *Foro it.* 2017, I, 3251 ss., che ha appunto rigettato la questione di incostituzionalità dell'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953, nella parte in cui non prevede la sua applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa a carattere punitivo; tuttavia, la già ricordata Corte cost. 16 aprile 2021, n. 68, cit. (della quale si è già dato conto *supra*, nota 15), ha in parte ribaltato la situazione, sia pure senza stabilire ancora un principio generale come quello a cui si allude nel testo: in particolare, quest'ultima decisione ha esteso la regola della cessazione dell'esecuzione del giudicato

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ce civile in sede di opposizione alle sanzioni amministrative (49), ne esce confermata l'idea che la sentenza irrevocabile di condanna possa anche coincidere con un giudicato civile.

8. – La soluzione raggiunta può essere sostenuta, in modo apparentemente più ortodosso, anche alla luce della teoria dei rapporti esauriti, la cui individuazione è rimessa dagli interpreti all'esegesi della legge ordinaria (50). Si afferma comunemente che l'efficacia delle decisioni di accoglimento opera in relazione ai rapporti «pendenti», che siano ancora «giustiziabili», ossia «suscettibili di fornire materia per un giudizio» (51); eppure, a me sembra che il rapporto giuridico fra le parti non possa dirsi effettivamente esaurito quando, pur essendo stato regolato da una sentenza passata in giudicato, tale decisione non sia stata spontaneamente adempiuta o coattivamente eseguita.

Anche per tale ragione, non pare dunque accettabile consentire alla parte vincitrice di avvalersi, ai fini dell'esecuzione, di un giudicato incostituzionale. Se si ammettesse questa aberrante facoltà, si continuerebbe ad applicare, sia pure in via indiretta, la norma ormai dichiarata incostituzionale. È vero che in passato, con riguardo agli effetti delle sentenze di accoglimento sui rapporti pendenti in grado di impugnazione, si era cercato di distinguere fra applicazione diretta e applicazione indiretta della norma incostituzionale, al fine di privare di rilievo questa seconda fattispecie (52).

---

incostituzionale ad una particolare sanzione amministrativa punitiva (la revoca della patente di guida), pronunciata dal giudice penale. Per un tentativo di generalizzare il nuovo orientamento, v. però N. Canzian, *Anche per le sanzioni amministrative «punitive», se incostituzionali, cade il limite del giudicato*, in *Studium iuris* 2021, 1041 ss., spec. 1048 s., per il quale: «Non sembra (...) più possibile ritenere tollerabile l'esecuzione di una sanzione afflittiva quando sia sopravvenuta l'incostituzionalità della norma in base alla quale è stata irrogata».

(49) In tal caso, si è in presenza «di un processo civile davanti al giudice ordinario, che ha però un oggetto del tutto eccezionale, ossia l'accertamento di una responsabilità *lato sensu* penale del privato»: per questo rilievo, mi permetto di rinviare a M. Gradi, *Il diritto al silenzio nel procedimento amministrativo sanzionatorio e nel relativo giudizio di opposizione*, in *Giur. cost.* 2021, 1061 ss., spec. 1068.

(50) Questa è, in particolare, la posizione di G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, cit., 635, il quale osserva che «il problema della delimitazione dei rapporti esauriti, e quindi della portata retroattiva delle decisioni di annullamento della Corte, non è di diritto costituzionale. La sua risoluzione dipende dai limiti – mobili in una certa misura (...) – che la legislazione ordinaria prevede in ordine alla possibilità di discussione e definizione giudiziale di determinati rapporti»; in modo conforme, R. Pinardi, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 24 s.; G. Matucci, *Giudicato civile e declaratoria di incostituzionalità*, cit., 393.

(51) V., per tutti, A. Pace, *Problemi ancora aperti del sindacato di costituzionalità delle leggi*, in *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino 2016, 454.

(52) Su questo *distinguo*, che era stato adottato dalla Cassazione penale al fine di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ma a me pare che questi tecnicismi non si addicano all'amministrazione della giustizia: insomma, nemmeno l'applicazione indiretta di una legge incostituzionale può essere tollerata. E sicuramente tale è la fattispecie in cui si utilizzi un giudicato civile incostituzionale per avviare un'azione esecutiva: se vi si desse corso, la norma ormai dichiarata incostituzionale troverebbe così, sia pure solo indirettamente, ancora applicazione.

In conclusione, il soccombente può con ragione opporsi all'esecuzione di un giudicato civile incostituzionale; tuttavia, allo stato della legislazione vigente, non gli è possibile ottenere la ripetizione dell'indebito, una volta che il debito «incostituzionale» sia stato adempiuto spontaneamente o coattivamente, perché in quel caso il rapporto dovrà considerarsi ormai definitivamente esaurito.

9. – L'esecuzione della sentenza civile può essere intesa in modo strettamente letterale, ossia come mero accesso alla procedura esecutiva regolata dal terzo libro del codice di rito, ma può anche essere concepita – in senso più lato o se vogliamo improprio – come qualunque attività di adeguamento alla pronuncia giudiziale (53). In questa prospettiva, sorge allora naturale chiedersi, facendo un ulteriore passo in avanti, se il giudicato civile incostituzionale perda la sua efficacia anche ai fini della formu-

---

limitare la retroattività declaratoria di incostituzionalità della legge processuale ai processi pendenti nel grado di appello o in cassazione, v. le critiche di B. Capponi, R. Tiscini, *Introduzione al diritto processuale civile*, 3ª ed., cit., 228 s., i quali osservano che l'art. 30, comma 3°, l. n. 87/1953 parla di «applicazione», senza distinguere fra quella diretta o quella indiretta. In senso critico rispetto a tale orientamento giurisprudenziale, v. anche V. Vigoriti, *A proposito di un contrasto fra Cassazione civile e Cassazione penale sull'efficacia delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1966, 701 ss.

(53) In tal senso, v. in particolare F. Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano 1979, 59 ss., spec. 83 s., il quale include nel concetto più lato di esecuzione della sentenza anche l'annotazione in pubblici registri, la trascrizione e la divulgazione della sentenza; in senso conforme, v. già l'opinione di F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, I, Padova 1929, 8 ss., il quale include nel concetto di «esecuzione impropria» «tutte le forme di attività statale dirette a tradurre nella realtà il comando del giudice»; Id., *Trascrizione ed esecuzione della sentenza*, in questa *Rivista* 1948, II, 177, il quale osserva: «Esecuzione (*ex-secutio*), dal latino *sequi*, esprime (...) un'idea di sequela: l'esecuzione è *qualcosa che viene dopo*; così piuttosto che verso l'adempiere siamo orientati verso il proseguire, a cui la particella *ex* aggiunge l'idea di un seguito, che esaurisce l'*opus*; pertanto l'esecuzione si risolve in un *completamento*; l'*opus* è ormai cominciato, ma per finirlo occorrono altri atti, che non solo seguono ma completano quelli già compiuti». V. anche F. Mazzarella, *Esecuzione forzata (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, 448 ss., che ravvisa nel «concetto generale di esecuzione» tutto ciò che segue al momento determinativo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lazione di una *exceptio rei judicatae* in un successivo processo relativo ad una situazione giuridica dipendente.

La risposta ad un tale quesito deve – a mio avviso – essere positiva, perché anche l'invocazione di un precedente giudicato al fine di ottenere una seconda decisione coerente con la prima, pur non essendo ovviamente un'esecuzione in senso stretto, è in qualche modo una forma di adeguamento al giudicato anteriore e, quindi, un'esecuzione in senso lato della precedente decisione (54).

Ne consegue che, qualora si faccia valere un giudicato civile incostituzionale nell'ambito di una controversia relativa ad una causa dipendente, l'efficacia positivo-conformativa di tale sentenza non può essere riconosciuta: anche questa forma di esecuzione *lato sensu* deve insomma cessare ai sensi dell'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953. Del resto, anche in questo caso, il rapporto giuridico fra le parti non può dirsi ancora completamente esaurito.

10. – L'interpretazione evolutiva dell'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953, qui proposta per la prima volta, è sicuramente compatibile con la lettera della disposizione speciale, ancorché ciò richieda un indubbio ribaltamento di prospettiva; si giustifica inoltre anche alla luce della teoria dei rapporti esauriti, sia pure allargandone *in parte qua* l'ambito di applicazione.

A mio avviso, siffatta interpretazione rappresenta il «minimo costituzionale» di tutela delle parti contro il giudicato civile incostituzionale: la sentenza di accoglimento della Corte costituzionale non consente di rimettere in discussione l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, né tantomeno di ripetere il giudizio, ma impedisce che a tale sentenza possa essere attribuita efficacia esecutiva o che la stessa possa essere posta a fondamento di una successiva decisione in relazione a situazioni giuridiche dipendenti.

Questa mi sembra in verità l'unica possibile esegesi dell'attuale testo dell'art. 30, comma 4°, compatibile con la polisemia del dettato normativo e al tempo stesso effettivamente conforme alla Costituzione: mi pare infatti davvero intollerabile che lo Stato possa imporre, avvalendosi dell'attività

(54) Vale la pena di ricordare che, anche secondo G. Impagnatiello, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, I, Milano 2010, 235 ss., spec. 339 ss., gli effetti dichiarativi, costitutivi o condannatori della sentenza possono essere «sussunti nella categoria dell'efficacia *lato sensu* esecutiva»: questo rilievo è svolto dall'autore al fine di affrontare il problema degli effetti extraprocessuali della sentenza non ancora passata in giudicato, ma – mutato ciò che si deve – vale a maggior ragione per le decisioni che hanno l'autorità della cosa giudicata.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dei propri organi, l'esecuzione di una sentenza passata in giudicato ma fondata su una norma ormai dichiarata incostituzionale.

Si legittimerebbe, in questo modo, una ulteriore compromissione dei valori costituzionali, anche dopo che la Consulta abbia ormai riconosciuto l'illegittimità della legge su cui si è basata la sentenza passata in giudicato. Un conto è lasciare le cose come stanno, senza riaprire il processo dopo che l'obbligo sia stato adempiuto, un altro è invece dare ulteriore seguito al giudicato incostituzionale. In quest'ultima prospettiva si consentirebbe all'autorità giudiziaria di dare esecuzione ad una sentenza con la consapevolezza della sua contrarietà ai principi costituzionali, con risultati evidentemente contrari al canone della ragionevolezza; e a me onestamente stupisce che gli interpreti non abbiamo avvertito la profonda ingiustizia di questa ipotesi.

Questa grave forma di ingiustizia deve insomma essere evitata, ma a tal fine non è strettamente necessario imboccare la strada della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953 (55). Essendo infatti possibile attribuire una pluralità di significati a tale disposizione, nel senso ormai chiarito, è invero più che sufficiente ricorrere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma suddetta.

11. – La questione di incostituzionalità ha invece ragione di porsi con riguardo al divieto di riapertura del processo, tramite un'impugnazione straordinaria nei confronti del giudicato incostituzionale: un tale dubbio è stato sollevato nel caso, del tutto simile a quello in esame, di conflitto fra la sentenza passata in giudicato e la sentenza pronunciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia ravvisato nel giudicato nazionale una violazione dei diritti umani tutelati a livello della Convenzione.

Come è noto, al riguardo si è giunti a due conclusioni differenti nella materia penale e in quella civile: nel primo caso, infatti, è stata riconosciuta l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede il

---

(55) Come è invece avvenuto per la cessazione degli effetti amministrativi punitivi del giudicato penale incostituzionale, in forza della recentissima Corte cost. 16 aprile 2021, n. 68, cit. (della quale si è dato conto *supra*, nota 15), non a caso redatta da Franco Modugno nella sua qualità di giudice costituzionale. La soluzione era in quel contesto l'unica percorribile, a fronte del corto circuito creato dalla Cassazione penale, per la quale l'art. 30, comma 4°, l. n. 87/1953 si applicherebbe alle sanzioni «sostanzialmente penali», ma la sanzione della revoca della patente di guida (oggetto del caso di specie) non potrebbe essere qualificata in tal senso: sul punto, v. gli acuti rilievi di N. Canzian, *Anche per le sanzioni amministrative «punitive», se incostituzionali, cade il limite del giudicato*, cit., 1046, ove anche gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

diritto alla revisione del giudicato penale di condanna in contrasto con la sentenza della Corte di Strasburgo (56); diversamente, l'analoga questione è stata rigettata nell'ambito del processo civile, così come in quello amministrativo, con conseguente esclusione della revocazione straordinaria del giudicato ai sensi dell'art. 395 c.p.c., anche se alla parte è comunque consentito di ottenere il risarcimento per equivalente in conseguenza della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (57).

Ne è emerso un sistema asimmetrico, non pienamente effettivo nel contesto del processo civile, che era stato oggetto di differenti valutazioni degli interpreti. Sta di fatto che oggi la legge delega di riforma del processo civile preannuncia l'imminente introduzione di un nuovo motivo di revocazione della sentenza civile passata in giudicato il cui contenuto sia dichiarato della Corte europea dei diritti dell'uomo in contrasto con i diritti fondamentali, prevedendo inoltre un apparato di garanzie per i terzi che non abbiano partecipato al giudizio dinnanzi alla Corte di Strasburgo (58).

---

(56) Tale decisione è stata assunta con Corte cost. 7 aprile 2011, n. 113, pubblicata, fra l'altro, in *Giur. cost.* 2011, 1523 ss., con note di G. Repetto, *Corte costituzionale e Cedu al tempo dei conflitti sistemici*; S. Lonati, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*; e G. Ubertis, *La revisione successiva condanne della Corte di Strasburgo*; in *Dir. pen. e processo* 2011, 833 ss., con nota di L. Parlato, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale «getta il cuore oltre l'ostacolo»*; in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2011, 1155 ss., con nota di P. Rivello, *La Corte costituzionale interviene sull'istituto della revisione al fine di garantire l'obbligo di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*; e in *Giur.it.* 2012, 29 ss., con nota di A. Cerruti, *Considerazioni in margine alla sent. n. 113/2011: esiste una «necessità di integrazione» tra ordinamento interno e sistema convenzionale?*

(57) Con riguardo al giudicato civile, v. Corte cost. 27 aprile 2018, n. 93, in *Foro it.* 2018, I, 2291 ss., con nota di E. D'Alessandro, *Violazione della Cedu e revocazione del giudicato civile:* nihil novi sub sole; in *Nuova giur. civ. comm.* 2018, I, 1395 ss., con nota di A. Pasqualetto, *Violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, giudicato civile e interesse superiore del minore*; e in *Giur. cost.* 2018, 1489 ss., con nota di M. Branca, *L'esecuzione della sentenza Cedu e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 93 del 2018*; in precedenza, con riguardo al processo amministrativo, Corte cost. 26 maggio 2017, n. 123, in *Foro it.* 2017, I, 2180 ss., con nota di E. D'Alessandro, *Il giudicato amministrativo (e quello civile) per ora non cedono all'impatto con la Corte europea dei diritti dell'uomo*; in *Giur. cost.* 2017, 1246 ss., con nota di A. Travi, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*; e in *Dir. proc. amm.* 2018, 642 ss., con note di A. Police, *Giudicato amministrativo e sentenze di corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*; e I. Rossetti, *Stabilità giuridica contro revocazione: la Corte costituzionale chiude la partita*.

(58) Per ampie considerazioni sul nuovo istituto, v. E. D'Alessandro, *Revocazione della sentenza civile e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 223 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Non pare allora ragionevole mantenere una disparità di trattamento fra questa ipotesi e quella del contrasto fra il giudicato civile e la sentenza di accoglimento pronunciata dalla nostra Corte costituzionale, in ragione dell'evidente similarità delle due ipotesi: in entrambi i casi, si è infatti dinnanzi ad una violazione di diritti fondamentali; e non si comprenderebbe perché in un caso sia ammessa la riapertura del processo, mentre nell'altro sia vietata (59). Credo insomma che i tempi siano maturi per una ulteriore riforma del codice di procedura civile, che estenda il nuovo motivo straordinario di revocazione anche nei confronti delle sentenze civili passate in giudicato che si siano fondate su una legge successivamente dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale. Nell'eventuale inerzia del legislatore, non escluderei peraltro che la Corte costituzionale possa e debba, questa volta per violazione dell'art. 3 Cost., riequilibrare il sistema con una sentenza additiva.

(59) Come aveva osservato, sia pure soltanto dubitativamente, S. Recchioni, Infirmitas *del giudicato domestico per violazione della disciplina dei diritti umani*, in *Studium iuris* 2016, 538 ss.: «se (...) la disciplina convenzionale rileva nel nostro ordinamento (...) perché dubitare della *firmitas* del giudicato domestico solo nel caso di violazione di norme convenzionali e non anche di quelle della Costituzione?».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ALESSANDRO NASCOSI
Professore associato nell'Università di Ferrara

LE MISURE COERCITIVE INDIRETTE RIVISITATE DALLA RIFORMA DEL 2022

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le nuove modalità operative dell'art. 614 *bis* c.p.c. – 3. Il definitivo ingresso dell'art. 614 *bis* c.p.c. nel contesto della crisi familiare. – 4. Le questioni lasciate insolute dal legislatore.

1. – Con il dichiarato intento di allineare la giustizia civile italiana agli *standard* di efficienza e competitività degli altri Paesi dell'Ue in ordine alla durata dei processi, la l. delega 26 novembre 2021, n. 206 (ed il correlativo d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 di attuazione) promulgata sul finire anticipato della XVIII legislatura, oltre a rivisitare interi istituti del processo civile, incide anche sull'art. 614 *bis* c.p.c. al fine di favorirne una più ampia diffusione (1). Nonostante la forte attenzione tributata dalla dottrina, la quale ha posto in risalto le potenzialità della misura coercitiva indiretta volta a premere sulla volontà del debitore verso l'adempimento personale, nella prassi operativa non ha trovato uguale corrispondenza l'interesse del ceto forense e della magistratura per l'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. quale misura accessoria ai provvedimenti di condanna (2).

---

(1) Il legislatore italiano, pur ispirandosi in senso lato al modello francese, ha costruito una propria figura di misura coercitiva che presenta autonome caratteristiche rispetto all'*astreinte* d'oltralpe (di antica origine giurisprudenziale e solo negli anni a venire recepita a livello normativo) che si riparte in *astreinte provisoire* e *astreinte définitive*, può essere comminata da ogni giudice anche d'ufficio e trova sostanziale applicazione per qualunque tipologia di obbligazione (ivi incluse le vertenze di lavoro e le obbligazioni pecuniarie). Per ulteriori ragguagli sulla misura coercitiva francese si rinvia a: M. Donnier-J.B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Parigi 2017, p. 144 ss.; Fossier, *Les astreintes*, in *Droit et pratique des voies d'exécution*, diretto da Guinchard-Moussa, Dalloz 2015/2016, p. 393 ss.; Guerchoun, voce *Astreinte*, in *Dalloz, Répertoire proc. civ., Juris-Classeur. proc. civ.* 2012; Leborgne, *Droit de l'exécution*, Parigi 2014, p. 341 ss.; Lauba, *Le contentieux de l'execution*, Parigi 2017, p. 687 ss.; Piédelièvre, *Procédures civiles d'exécution*, Parigi 2016, p. 374 ss.; Hoonakker, *Procédures civiles d'exécution*, Bruxelles 2016, p. 116 ss.; Chabas-Deis Beauquesne, voce *Astreinte*, in *Dalloz, Répertoire proc. civ., JurisClasseur. proc. civ.*; Miniato, *Procédures civiles d'exécution*, Paris 2017, p. 15 ss.

(2) La giurisprudenza formatasi, a differenza della dottrina, non ha manifestato parti-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Senza ripercorrere in questa sede ogni profilo dell'assetto strutturale della misura coercitiva codicistica (varata nel 2009 ed a cui ha fatto seguito un ampliamento della sfera di operatività nell'estate del 2015) sulla quale si è formata una vasta letteratura giuridica a cui è opportuno rinviare (3), il presente scritto mira a concentrare l'attenzione sugli aspetti di nuovo conio innestati nel corpo dell'art. 614 *bis* c.p.c. da parte della l. delega che andranno a *regime* per i processi civili radicati dal 30 giugno 2023 (v. art. 35, d.lgs. n. 149 del 2022).

Preliminarmente, pare opportuno segnalare che l'intervento legislativo sull'art. 614 *bis* c.p.c. recepisce in buona misura i suggerimenti avanzati dagli interpreti che, fin dalla prima versione del dettato normativo, avevano evidenziato alcune lacune nel recitativo del testo di legge (su cui v. *infra*); in particolare, è certamente da accogliere con favore il nuovo art. 473-*bis*.39 c.p.c. in ordine possibilità di applicare (in quest'ambito anche d'ufficio) l'art. 614 *bis* c.p.c. in materia familiare risolvendo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul potenziale concorso tra l'art. 709 *ter* c.p.c. e la misura coercitiva indiretta contemplata dall'art. 614 *bis* c.p.c.

---

colare attenzione per l'istituto in esame, concentrando principalmente le proprie decisioni in materia cautelare (in particolare sulla tutela d'urgenza): Trib. Grosseto, 23 aprile 2020, in *www.dejure.it*; Trib. Roma, 7 aprile 2017, ivi; Trib. Bari 16 luglio 2016, in *Giur. it*. 2017, p. 839; Trib. Genova, 28 ottobre 2015, in *Foro it.* 2016, I, c. 1053. In arg. v. le articolate considerazioni di Capponi, *Perché in Italia l'*astreinte *non si ama*, in *www.giustiziainsieme*, 20 aprile 2021.

(3) Tra i numerosi contributi, senza pretesa di completezza si rinvia a: Chizzini, sub *art. 614*-bis, in *La Riforma della giustizia civile*, *Commento alle disposizioni della legge sul processo civile, n. 69/09*, a cura di Balena-Caponi-Chizzini-Menchini, Torino 2009, p. 138 ss.; Consolo-Godio, sub *art. 614*-bis, in *Codice di procedura civile*, *Commentario Ipsoa*, II, diretto da Consolo, Milano 2018, p. 1332 ss.; Vullo, *sub art. 614* bis, in *Codice dell'esecuzione forzata*, Milano 2018, p. 923; Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, p. 204; Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano 2019, p. 246 ss.; Chiarloni, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614*-bis *c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it*. 2014, p. 732; Bove, *La misura coercitiva di cui all'art. 614*-bis *c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, p. 785; Carratta, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare*, in *Rass. for*. 2009, p. 724; Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.* V, 2010, c. 257 ss.; Id, *Note personali e no a margine dell'art. 614* bis *c.p.c.*, in *Rass. esec. forz*. 2019, p. 3 ss.; Mazzamuto, *La coercizione indiretta*, in *Eur. dir. priv.* 2021, p. 465 ss.; Tedoldi, *L'esecuzione forzata*, Pisa 2020, p. 330 ss.; Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.* 2009, V, c. 320; Frassinetti, *L'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare e l'esecuzione indiretta*, in *Diritto processuale civile*, III, a cura di Dittrich, Torino 2019, p. 4037 ss.; Giabardo, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile*, Torino 2022. Sulle proposte di modifica dell'art. 614 *bis* c.p.c. v. Canella, *Proposte in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, p. 1037 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Oltre a ciò, giova sottolineare che la riforma ha inteso circoscrivere l'elevato potere discrezionale del magistrato sia nella concessione della misura, che in relazione alla determinazione del suo ammontare. In questa prospettiva, se la novella sembra aver colto nel segno con l'aggiunta di un termine iniziale e di uno finale per contrassegnarne l'efficacia, nonché con l'inserimento di un ulteriore criterio per la quantificazione dell'importo della misura (v. *infra*), il legislatore del 2021, tuttavia, ha lasciato inalterato il tratto della non manifesta iniquità della misura che, stante la formulazione vaga e non calibrata su un parametro di riferimento, rischia di costituire un serio ostacolo all'operatività dello strumento coercitivo, attribuendo in capo al giudice un potere a forti tinte discrezionali che richiede una valutazione da cogliersi caso per caso attraverso un contemperamento dell'interesse del creditore all'adempimento ed il sacrificio imposto al debitore.

Ciò nonostante, l'apprezzabile riscrittura dell'art. 614 *bis* c.p.c. non ha affrontato alcune questioni che probabilmente avrebbero incentivato da un punto di vista operativo, una più capillare diffusione della misura coercitiva, ossia la possibilità per il giudice di disporla d'ufficio a livello generale, nonché l'estensione della misura coercitiva alle controversie di lavoro che ancora una volta sono state escluse dal legislatore delegato dal raggio d'azione dello strumento compulsorio.

2. – Venendo ad esaminare più da vicino le singole novità apportate dal d.lgs. n. 149 del 2022 (v. art. 3, comma 44), nel novellato art. 614 *bis* c.p.c. si prevede espressamente che il giudice, oltre a stabilire l'importo della misura ed il periodo di riferimento commisurato ai giorni di ritardo nell'adempimento o all'inosservanza dell'obbligazione (per es. 100 €/ giorno), sia tenuto a fissare un termine dilatorio a decorrere dal quale inizieranno a prodursi gli effetti della misura coercitiva (4). L'inserimento di un disposto legislativo di questo tenore appare indubbiamente opportuno, dal momento che nella prassi operativa soltanto un limitato numero di decisioni aveva previsto un termine di decorrenza degli effetti della misura,

(4) Prima della novella di fine 2021, l'art. 614 *bis* c.p.c. non faceva menzione di un termine iniziale e finale per l'efficacia della misura (critiche su tale omissione erano state sollevate nei decenni scorsi da Tarzia, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1981, p. 808, il quale sottolineava che la predeterminazione della sanzione veniva ad assicurare il fondamentale diritto di difesa del debitore senza che questo incidesse sull'efficacia della pressione psicologica esercitata sull'obbligato. Nella disciplina dell'*astreinte* francese, la fissazione di un termine iniziale è un tratto già affermatosi da tempo ed è oggi regolamento dall'art. R. 131-1, al. 1, *c.p.c.e.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

accordando pertanto al debitore uno spazio temporale per adempiere volontariamente (5). In virtù della modifica legislativa, il giudice sarà quindi tenuto alla fissazione di un congruo numero di giorni successivi alla conoscenza legale del provvedimento (facendoli decorrere dalla comunicazione o dalla notifica del provvedimento) per consentire l'adempimento dell'onerato, in modo che egli potrà dare volontaria attuazione alla decisione giudiziale di condanna senza incorrere immediatamente nella sanzione civile pecuniaria.

Oltre al termine iniziale di decorrenza degli effetti della misura, il giudice potrà limitarne temporalmente il periodo di efficacia tramite la fissazione di un termine finale, evitando così che il creditore possa trarre profitto dalla mancata esecuzione del provvedimento giudiziale, ovvero che l'esecuzione possa essere volontariamente ritardata al solo scopo di percepire un indebito vantaggio economico dalla comminatoria del mezzo coercitivo (6). Il nuovo testo dell'art. 614 *bis* c.p.c. stabilisce che il giudice determini la fissazione del termine finale di efficacia della misura «tenendo conto della finalità della stessa e di ogni circostanza utile», espressioni che verosimilmente possono tradursi nel vagliare l'interesse del creditore a conseguire l'adempimento dell'obbligazione, nonché il bilanciamento delle posizioni patrimoniali delle parti coinvolte e del contegno processuale del debitore. Nell'ipotesi in cui la richiesta della misura coercitiva sia indirizzata al giudice dell'esecuzione (v. *infra*), i due termini iniziale (7) e finale dovranno essere precisati da tale organo giurisdizionale, il quale accoglierà (o rigetterà) l'istanza nel pieno contraddittorio delle parti.

---

(5) Trib. Roma, sez. imprese, 7 aprile 2017, in *www.onelegale.it*, che fa decorrere l'efficacia della misura dalla comunicazione del provvedimento; diversamente Trib. Palermo, 29 marzo 2014, ivi, propende per far decorrere il termine iniziale di efficacia della misura coercitiva dalla notifica del provvedimento condannatorio (in posizione analoga v. anche G.d.P. Campobasso, 30 luglio 2021, ivi).

(6) Come indicato nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 149 del 2022 attuativo della l. delega n. 206 del 2021, la soglia di un tetto massimo di durata è prevista soltanto per le obbligazioni di fare (si pensi, a titolo esemplificativo, all'ordine di demolizione di un immobile edificato in violazione dei divieti legali) la cui durata non può essere permanente poiché l'obbligo si esaurisce attraverso il compimento della prestazione con la conseguenza che risulta opportuno fissare un tetto massimo onde evitare che l'importo assuma contorni sproporzionati rispetto all'obbligazione da adempiere; diversamente la soglia di durata dello strumento di coercizione non sembra avere rilievo per gli obblighi di non fare (per esempio non produrre beni nocivi per il consumatore) poiché la misura coercitiva diviene efficace verificatosi l'inadempimento da parte dell'obbligato.

(7) Anche in tal caso il giudice provvederà a fissare la decorrenza degli effetti della misura coercitiva concedendo al debitore un congruo numero di giorni posteriori alla data di comunicazione o di notifica del provvedimento per consentirgli l'adempimento volontario.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Un'ulteriore importante novità che accoglie in pieno le osservazioni mosse dalla dottrina (8) fin dall'entrata in vigore dell'art. 614 *bis* c.p.c. attiene alla possibilità di rivolgere la richiesta di applicazione della misura al giudice dell'esecuzione, qualora la relativa domanda non sia stata avanzata in sede di giudizio di cognizione. Allineandosi al consolidato modello francese (ove il giudice dell'esecuzione può associare un'*astreinte* ad un provvedimento emesso da un altro giudice allorquando le circostanze ne rendano opportuna l'applicazione: art. L 131-1 *c.p.c.e.*), il legislatore delegato attribuisce ora all'organo giurisdizionale esecutivo il potere di arricchire con una misura coercitiva un provvedimento condannatorio reso dal giudice della cognizione, o come vedremo tra breve, anche un titolo esecutivo diverso da un provvedimento di condanna (9).

Il giudice dell'esecuzione si aggiunge così, in forza di una competenza concorrente da determinarsi territorialmente sulla base dei criteri ordinari (10), all'autorità giudiziaria che ha pronunciato *in prime cure* il provvedimento condannatorio. Tale integrazione legislativa è indubbiamente meritevole di approvazione, in quanto è proprio nel momento dell'avvio della procedura esecutiva che possono manifestarsi le maggiori difficoltà e le forti resistenze del debitore all'adempimento personale. Appare allora confacente alle esigenze del caso concreto, indirizzare l'istanza di tutela coercitiva direttamente al giudice dell'esecuzione, essendo l'autorità giurisdizionale più prossima al procedimento esecutivo che il creditore sta per intraprendere. In buona sostanza, attraverso la riforma del 2021 al creditore è concessa l'opzione di rivolgersi, in prima battuta, al giudice della cognizione che ha definito il processo con un provvedimento di condanna o, in alternativa ed in un momento successivo, al giudice dell'esecuzione che è ora investito di un autonomo potere estrinsecantesi nella facoltà di abbinare una misura coercitiva ad una pronuncia condannatoria emessa dal giudice del merito. La concessione della misura coercitiva, quindi, non è più confinata al giudizio di cognizione e può divenire appannaggio anche

---

(8) Zucconi Galli Fonseca, *op. cit.*, p. 206; Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, p. 357; Tommaseo, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614* bis *c.p.c.*, in questa *Rivista* 2014, p. 279; Nascosi, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e Francia*, Napoli 2019, p. 280.

(9) Sull'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di pronunciare una misura coercitiva v. Costantino, *L'esecuzione forzata*, *La riforma della giustizia civile*, a cura di Costantino, Bari 2022, p. 362 ss.

(10) Troverà pertanto applicazione l'art. 26 c.p.c., il cui ultimo comma individua la competenza territoriale che coincide con l'organo giurisdizionale del luogo in cui l'obbligo deve essere adempiuto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del giudice dell'esecuzione che certamente può meglio ponderare l'opportunità di adottare il rimedio coercitivo una volta riscontrato l'inadempimento dell'obbligato (11).

Per conseguire la pronuncia della misura coercitiva da parte del giudice dell'esecuzione (il quale, in difetto di una previsione normativa non potrà pronunciare d'ufficio la misura), il d.lgs. n. 149 del 2022 prevede un sub-procedimento a mente dell'art. 612 c.p.c. in quanto compatibile, che detta la disciplina per l'attuazione coattiva degli obblighi di fare; ne consegue che per mettere in moto la procedura finalizzata ad ottenere la pronuncia della misura coercitiva, il creditore dovrà depositare un ricorso al giudice dell'esecuzione competente, il quale dopo aver disposto l'audi-

---

(11) L'aver attribuito al giudice dell'esecuzione il potere di comminare una misura coercitiva solleva alcune osservazioni, in quanto tale organo, nella sua fisionomia originaria, è deputato ad attuare coattivamente le situazioni sostanziali consacrate in un titolo esecutivo. La possibilità di irrogare una misura coercitiva da parte del giudice dell'esecuzione, si traduce in buona misura nel conferire all'autorità giurisdizionale esecutiva un potere di carattere cognitivo, assottigliando così la linea di demarcazione tra cognizione ed esecuzione. Oltre a ciò, la pronuncia della misura ad opera del giudice dell'esecuzione farebbe pensare ad un mutamento della natura dello strumento coercitivo che, da misura accessoria alla condanna, sembrerebbe assumere le vesti di un vero e proprio diritto soggettivo, con l'immediata conseguenza che la domanda indirizzata al giudice dell'esecuzione volta ad ottenere la pronuncia della misura, trova alla propria base un autonomo diritto di credito (all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 614 *bis* c.p.c., parte della dottrina aveva configurato la somma di denaro derivante dalla misura coercitiva come un autonomo diritto di credito e ciò, verosimilmente, per sostenere che la domanda finalizzata ad ottenere la misura coercitiva dovesse essere vincolata alle ordinarie preclusioni processuali: Zucconi Galli Fonseca, *op. cit.*, pp. 205-206; Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari 2019, p. 183; Pagni, *La «riforma» del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.* 2009, p. 1318; in questa direzione v. di recente Metafora, *Le misure coercitive indirette tra diritto vigente e futuri interventi riformatori*, in *giustiziacivile.com* 2022, p. 5). Nonostante la possibilità di proporre l'istanza al giudice dell'esecuzione, credo che la misura coercitiva conservi la qualità di capo accessorio della condanna principale (su cui v. E. Silvestri, *Riforma e processo esecutivo*, in *Il processo civile riformato*, diretto da Taruffo, Bologna 2010, p. 507; Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino 2020, p. 41; Recchioni, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari* ex *art. 614* bis *c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, p. 1484; Tommaseo, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614*-bis *c.p.c.*, cit., p. 279; Basilico, *La tutela civile preventiva*, Milano 2013, p. 220, nota 117; Tedioli, *Osservazioni critiche all'art. 614* bis *cod. proc. civ.*, in *La nuova giur. civ. comm.* 2013, II, p. 72; anche l'*astreinte* francese, assume le sembianze di un capo di condanna accessorio, la cui pronuncia è già da molto tempo attribuita anche al giudice dell'esecuzione: v. Guinchard-Ferrand-Chainais-Mayer, *Procédure civile*, Paris, 2021, p. 377; Fossier, *Les astreintes*, in *Droit et pratique des voies d'exécution*, diretto da Guinchard-Moussa, Paris, 2015/2016, p. 393 essendo intimamente connessa all'obbligazione principale a tutela della quale è stata predisposta. La possibilità per l'organo giurisdizionale (anche di esecuzione) di pronunciare una misura coercitiva segue di pari passo il potere di condanna, dal momento che il rimedio di coercizione indiretta rappresenta uno sviluppo logico della condanna principale, volto a vincere la resistenza del debitore.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione delle parti in apposita udienza, concederà la misura coercitiva (oppure rigetterà l'istanza, ovvero potrà rimodulare l'importo della misura per una somma inferiore a quello domandato) (12) impiegando i medesimi criteri prescritti nell'art. 614 *bis* c.p.c., ossia la non manifesta iniquità in ordine alla concessione della misura, nonché gli indici elastici prescritti dalla norma (valore della controversia, natura della prestazione, danno verificato o prevedibile, ogni altra circostanza, a cui si aggiunge il nuovo parametro del vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento, v. *infra*) per determinare l'ammontare della misura.

Persistendo quindi l'inadempimento dell'obbligato successivamente alla notifica del precetto, il creditore potrà richiedere l'applicazione della misura compulsoria per indurre il debitore a compiere volontariamente la prestazione dovuta, evitando così l'imminente inizio dell'esecuzione forzata ed un contestuale aggravamento della propria posizione patrimoniale a seguito dell'applicazione della sanzione civile coercitiva.

Ma la nuova funzione del giudice dell'esecuzione spicca altresì per il fatto che il creditore potrà chiedere direttamente all'organo giurisdizionale esecutivo l'applicazione della misura coercitiva allorquando il titolo esecutivo sia diverso dal provvedimento di condanna (13). Viene quindi alla luce l'innovativa possibilità di collegare la misura coercitiva ai titoli esecutivi di formazione stragiudiziale, quali per esempio l'atto pubblico, il verbale di conciliazione giudiziale (sul quale si registravano non poche perplessità sull'inserimento di un rimedio coercitivo all'interno del verbale) (14) ed i

---

(12) L'ordinanza che accoglie o rigetta la domanda diretta ad ottenere la misura di coercizione è suscettibile di essere opposta ai sensi dell'art. 617 c.p.c. (in arg. v. Cass., 1 febbraio 2000, n. 1071, in *www.dejure.it*).

(13) Il titolo esecutivo di natura stragiudiziale per beneficiare dell'applicazione della misura coercitiva deve avere per oggetto esclusivamente obbligazioni diverse da quelle pecuniarie. Infatti, per scelta legislativa, ribadita dalla novella del 2021, le obbligazioni aventi come contenuto il versamento di una somma di denaro rimangono escluse dall'art. 614 *bis* c.p.c.; ne discende che la scrittura privata autenticata avente per oggetto obbligazioni pecuniarie, continua ad essere estromessa dal campo di operatività dell'art. 614 *bis* c.p.c.

(14) Con una estrema dose di sinteticità, risulta piuttosto partecipata la tesi secondo cui, attraverso la valorizzazione del carattere negoziale del verbale di conciliazione giudiziale, questo non possa accomunarsi ad una pronuncia di condanna (che attribuisce il torto e la ragione alle parti coinvolte), con la conseguenza che al suo interno non potrà trovare spazio la misura coercitiva ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c.: Zucconi Galli Fonseca, *op. cit.*, p. 202; Consolo-Godio, *op. cit.*, p. 1338; Carratta, *op. cit.*, p. 727; Mandrioli-Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino 2009, p. 97; Luiso, *op. cit.*, pp. 250; Chizzini, *op. cit.*, p. 146; Costantino, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.* 2014, p. 742; Pagni, *op. cit.*, p. 1316; Basilico, *op. cit.*, p. 220, nota 117. Sul versante opposto si esprime un altro orientamento dottrinale che ritiene ammissibile inserire nel verbale di conciliazione giudi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

verbali di mediazione e di negoziazione assistita dagli avvocati, nonché il lodo arbitrale (15). La soluzione offerta dal legislatore mi sembra degna di attenzione nell'ottica di valorizzare maggiormente la tutela del creditore, il quale potrà rivolgersi al giudice dell'esecuzione (una volta notificato il precetto e persistendo l'inadempimento dell'obbligato) per arricchire il proprio titolo esecutivo di carattere stragiudiziale attraverso la pronuncia di un provvedimento limitato alla sola concessione della misura coercitiva indiretta (16). La l. delega ed il d.lgs. n. 149 del 2022 hanno dunque il pregio di

---

ziale una clausola contenente una misura coercitiva purché frutto di un'intesa tra le parti ratificata successivamente dal giudice: Bove, *op. cit.*, p. 785; E. Silvestri, *op. cit.*, p. 505; Vullo, sub *art. 614* bis, cit., p. 929; Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova 2019, p. 1803. Peraltro già l'art. 11, comma 3°, d.lgs. n. 28 del 2010 (disposizione confermata dalla novella del 2021, ma trasfusa nel comma 7 del medesimo art. 11) prevede la possibilità di introdurre nel verbale di mediazione il versamento di una somma di denaro per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'adempimento delle obbligazioni assunte: Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *www.judicium*, p. 22; Vincre, *Le* astreintes *a seguito della riforma del 2015*, in *www.scuolamagistratura.it*, p. 4 (tuttavia, parte della dottrina, configura tale pattuizione come una clausola penale da inquadrare negli artt. 1382 ss. c.c., la quale, pertanto, viene ad assumere una funzione risarcitoria e non sanzionatoria come invece è tipico delle misure coercitive: Capponi, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/conciliazione*, in *www.judicium.it*, p. 6 ss.; Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Torino 2011, p. 264).

(15) In termini estremamente riassuntivi, secondo una prima ipotesi interpretativa, il lodo che definisce un arbitrato rituale può racchiudere in sé una misura coercitiva e ciò in forza dell'assimilazione del lodo alla sentenza di condanna (v. art. 824 *bis* c.p.c.): Zucconi Galli Fonseca, *op. cit.*, p. 202; Miccolis, sub *art. 614* bis, in *Nuove leggi civ. comm.* 2010, p. 1053; Sassani, *Possono gli arbitri pronunciare l'*astreinte*?* in *www.judicium.it*, § 5, 7; Carratta, *op. cit.*, p. 727; Recchioni, *op. cit.*, p. 1488. Differente posizione è stata assunta da un'altra corrente dottrinale, secondo la quale gli arbitri, in quanto giudici privati, non sono muniti di un potere d'imperio diretto all'adozione della misura coercitiva e tanto meno beneficiano di poteri esecutivi, in quanto il lodo per acquisire il carattere di titolo esecutivo necessita dell'*exequatur*: Luiso, *op. cit.*, p. 251; Chiarloni, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614*-bis, cit., p. 736; Tedioli, *op. cit.*, p. 71; Mondini, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano 2014, p. 133; Lombardi*, Il nuovo art. 614*-bis *c.p.c.: un mezzo di coercizione indiretta degli obblighi di fare infungibile o non fare*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di Didone, Milano 2014, p. 1084. Ora, alla luce della novella del 2021 (che peraltro attribuisce agli arbitri il potere di emanare misure cautelari, v. il nuovo testo dell'art. 818 c.p.c.), la circostanza che il lodo rituale sia munito di una misura coercitiva non sembra essere più in discussione; infatti, o si consente direttamente agli arbitri di associare al lodo una misura coercitiva nel momento stesso della pronuncia della decisione arbitrale (così come già ampiamente avvalorato da una linea di pensiero dottrinale sulla base dell'equiparazione del lodo rituale alla sentenza di condanna), ovvero, una volta pronunciato il lodo, il creditore vittorioso potrà ricorrere al giudice dell'esecuzione per corredarlo con una misura coercitiva. Le medesime affermazioni non sembrano invece valere per il lodo irrituale, assumendo questi un valore meramente negoziale; in tale ipotesi, verificatosi l'inadempimento dell'obbligazione, l'unica strada percorribile per il creditore, qualora desideri conseguire lo strumento di coercizione, sarà quella di ricorrere al giudice della cognizione.

(16) Il giudice dell'esecuzione adito dalla parte sulla richiesta di applicare la misura

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

risolvere positivamente l'annosa questione che aveva suscitato ampi dibattiti in dottrina in ordine all'adozione dello strumento coercitivo nel verbale di conciliazione e nel lodo arbitrale. Con la novella del 2021 si viene quindi a superare la disparità di trattamento (già evidenziata dalla letteratura (17)) tra i creditori muniti di un provvedimento di condanna (unici titolari secondo la precedente e rigida versione dell'art. 614 *bis* c.p.c. a beneficiare della misura coercitiva) e i detentori di un titolo esecutivo di formazione stragiudiziale, rendendo così maggiormente effettiva la tutela giurisdizionale con un rimedio coercitivo che mira ad incentivare il debitore all'adempimento volontario evitando un lungo e dispendioso giudizio esecutivo.

Per quanto concerne i criteri impiegati dal giudice per determinare l'ammontare della misura coercitiva, il legislatore delegato ha lasciato invariati i pregressi (ed elastici) indici di riferimento (18), ai quali si è aggiunto il «vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento». In pratica si è ritenuto opportuno inserire questo parametro in forza del quale il giudice, nel computo del *quantum*, dovrà considerare che la misura coercitiva mira a provocare una pressione psicologica sull'obbligato (al fine di esortarlo ad adempiere) attraverso la comminatoria di una sanzione pecuniaria civile che comporta un maggiore sacrificio patrimoniale rispetto al vantaggio che il debitore riuscirebbe a conseguire nell'ipotesi in cui perdurasse l'inadempimento. Ne discende che per assicurare la maggiore effettività della misura, al giudice (della cognizione o dell'esecuzione) spetterà tracciare un punto di equilibrio tra l'esigenza del creditore che aspira ad ottenere in tempi brevi il compimento della prestazione e la figura del debitore recalcitrante che dovrà essere indotto, tramite l'impiego della misura, ad ottemperare all'obbligazione. Per tali ragioni l'organo giurisdizionale dovrà considerare, nel

---

coercitiva ad un titolo esecutivo stragiudiziale, conformemente all'art. 612 c.p.c. richiamato con la clausola di compatibilità dal nuovo art. 614 *bis* c.p.c., dovrà convocare le parti in udienza e, appurata la non manifesta iniquità, provvederà con ordinanza ad irrogare la misura coercitiva oppure a rigettare la domanda del creditore.

(17) Se vuoi v. Nascosi, *op. cit.*, p. 112, nota 19.

(18) Come noto il legislatore ha accordato al giudice un'ampia discrezionalità non soltanto nella concessione della misura (che non deve risultare manifestamente iniqua per il debitore), ma anche nella sua quantificazione (ossia attraverso la fissazione dell'importo della penalità commisurato ai giorni di ritardo nell'adempimento o nell'inosservanza dell'obbligo) mediante una valutazione da effettuarsi in virtù della specificità della situazione di fatto e sulla base di alcuni criteri di riferimento cui parametrare la sanzione pecuniaria (valore della controversia, danno quantificato o prevedibile, natura della prestazione, ogni altra circostanza utile). Per ulteriori ragguagli sui parametri appena menzionati v. Bove, *op. cit.*, p. 788; Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in questa *Rivista* 2009, p. 1558; Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 42 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

calcolo del *quantum*, che una misura coercitiva il cui importo ecceda in modo sproporzionato le condizioni economiche in cui versa il debitore, si rivelerà probabilmente inefficace in quanto l'obbligato difficilmente si farà intimidire dalla misura non essendo, in ogni caso, nella posizione patrimoniale per coprirla; al contempo lo strumento di coercizione potrebbe apparire di scarsa utilità qualora il debitore risulti essere abbiente, disponendo pertanto di mezzi sufficienti per soddisfarne l'ammontare pur incorrendo nel ritardo ad adempiere la prestazione.

A conclusione di questo paragrafo, giova sottolineare un ulteriore aspetto sul quale il legislatore è intervenuto attraverso il d.lgs. n. 149 del 2022 (v. art. 3, commi 8, 15), ossia la possibilità di comminare una misura coercitiva per l'attuazione di alcuni provvedimenti istruttori (19). Tale circostanza è contemplata negli artt. 118 e 210 c.p.c., i quali, pur non richiamando espressamente l'art. 614 *bis* c.p.c., prevedono l'irrogazione di una (elevata) pena pecuniaria nei confronti della parte che non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine giudiziale di ispezione e di esibizione (in quest'ultimo caso la condanna pecuniaria può essere indirizzata anche al terzo verso cui si dirige l'ordine del giudice) (20). Il legislatore, pertanto, ha allargato il campo di azione delle misure coercitive per agevolare l'osservanza delle ordinanze istruttorie, dalla cui mancata ottemperanza discende ora l'irrogazione di una sanzione civile pecuniaria. In buona sostanza, la misura coercitiva in questo frangente, assume un importante risvolto pratico, consentendo di superare le resistenze opposte dalla parte tenuta ad uniformarsi alla richiesta istruttoria del giudice (21).

---

(19) Il legislatore ha invero raccolto il suggerimento che attenta dottrina aveva indicato a tutela dell'effettività dell'ordine di esibizione: in arg. v. Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano 2003, p. 212 ss.

(20) La previsione di una misura coercitiva per ottemperare all'ordine di esibizione è prevista anche nel vicino ordinamento francese, ove già da molto tempo trova spazio l'*astreinte* applicata ai provvedimenti istruttori (v. artt. 134, 136, 139 *c.p.c.*).

(21) L'ultimo aspetto del quale la riforma del 2021 non si è occupata (anche se mi sembra una questione più marginale a fronte delle altre fattispecie non prese in considerazione dal legislatore, v. § 4) riguarda i rapporti tra obbligazioni pecuniarie e misura coercitiva. Generalmente l'esclusione dell'art. 614 *bis* c.p.c. dalle obbligazioni aventi natura pecuniaria si giustifica, da un canto, in virtù del fatto che tali obbligazioni trovano una propria tutela mediante l'avvio della procedura di espropriazione forzata, dall'altro poiché si vuole evitare un aggravio della situazione patrimoniale del debitore già tenuto a corrispondere gli interessi moratori (De Stefano, *I procedimenti esecutivi*, Milano 2016, p. 306; Mazzamuto, *L'*astreinte *all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614*-bis *c.p.c.*, in *Europa e dir. priv.* 2016, p. 42 ss.). Ad ogni buon conto, in un prossimo futuro non vedrei particolari ostacoli nell'applicare la misura coercitiva anche alle obbligazioni pecuniarie (esattamente come avviene in Francia su impulso della giurisprudenza: Cass. com., 7 luglio 2009, n. 08-15.835, in *Bull. civ.*, IV, n. 106; Cass. soc., 29 maggio 1990, in *RTD civ.* 1991, p.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. – Merita un discorso a parte il ramo delle controversie familiari, ove la l. delega ed il successivo d.lgs. n. 149 del 2022 hanno risolto in modo affermativo l'annoso dibattito sull'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. all'interno di tali peculiari vertenze. Come noto, la discussione ha preso le mosse oltre un decennio fa, poiché accanto all'art. 709 *ter* c.p.c. introdotto con la l. 54 del 2006 (22)) si è innestato tre anni dopo l'art. 614 *bis* c.p.c., norma che seppur non coniata per l'esecuzione indiretta dei provvedimenti familiari, ha fin dalla sua entrata in vigore destato interesse per la sua potenziale applicazione agli obblighi infungibili familiari che per essere attuati necessitano della fattiva collaborazione dell'altro genitore (si pensi alla consegna del minore, al rispetto delle disposizioni sul diritto di frequentazione) (23).

534; Cass. com., 3 dicembre 1985, in *Bull. civ.*, V, n. 745), non sussistendo preclusioni nell'affiancare la misura coercitiva all'esecuzione diretta in concorso tra loro (attenta dottrina aveva già paventato, in maniera credo condivisibile, la possibilità di un concorso tra esecuzione diretta ed indiretta sulla considerazione che la misura coercitiva costituisce un rimedio cumulativo e non alternativo rispetto all'esecuzione forzata diretta: Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano 1980, p. 15; E. Silvestri-Taruffo, voce *Esecuzione forzata, III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma 1989, p. 2).

(22) All'interno dell'art. 709 *ter* c.p.c. trova spazio un apparato progressivo di misure coercitive finalizzate a favorire il rispetto dei provvedimenti adottati nel corso di una crisi familiare mediante la tecnica dell'induzione all'adempimento dell'obbligato, stante le difficoltà di fornire una pronta attuazione dei diritti sensibili attraverso le tradizionali forme dell'esecuzione forzata. È infatti ben nota l'inadeguatezza dei modelli esecutivi per la tutela delle posizioni non patrimoniali che coinvolgono genitori e minore, in virtù del fatto che tali situazioni – per il cui soddisfacimento è richiesta la collaborazione dell'obbligato – non possono rimanere disattese per lungo tempo con il rischio che il titolare subisca un pregiudizio irreparabile dalla loro mancata attuazione. In arg. v. le osservazioni di Carpi, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, p. 110 ss.; Danovi, *L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento e alla consegna dei minori, tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Dir. fam.* 2002, p. 531 ss.; Graziosi, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in *Diritto processuale di famiglia*, a cura di Graziosi, Torino 2016, p. 229 ss.; Cecchella, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna 2018, p. 223 ss.; Ronco, *L'art. 614-bis c.p.c. e le controversie in materia di famiglia*, in *Giur. it.* 2014, p. 761 ss.

(23) Sul nuovo disposto dell'art. 709 *ter* c.p.c. destinato ad essere sostituito dal 30 giugno 2023 dall'art. 473-*bis*.39 c.p.c. v. Ficcarelli, *Il programma di riforma della giustizia familiare e la tutela esecutiva dei diritti personali: la modifica dell'art. 709*-ter *c.p.c.*, in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, a cura di Tiscini-Luiso, Pisa 2022, p. 811 ss.; Marino, *Nuove regole per l'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori*, in *Fam. dir.* 2022, p. 400 ss.; Donzelli, *L'attuazione delle misure*, in *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie: Legge 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di Cecchella, Torino 2022, p. 220 ss.; Carapezza Figlia, *Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614*-bis *e 709*-ter *c.p.c. nella riforma del processo della famiglia*, in *Dir. fam.* 2022, p. 632 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ebbene, sulla possibile convivenza delle suddette norme in materia familiare, hanno preso forma due opposte linee di pensiero. In un primo momento, infatti si era affacciata la convinzione che non fosse fattibile alcun cumulo in virtù del fatto che l'art. 614 *bis* c.p.c. poteva trovare applicazione soltanto se non si rinveniva un'altra forma di esecuzione indiretta dettata dal legislatore per alcune materie, nonché sul principio per cui *lex posterior generalis non derogat priori specialis* (24). Un secondo orientamento, divenuto poi prevalente, ammette invece il concorso (seppure, con diverse sfumature, in forma alternativa) tra le due norme in virtù del differente momento temporale in cui vengono pronunciate le misure coercitive (25); nello specifico, l'art. 614 *bis* c.p.c. svolge una funzione preventiva essendo comminato dal giudice della cognizione nel momento della pronuncia del provvedimento di condanna, quindi in un periodo temporale anteriore rispetto alla lesione del diritto; al contrario, le misure di cui all'art. 709 *ter*, comma 2°, c.p.c. assumono un valore repressivo poiché, pur essendo sempre disposte dal giudice del merito, vengono irrogate allorquando l'inottemperanza delle norme sull'affidamento e sulla responsabilità genitoriale si è già perpetrata. A consolidare tale indirizzo, nel 2013 è apparso sulla scena l'art. 337 *ter* c.c. che ha attribuito al giudice del merito il potere di dettare le modalità attuative dei provvedimenti in materia di famiglia (attraverso la tecnica di origine giurisprudenziale del-

---

(24) Chizzini, *op. cit.*, p. 165; Bove, *op. cit.*, p. 782; Chiarloni, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614* bis *c.p.c.*, in *www.treccani.it*, nota 8; Merlin, *op. cit.*, p. 1557; Vincre, *op. cit.*, p. 3; Tommaseo, *L'adempimento dei poteri parentali e le misure a tutela dell'affidamento*, in *Fam. dir.* 2010, p. 1063; Delle Donne, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614* bis *c.p.c. e 114, comma 4, lett. e), Codice del processo amministrativ*o, in Capponi (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano 2011, p. 125.

(25) Graziosi, *L'esecuzione forzata,* cit., pp. 247-248; Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, Milano 2015, p. 660; Ronco, *op. cit.*, p. 761; Ficcarelli, *L'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori: l'esperienza italiana e francese a confronto*, in *Fam. dir*. 2016, p. 103; Cecchella, *op. cit.*, p. 249 ss.; Amadei, *op. cit.*, p. 348; Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori* ex *art. 709* ter *c.p.c.*, Torino 2018, p. 134 ss.; C. Silvestri, *Strumenti di esecuzione indiretta: artt. 709* ter *e 614* bis *c.p.c.*, in *Trattato della separazione e divorzio, II, La normativa processuale*, a cura di M.A. Lupoi, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 464 ss.; Tedioli, *op. cit.*, pp. 71-72; Sul punto anche la prevalente giurisprudenza di merito si è espressa in questa direzione: Trib. Milano 2 maggio 2019 n. 4202, in *Dir. fam*. 2020, p. 176; Trib. Roma, 16 dicembre 2016, in *www.dejure.it*; Trib. Roma, 10 maggio 2013, in *Giur. mer.* 2013, p. 2100; Trib. Firenze, ord, 11 novembre 2011, in *Danno e resp.* 2012, p. 781, con nota di Amram, *Cumulo dei provvedimenti* ex *art. 709*-ter *e 614*-bis *c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali*; Trib. Salerno, 22 dicembre 2009, in *Fam. e dir.* 2010, p. 924, con nota di Vullo, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni* ex *art. 709* ter *e concorso con le misure attuativa del fare infungibile* ex *art. 614* bis. Tuttavia in senso contrario si è espressa recentemente Trib. Mantova, 12 luglio 2018, in *www.dejure.it*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'esecuzione in via breve) con la conseguenza che a tale organo è conferito implicitamente anche il potere di fare applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. nell'ottica di una maggior tutela degli obblighi familiari di natura infungibile. Tuttavia, in questo percorso che ha certamente agevolato la via dell'esecuzione indiretta anche in materia di famiglia, si è fatto breccia recentemente un orientamento della Cassazione che, invertendo la rotta maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza, ha riletto il diritto-dovere di visita del genitore come fattispecie non coercibile, escludendo pertanto l'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. in caso di inosservanza del diritto di frequentazione (26).

Orbene, con l'approvazione della l. delega (e del d.lgs. n. 149 del 2022), il fervente confronto dottrinale sul cumulo dei due rimedi coercitivi contemplati dall'art. 709 *ter* c.p.c. e dall'art. 614 *bis* c.p.c. può dirsi ormai sopito. Più precisamente, l'art. 1, comma 33, l. delega, con decorrenza per i procedimenti radicati dal 22 giugno 2022, ha modificato il n. 3) dell'art. 709 *ter*, comma 2, c.p.c. inserendovi al proprio interno l'art. 614 *bis* c.p.c. (27). In tale rinnovato assetto (seppur destinato ad avere un'esigua durata, ossia fino all'integrale revisione dell'art. 709 *ter* c.p.c.), il giudice che rilevi una grave inadempienza in tema di affidamento del minore o di esercizio della responsabilità genitoriale, potrà disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori in favore dell'altro e contestualmente fissare, ad integrazione, una somma giornaliera gravante sull'obbligato per ogni giorno di inosservanza del provvedimento. Nel periodo di vigenza annuale del n. 3) dell'art. 709 *ter* c.p.c. ci si può chiedere se l'emanazione di una misura coercitiva a norma dell'art. 614 *bis* c.p.c. possa essere disposta anche d'ufficio e, ulteriormente, se l'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. possa trovare spazio anche per integrare le altre misure di cui ai nn. 1), 2) e 4) dell'art. 709 *ter* c.p.c. In relazione al primo aspetto, una stretta interpretazione del tenore letterale della nuova previsione dovrebbe portare a ritenere necessaria l'istanza di parte per l'applicazione della

---

(26) Cass., 6 marzo 2020, n. 6471, in *Fam. dir*. 2020, p. 332 ss., la quale ha interpretato il diritto visita spettante al genitore non collocatario, non più come diritto-dovere, ma come potere-funzione, lasciandolo alla libera autodeterminazione del genitore coinvolto, senza che possa essere suscettibile di coercizione indiretta né a norma dell'art. 709 *ter* c.p.c. né ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c. Si è uniformato alla suddetta decisione di legittimità anche: App. Milano, 21 aprile 2021, n. 1274, in *www.dejure.it.*

(27) L'attuale n. 3) dell'art. 709 *ter* c.p.c. così recita: «Disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro anche individuando la somma giornaliera dovuta per ciascun giorno di violazione o di inosservanza dei provvedimenti assunti dal giudice. Il provvedimento del giudice costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza ai sensi dell'articolo 614-*bis*».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

misura coercitiva generale; ciò nonostante, tenendo conto che la riforma del 2021 accentua, in ambito familiare, i poteri attribuiti al giudice in ordine alla tutela dell'interesse del minore, potrebbe sostenersi che la misura possa essere disposta direttamente dal giudice, anche a prescindere dalla richiesta di parte. In ordine al secondo aspetto, si pongono i medesimi problemi dell'estensione dell'art. 614 *bis* c.p.c. in abbinamento alle altre misure coercitive, dal momento che l'attuale formulazione dell'art. 709 *ter*, n. 3) c.p.c. contempla soltanto il risarcimento dei danni in capo ad un genitore nei confronti dell'altro; orbene, un'interpretazione così restrittiva, non soltanto genera una disparità di trattamento con le altre ipotesi di cui ai nn. 1), 2), 4) accomunate dalla medesima *ratio* di tutela dell'interesse del minore, ma verrebbe a divergere con il disposto dell'art. 473-*bis*.39 (destinato ad entrare in vigore il 30 giugno 2023), il quale prevede di affiancare l'art. 614 *bis* c.p.c. a tutte le altre ipotesi ivi contemplate.

Ora, la modifica del n. 3 dell'art. 709 *ter* c.p.c. rappresenta un primo importante passaggio che anticipa l'integrale revisione dell'art. 709 *ter* c.p.c., la cui sostituzione con il nuovo art. 473.*bis*.39 c.p.c., è prevista per i giudizi instaurati dopo il 30 giugno 2023 (28). La portata dell'art. 473.*bis*.39 c.p.c. è senz'altro apprezzabile poiché ammette esplicitamente la coesistenza dell'art. 614 *bis* c.p.c. con le altre sanzioni mutuate dalla versione originaria dell'art. 709 *ter* c.p.c. quali strumenti di esecuzione processuale indiretta indirizzati ad assicurare una collaborazione del genitore verso l'adempimento volontario del provvedimento a tutela dell'interesse della prole.

Dal nuovo disposto dell'art. 473-*bis*.39 c.p.c. sembra poi emergere che l'impiego delle misure di cui agli artt. 709 *ter* e 614 *bis* c.p.c. non sia da

---

(28) Il nuovo art. 473-*bis*.39 (Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni) così statuisce: «In caso di gravi inadempienze, anche di natura economica, o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice può d'ufficio modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

a) ammonire il genitore inadempiente;

b) individuare ai sensi dell'articolo 614-*bis* la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento;

c) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

Nei casi di cui al primo comma, il giudice può inoltre condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o, anche d'ufficio, del minore.

I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

intendersi soltanto in forma alternativa (come evidenziato dalla dottrina maggioritaria formatasi prima della novella 2021, v. nota 25), ma anche in via cumulativa (v. la dizione «anche congiuntamente» utilizzata dal legislatore nel nuovo dettato normativo) con la conseguenza che il giudice potrà applicare la misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. al provvedimento di condanna (del genitore) emesso a definizione del giudizio di merito (senza che ciò precluda successivamente all'organo giurisdizionale di dare corso alle sanzioni *ex* art. 473-*bis*.39 c.p.c.) ed altresì la medesima norma a vocazione generale potrà essere accostata al nuovo art. 473-*bis*.39 c.p.c. una volta riscontrato l'inadempimento di un dovere familiare; ne discende che la coesistenza delle due misure coercitive realizza indubbiamente l'obiettivo di rafforzare l'effettività della tutela degli interessi del minore, evitando l'ulteriore reiterazione della violazione degli obblighi familiari (29). In vista quindi di un congiunto impiego delle due misure, il giudice, ai fini della loro quantificazione, dovrà calare nell'ambito familiare i parametri indicati nel novellato art. 614 *bis* c.p.c., tenendo a mente la gravità dell'inosservanza del dovere genitoriale, il vantaggio conseguito dall'obbligato a seguito dell'inadempimento, le condizioni patrimoniali dei genitori. La soluzione del cumulo tra le due misure coercitive non sembra poi violare il principio di proporzionalità delle sanzioni, poiché il giudice, nel momento in cui provvede a vagliare l'eventuale applicazione dei rimedi coercitivi, può sempre avvalersi della clausola di manifesta iniquità contemplata dall'art. 614 *bis* c.p.c. onde evitare che le sanzioni pecuniarie risultino sproporzionate rispetto all'esigenza di assicurare l'effettività della tutela del minore.

Ferma pertanto la possibilità dell'utilizzo in forma congiunta delle due misure coercitive, il legislatore mediante l'inserimento del nuovo art. 473-*bis*.39 c.p.c. sembra poi aver ritenuto che il risarcimento danni a carico del genitore inadempiente, non costituisce più una misura coercitiva in senso stretto, ma assolve tradizionalmente ad una funzione riparatoria del pregiudizio subito dall'altro genitore e/o dal minore a seguito dell'inosservanza dei doveri familiari. Come noto, la previsione del risarcimento danni inserita nei nn. 2), 3) dell'originaria versione dell'art. 709 *ter* c.p.c. aveva destato negli anni scorsi ampi dibattiti sulla natura dello strumento risar-

(29) In questa direzione v. Carapezza Figlia, *op. cit.*, p. 638; in termini differenti si esprimevano invece Donzelli, *op. cit.*, p. 221 ss. e Marino, *op. cit.*, p. 412 ss., i quali, nei loro contributi editi dopo l'approvazione della l. delega n. 206 del 2021, auspicavano un raccordo tra la misura dell'art. 614 *bis* c.p.c. e il nuovo art. 473-*bis*.39 c.p.c., in vista di una possibile applicazione alternativa dei due rimedi coercitivi.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

citorio che hanno portato dottrina e giurisprudenza ad oscillare tra due distinti orientamenti (30). Ebbene, la nuova disposizione contenuta nell'art. 473-*bis*.39 c.p.c., non solo distingue l'istituto risarcitorio dalle lettere a), b), c) in cui sono indicate le misure coercitive, ma l'utilizzo della frase «(...) il giudice può inoltre condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni (...)», porta a propendere per una funzione compensativa-reintegratoria (e non sanzionatoria) del rimedio risarcitorio che si realizza attraverso la corresponsione di una somma di denaro volta a riparare le conseguenze negative del danno arrecato. La possibilità di integrare le sanzioni coercitive col risarcimento dei danni (patrimoniali e non patrimoniali in favore dell'altro genitore o del minore, prevendendo in quest'ultimo caso la condanna anche *ex officio*) mira pertanto a ristorare il pregiudizio sofferto dall'avente diritto nelle ipotesi di violazione dei doveri genitoriali; mi pare quindi di poter confermare che in tali circostanze vi sia da dubitare che possa parlarsi di una misura coercitiva nel senso tradizionale del termine, dovendosi piuttosto configurare la condanna risarcitoria come strumento avente natura sostanzialmente reintegratoria del pregiudizio subito da un genitore e dal minore.

Di sicuro rilievo, nella prospettiva del rafforzamento della protezione del figlio minore, è poi aver conferito al giudice (almeno nel peculiare settore della famiglia) il potere di pronunciare d'ufficio le misure coercitive ivi contemplate, e quindi anche la misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., la quale, per ogni altro procedimento civile, è tuttora appannaggio della richiesta di parte (31). Inoltre mi pare che dal tenore letterale del nuovo

---

(30) Riconoscevano natura punitiva e sanzionatoria al risarcimento danni: Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., p. 640; Carratta, sub *art. 709* ter, in *Le recenti riforme del processo civile. Commentario*, diretto da Chiarloni, II, Bologna 2007, p. 1566; C. Silvestri, *Strumenti di esecuzione indiretta: artt. 709* ter *e 614* bis *c.p.c.*, in *Trattato della separazione e divorzio. La normativa processuale*, a cura di Lupoi, Santarcangelo di Romagna 2015, p. 457; Zingales, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709*-ter *c.p.c.*, in *Dir. fam*. 2009, p. 417 ss.; in giurisprudenza v. Cass. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Foro it*. 2017, I, c. 1730; Trib. Venezia 18 maggio 2018, ivi, 2018, I, c. 2178; Trib. Messina 8 ottobre 2012, in *Danno e resp.* 2013, p. 409 ss. Trib. Padova 3 ottobre 2008, in *Fam. dir.* 2009, p. 609; Trib. Napoli 30 aprile 2008, ivi, 2008, p. 1024; diversamente si mostravano inclini ad attribuire natura riparatoria al risarcimento danni: Tommaseo, *L'adempimento dei doveri parentali*, cit., p. 1066; Vullo, sub *art. 709* ter, in *Codice di procedura civile, Commentario*, diretto da Consolo, Milano 2018, IV, p. 672 ss.; Frezza, *Appunti e spunti sull'art. 709* ter *c.p.c.*, in *Giust. civ.* 2009, p. 29; in giurisprudenza v. Trib. Varese 7 maggio 2010, in *Fam. pers. succ.* 2010, p. 472; Trib. Salerno 22 dicembre 2009, in *Fam. dir.* 2010, p. 924; Trib. Pavia, 23 ottobre 2009, ivi, 2010, p. 149.

(31) Sulla pronuncia *ex officio* del provvedimento coercitivo a norma dell'art. 614 *bis* c.p.c. si erano già pronunciati affermativamente: Trib. Milano, 7 gennaio 2018, in *www.dirittoegiustizia.it*; Trib. Roma 23 dicembre 2017, in *Resp. civ. prev*. 2018, p. 582. Parte della

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

art. 473-*bis*.39 c.p.c. si possa cogliere la prerogativa di applicare l'art. 614 *bis* c.p.c. anche per le obbligazioni pecuniarie, dal momento che l'art. 473-*bis*.39 c.p.c. prevede espressamente che «in caso di gravi inadempienze, anche di natura economica (...)», il giudice possa applicare le misure di cui ai nn. 1), 2), 3). Da tali osservazioni sembra dunque che il legislatore abbia utilizzato il settore del diritto di famiglia come una sorta di banco di prova per verificarne l'applicazione a livello pratico in vista di un'estensione generalizzata a tutti i vincoli obbligatori di natura pecuniaria.

Orbene, fermo l'impiego dell'art. 614 *bis* c.p.c. in caso di inadempienze e violazioni in tema di attuazione dei provvedimenti familiari, credo sia opportuno ritenere, conformemente a quanto già evidenziato da alcuni interpreti (32), che l'applicazione della misura di coercizione indiretta possa essere richiesta da uno dei genitori (e credo anche essere disposta su iniziativa del giudice trattandosi di materia che coinvolge i minori e, come tale, svincolata dal rigoroso principio della domanda) già nel corso del giudizio scioglimento del nucleo familiare (penso per esempio ai giudizi contenziosi di separazione, divorzio e di regolazione dell'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio) con l'obiettivo di assicurare, in via preventiva, il rispetto delle statuizioni sull'affidamento della prole e sull'esercizio della responsabilità genitoriale (33). Ragionando in tal modo, si giungerebbe a consolidare la funzione deterrente dell'art. 614 *bis* c.p.c., il cui duplice ruolo (dapprima) general-preventivo e (successivamente) sanzionatorio in caso di inosservanza o ritardi nell'attuazione dei provvedimenti familiari, verrebbe certamente ad incentivare la cooperazione del genitore nella direzione del naturale adempimento (34).

---

dottrina aveva già sostenuto che la concessione dell'art. 614 *bis* c.p.c. potesse essere ordinata d'ufficio nell'ambito dei giudizi familiari, in quanto in questa materia le statuizioni relative all'affidamento ed al mantenimento dei figli minori sono sottratte al principio della domanda (artt. 337 *ter* c.c. e 6, comma 9°, l. div.): Graziosi, *L'esecuzione forzata*, cit., pp. 247-248.

(32) Nascosi, *op. cit*., pp. 195-196; Metafora, *op. cit.*, p. 6.

(33) Nella prospettiva di rendere effettiva la tutela giurisdizionale offerta dall'art. 614 *bis* c.p.c., non vedrei ostacoli nell'includere la misura coercitiva, in forza di una richiesta formulata congiuntamente dai genitori, anche nei procedimenti in materia di famiglia su base consensuale, quindi a titolo esemplificativo, in sede di separazione consensuale o divorzio su domanda congiunta.

(34) Dal punto di vista processuale l'irrogazione della sanzione civile pecuniaria di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. ad opera del giudice adito per definire il giudizio di crisi familiare, dovrà seguire le medesime regole dettate dalla summenzionata norma, tra le quali spiccano, la fissazione di un termine dilatorio ed un termine massimo di efficacia della misura, i criteri per determinarne il *quantum* e, al contempo, il vaglio sulla non manifesta iniquità ai fini della concessione della misura. Occorre poi tenere a mente che la misura coercitiva potrà essere pronunciata per i giudizi incardinati dopo il 30 giugno 2023 anche dal giudice

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. – Per chiudere queste note a prima lettura del rinnovato art. 614 *bis* c.p.c., non ci si può esimere dal concentrare lo sguardo su alcune questioni che non hanno trovato spazio nella l. delega e nel d.lgs. n. 149 del 2022, nonostante gli interpreti abbiano avuto cura di segnalarne la rilevanza in più occasioni.

In prima battuta rimangono al di fuori del contesto della novella del 2021 le controversie di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c. (35), già poste all'esterno del perimetro di operatività dell'art. 614 *bis* c.p.c. fin dalla sua originaria versione. Probabilmente l'ottica dell'estromissione di tali vertenze mira a salvaguardare i datori di lavoro (onde evitare l'applicazione di ulteriori gravose sanzioni pecuniarie che rischiano di pregiudicare la prosecuzione dell'attività imprenditoriale) nei cui confronti è stato pronunciato un provvedimento di condanna; parimenti, non è da trascurarsi il fatto che la deroga per le suddette controversie tuteli il lavoratore ogniqualvolta si rifiuti giustificatamente di svolgere una prestazione infungibile qualora vengano in gioco la propria dignità o le libertà costituzionalmente garantite (36). Orbene, proprio la mancata applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. alle controversie di lavoro per espressa previsione normativa, ha sollevato aspre critiche da parte della dottrina che ha correttamente sottolineato come nei rapporti di lavoro convivano obblighi fungibili accanto ad obblighi infungibili che richiedono la collaborazione del datore di lavoro per assicurare l'esatto adempimento della prestazione del lavoratore (37). L'op-

---

dell'esecuzione, la cui competenza sembra potersi individuare nel luogo ove deve essere adempiuto l'obbligo che, in materia di famiglia, corrisponde al luogo di residenza abituale del minore (si pensi per esempio all'obbligo di consegna del minore).

(35) Invero, la relazione redatta dalla Commissione presieduta dal Prof. Luiso aveva opportunamente previsto che le misure di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. trovassero cittadinanza anche per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. Stante l'esclusione delle vertenze laburistiche dalla sfera di azione delle misure coercitive, rimane altresì esclusa la possibilità di applicare una tale clausola nei verbali di conciliazione di cui all'art. 411 c.p.c.

(36) Sassani-Tiscini, *Prime osservazioni sulla Legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *www.judicium.it*, § 22.

(37) Luiso, *op. cit.*, p. 253; Carratta, *op. cit.*, pp. 733-734; Proto Pisani, *op. cit.*, c. 265; Taruffo, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.* 2014, p. 749; Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614* bis *c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.* 2010, p. 652 ss.; e di recente contro l'irragionevole esclusione dell'art. 614 *bis* c.p.c. dalle vertenze di lavoro v. Tedoldi, *Misure urgenti e delega in materia di esecuzione forzata (legge 206 del 2021), parte II*, in *www.giustiziainsieme.it*. In arg. v. anche le peculiari considerazioni di Chizzini, *op. cit.*, p. 174 e di Miccolis, *op. cit.*, p. 1052, che sottolineano come l'esclusione della misura dell'art. 614 *bis* c.p.c. risiede nel fatto che il diritto del lavoro conosce già delle proprie misure coercitive, sovente ben più rigorose rispetto alla misura contemplata dall'art. 614 *bis* c.p.c. Giova infatti ricordare che l'attuale formulazione dell'art. 18, comma 14, St. lav. contempla una misura coercitiva pecuniaria

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione legislativa che allontana l'applicazione della misura coercitiva dal settore del diritto del lavoro lascia comunque spazio a molte perplessità, in quanto proprio in tale àmbito si colgono obbligazioni di fare per le quali appare difficile superare quel grado, anche minimo, di infungibilità che caratterizza alcune prestazioni lavorative (38) ed il cui adempimento potrebbe essere incentivato proprio dall'efficacia di un mezzo di coercizione indiretto. Non vi è dubbio, quindi, che la comminatoria di una misura coercitiva possa operare come un proficuo deterrente verso gli obblighi infungibili che gravano sul datore di lavoro incentivandolo ad ottemperarvi volontariamente.

Ferma dunque l'esclusione delle vertenze di lavoro, il legislatore delegato ha poi confermato il dato normativo che subordina espressamente la pronuncia della misura coercitiva alla richiesta del creditore, fatto salvo, come già si è osservato al § 3 il contesto della crisi familiare ove la misura coercitiva è disponibile anche d'ufficio. A differenza dell'ordinamento francese ove l'*astreinte* beneficia di una larghissima diffusione (oltre ad una lunga storia) e può essere ordinata autonomamente dal giudice a prescindere dalla richiesta del creditore (art. L. 131-1 *c.p.c.e.*), l'ordinamento italiano ha compiuto una scelta diversa lasciando al dominio della parte interessata il potere di avanzare la relativa istanza (39). Orbene, un differente approccio del legislatore italiano attraverso un nuovo intervento normativo che attribuisca al giudice (40) il potere di pronunciare d'ufficio

---

nelle ipotesi di licenziamento illegittimo e successiva reintegrazione dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali. La disparità di trattamento si è poi aggravata con l'entrata in vigore dell'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a. che ha consentito al pubblico dipendente di ottenere la pronuncia di una misura coercitiva allorquando, in occasione del giudizio di ottemperanza, venga attuata la sentenza di reintegra nel luogo di lavoro. L'esclusione delle controversie di lavoro non è invece contemplata nel sistema francese, ove la giurisprudenza applica costantemente l'*astreinte* per agevolare l'ottemperanza agli obblighi infungibili che sorgono nel corso di un rapporto lavoro (per esempio in tema di reintegra o per agevolare l'ordine di esibizione di documenti trattenuti indebitamente dal datore di lavoro: su cui v. Cass. soc., 28 maggio 2008, n. 06-10.839, in *Bull. civ.*, II, n. 114; Cass. soc., 14 dicembre 2005, n. 04-40.561, ivi, V, n. 363.

(38) Oltre alla tradizionale reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, si pensi anche all'obbligo del datore di lavoro di porre in esecuzione un provvedimento che riconosce una qualifica superiore al prestatore, oppure di adibire il lavoratore a mansioni differenti da quelle contrattuali, od ancora di adeguarsi all'obbligo di sicurezza prescritto per legge.

(39) L'imprescindibile presenza di un'istanza di parte, come sancito espressamente dall'art. 614 *bis* c.p.c., costituisce indubbiamente un forte limite per l'operatività della misura, poiché in tal modo rimangono scoperti alcuni àmbiti che invece potrebbero beneficiare dell'applicazione dello strumento coercitivo indiretto.

(40) Credo poi che tale potere possa essere proficuamente attribuito al giudice della

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la misura, potrebbe fornire nuova linfa alla recente storia del nostro strumento coercitivo, consentendo, per un verso, un'estensione della sfera applicativa della misura coercitiva che potrebbe essere disposta anche se la parte non la richiede, per altro verso, garantirebbe una maggiore effettività della pronuncia resa dall'organo giurisdizionale inducendo il debitore ad adempiere l'obbligazione.

In conclusione, pur apprezzando l'intervento legislativo sull'art. 614 *bis* c.p.c. che segna un nuovo sviluppo delle misure coercitive, credo che il lungo percorso intrapreso non possa ancora dirsi giunto al traguardo in quanto, allo stato attuale, l'impiego dello strumento di coercizione indiretto non è ad applicazione generalizzata. In altri termini, se davvero si desidera disporre di un competitivo strumento di coercizione indiretto quale mezzo efficace per rafforzare la posizione del creditore ed incentivare l'obbligato all'adempimento volontario, occorrerà introdurre una misura coercitiva di stampo generale sulla falsariga dell'*astreinte* francese (che, come osservato, non subisce limiti di sorta) quale effettivo rimedio che assicura una piena tutela delle situazioni giuridicamente rilevanti.

---

cognizione quale organo giurisdizionale che conosce i fatti di causa e, come tale, in grado di meglio ponderare l'irrogazione di una sanzione pecuniaria *ex officio*. Più arduo è pensare di investire di tale potere il giudice dell'esecuzione, il quale rimane «sullo sfondo» in molti procedimenti esecutivi.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Maria Cristina Vanz
Professore associato nell'Università di Milano-Bicocca

L'ONERE DI (RI)PRODUZIONE DOCUMENTALE: ESIGENZE DI SPEDITEZZA PROCESSUALE E NUOVE TECNOLOGIE DIGITALI

Sommario: 1. Il tradizionale orientamento giurisprudenziale sull'onere di (ri)produzione documentale in appello. – 2. Il principio di acquisizione tra approdi dottrinali e giurisprudenziali. – 3. Lacune normative e dissonanze motivatorie. – 4. L'incidenza delle nuove regole del PCT.

1. – Di recente la seconda sezione della Cassazione ha rimesso alle Sezioni unite la questione concernente l'onere di riproposizione in appello dei documenti ritualmente depositati in primo grado, richiamati ma non riprodotti in seconde cure (1). L'argomento suscita interesse, soprattutto a fronte dell'impronta sempre più pervasiva del processo telematico, che ha introdotto un nuovo sistema nella gestione dei flussi dei dati, sollecitando approcci esegetici adeguati all'innovato contesto.

Il tema, nella sua accezione più classica legata al processo analogico, è da tempo fonte di un dibattito, correlato ad un altro e più ampio argomento: l'oggetto del giudizio di appello e l'assolvimento del carico probatorio in quel contesto. Per chiarezza espositiva è dunque utile prendere le mosse da tale ultimo profilo, per cogliere innanzitutto la genesi della specifica questione in esame. Secondo l'orientamento della Suprema corte consolidatosi negli ultimi anni (2), la natura di *revisio* dell'appello fa sì che

(1) Cass., sez. II, 9 maggio 2022, n. 14534, in *DeJure*.

(2) Così Cass., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.* 2006, I, 1433 ss., con nota fortemente critica di Balena – Oriani – Proto Pisani – Rascio, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*. La sentenza, per quanto concerne il profilo della ripartizione dell'onere probatorio in appello, è stata criticata anche da altri Autori, che hanno osservato, da un lato, come l'art. 2697 c.c. sia norma sostanziale e non processuale e, dall'altro lato, come una presunzione di verità alla sentenza sia riconosciuta al solo giudicato: Tedoldi, *L'appello civile*, Torino 2016, 142 s.; Ronco, *Appello e mancata (ri)produzione di un documento già prodotto in primo grado: onere della prova sulla fondatezza del motivo di gravame od onere della prova sulla fondatezza della*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'appellante non possa dolersi di una generica ingiustizia o nullità, ma debba invece dimostrare la fondatezza delle singole censure che egli muove alla sentenza, prescindendo dalla posizione di attore o convenuto assunta in prime cure. In conseguenza, la dimostrazione di cui l'appellante deve farsi carico può implicare che egli debba far affidamento anche su documenti prodotti in primo grado dalla controparte, che potrebbero in ipotesi mancare in sede impugnatoria, vuoi perché l'avversario non abbia versato in atti il proprio fascicolo di prime cure, vuoi in ragione della contumacia dell'appellato. Ecco dunque emergere lo specifico interrogativo che ci occupa: il documento solo richiamato può ritenersi comunque acquisito in virtù di un principio di immanenza della prova documentale nel passaggio da un grado all'altro del giudizio o si pone invece l'onere di (ri)produzione dello stesso?

Il quesito evoca con immediatezza il principio di acquisizione fondato sul postulato che i risultati dell'attività istruttoria sono comuni tra le parti, sicché il giudice è libero di formare il proprio convincimento sulla base di tutte le risultanze istruttorie, quale che sia la parte che ha dato loro ingresso nel giudizio (3).

Se è indubbio che il principio di acquisizione operi nell'ambito del grado di giudizio, ci si è chiesti tuttavia se nel rapporto tra gradi diversi o fasi distinte di un procedimento (4) lo si possa comunque utilmente invo-

---

domanda devoluta al giudice dell'impugnazione?, in *Giur. it.* 2007, 672 ss., spec. 676, nota 8; Parisi, *Oggetto dell'appello, onere della prova e principio di acquisizione processuale al vaglio delle sezioni unite*, in *Corriere giur.* 2006, 1086 ss. spec. 1090 ss. Tale orientamento è stato ulteriormente ribadito da Cass., S.U., 8 febbraio 2013, n. 3033, in *Foro it.* 2013, I, 819 ss., con nota di Proto Pisani.

(3) Principio d'ordine generale e, pur non senza qualche riserva, ritenuto applicabile in conseguenza anche ai documenti. Tra i tanti contributi in tema, Cavallone, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 126; Menchini, *Il processo litisconsortile*, Milano 1993, 422; Montanari, *Il principio di prova per iscritto*, Torino 2005, 499; Ruffini, *Esibizione e produzione dei documenti*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 442; Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, 15 ss.

(4) Il problema non si pone solo rispetto a diversi gradi di giudizio, ma anche in quei contesti caratterizzati dal dispiegarsi, entro quel grado di giudizio, di diverse fasi processuali, come accade nel procedimento ingiuntivo o nelle opposizioni esecutive rispetto alla fase strettamente monitoria e quella oppositiva. Si veda, in tema, Baccaglini, *Giudizi bifasici oppositori e principio di acquisizione processuale (senza onere di ri-produzione dei documenti): dalla opposizione monitoria a quella fallimentare*, in *Corriere giur.* 2015, 1266 ss.; Ronco, *Appello*, cit., 672; Ruffini, *Sulla c.d. reversibilità dell'acquisizione probatoria documentale*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 1090 ss.; S.A. Villata, *Prova documentale e principio di acquisizione: un difficile connubio (specialmente) nel giudizio di appello?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 315 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

care per sopperire la mancata (ri)produzione del documento ad opera della parte che voglia da questo trar vantaggio o negare, per converso, un vantaggio per l'avversario.

Rispetto al giudizio di appello, sino ad ora la giurisprudenza si è in larga misura orientata nel senso di onerare le parti a (ri)depositare la documentazione prodotta nel grado pregresso, escludendosi, in difetto, che il giudice superiore possa prendere in considerazione tale documentazione, salvo sia stata prodotta in giudizio dalla controparte (5). Non è mancata qualche isolata voce disallineata rispetto a questo orientamento, che peraltro non l'ha scalfito (6).

Sopraggiunge ora l'ordinanza interlocutoria della Suprema corte (7), che sottolinea la necessità, più volte caldeggiata in dottrina (8), di una ulteriore riflessione sul tema, resa vieppiù urgente dalle nuove regole di acquisizione documentale introdotte dal PCT.

2. – Nel momento valutativo della ricostruzione del giudizio di fatto il giudice è autorizzato, con indiscussa sicurezza, a trascurare l'origine di provenienza della prova: le risultanze istruttorie potranno dunque essere

---

(5) A questa soluzione, nata appunto come derivata del tema dell'oggetto del giudizio d'appello, si è ispirata la citata Cass., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28498, cit.; in seguito l'orientamento è stato ribadito da Cass., S.U., 8 febbraio 2013, n. 3033, in *De Jure*, e dalla prevalente giurisprudenza successiva (v. ad esempio Cass. 17 dicembre 2021, n. 40606, *ivi*; Cass., 9 aprile 2015, n. 7131, *ivi*; Cass., 22 gennaio 2013, n. 1462, *ivi*).

(6) Cass., 8 marzo 2012, n. 3639, in *Foro it.* 2012, I, 1018, in cui si sottolinea, in aperto contrasto con Sez. un. 28498/2005, che benché l'ordinamento appresti per ognuna delle parti il mezzo tecnico per avere la piena disponibilità dei documenti inseriti nel fascicolo della controparte, essendo previsto che la parte può richiedere al cancelliere la copia di tali atti, si tratta di un meccanismo finalizzato all'esercizio del diritto di difesa, mentre appare difficile desumere dalla modalità di esercizio di tale facoltà, ovvero dal suo mancato esercizio, una precisa conseguenza sul piano dell'onere della prova, finanche in deroga al generale criterio di ripartizione di cui all'art. 2697 c.c.

(7) Il caso che ha sollecitato il provvedimento interlocutorio rispecchia la tipica vicenda che dà vita al problema: gli attori, condomini di un immobile, erano risultati vincitori in prime cure grazie alla produzione di un documento, depositato da un Comune, terzo intervenuto, che comprovava l'avvenuto esproprio di un'area sulla quale la società convenuta esercitava improprie limitazioni a danno del condominio. Il soccombente aveva proposto appello, ma in quella sede le altre parti avevano omesso di depositare il loro fascicolo di primo grado. A fronte di tale lacuna, la corte d'appello aveva pertanto riformato la sentenza di primo grado, sottolineando la carenza documentale e, in conseguenza, l'impossibilità di disporre degli elementi istruttori necessari per valutare la fondatezza delle pretese degli appellati, in particolare, del documento dirimente a prova dell'intervenuto esproprio dell'area contesa.

(8) Da tempo sollecitata dalla dottrina. Si vedano, tra i tanti, Baccaglini, *Giudizi bifasici*, cit., 1268 ss.; Ruffini, *Sulla c.d. reversibilità*, cit., 1094 ss.; spec. 324 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

utilizzate anche contro la parte che ne ha chiesto l'acquisizione e, del pari, potranno giovare alle altre parti che debbono dimostrare la medesima circostanza fattuale. Questo dato è pacifico, ma un minor grado di condivisione regna tuttavia su altre implicazioni del principio di acquisizione, che segnano una spaccatura tra le posizioni dottrinali e quelle della giurisprudenza.

Un primo nodo controverso investe la disponibilità della parte che ha immesso la prova a rinunciare unilateralmente alla stessa. In dottrina prevalentemente si ritiene che, una volta acquisita al processo, la prova divenga irretrattabile, negandosi così che la parte possa sottrarla alla valutazione del magistrato (9). Per i documenti, in verità, si è posto legittimamente un dubbio, poiché il dato normativo, alquanto asciutto, lascerebbe desumere che il principio di acquisizione sia, rispetto a tal genere di prove, più debole (10) o cronologicamente più circoscritto (11): la facoltà attribuita alle parti, su autorizzazione del giudice istruttore, del ritiro del proprio fascicolo (art. 169 c.p.c.) può, infatti, indurre a ritenere tali prove liberamente rinunciabili, con la sola sottrazione del fascicolo stesso (12). Tuttavia questa esegesi è assai poco soddisfacente (13): se la parte che ha prodotto il documento e ritirato il proprio fascicolo, manca di restituirlo o lo restituisce non integro, il diritto della controparte di estrarre copia subisce delle indebite limitazioni, ben segnalate dalla dottrina (14), che inducono a con-

---

(9) Sul punto v. Magnone Cavatorta, *Sul ritiro dei documenti prodotti e sulle conseguenze della loro mancata restituzione*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 169; Turroni, *Produzione e acquisizione del documento nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 175. Per le prove costituende gli artt. 208 c.p.c. (che stabilisce la decadenza dall'assunzione della prova per testi in caso di mancata comparizione all'udienza della parte istante, solo se la controparte presente non ne chieda l'assunzione) e 245, co. 2, c.p.c. (secondo il quale è inefficace la rinuncia della parte all'audizione dei testi da essa indicati in assenza del consenso del giudice e delle controparti) forniscono una solida base normativa alla soluzione dell'irretrattabilità.

(10) Così, Chiarloni, *Documenti favorevoli al vincitore non (ri)prodotti in secondo grado e convincimento del giudice: alcune spiacevoli conseguenze ascrivibili all'imperfetta attuazione del principio di acquisizione processuale per le prove precostituite*, in *Giur. it.* 2003, 256 ss., secondo il quale dall'art. 169 c.p.c. si ricaverebbe, rispetto alle prove documentali, un vincolo di indisponibilità relativo.

(11) Comoglio, *Le prove civili*, Torino 2004, 559 s.

(12) In questo senso, Conte, *Le prove civili*, Milano 2005, 61 ss., 98 ss. In giurisprudenza, tra le tante, Cass., 15 marzo 2004, n. 5241, in *De Jure*.

(13) Non foss'altro in virtù del fatto che la lettera della citata norma si presta anche ad opposta lettura: la necessaria autorizzazione ad opera del GI (cui è dato anche imporre la restituzione) stigmatizza che la parte non possa disporre a piacimento del fascicolo.

(14) Si vedano, ad esempio, tra i tanti, le osservazioni di Cavallone, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Milano 1991, VII, 669; Comoglio,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cepire il principio di acquisizione in modo uniforme rispetto a tutte le prove, concludendo per la generale irretrattabilità dei mezzi istruttori.

La giurisprudenza, salvo sporadiche voci contrarie (15), da parte sua non ha condiviso tale impostazione, continuando a ribadire che, in virtù del principio dispositivo delle prove, la parte è libera di ritirare il proprio fascicolo e di omettere la restituzione di esso o di alcuni dei documenti *ivi* contenuti, con tutto quel che ne discende a livello probatorio: la (libera) sottrazione del documento impedirà al giudice di prenderlo in considerazione ai fini della decisione (16), con la conseguenza della soccombenza, se il documento è (o sarebbe stato) favorevole alla parte che lo aveva prodotto, o, all'opposto, dell'impossibilità di dolersi della sottrazione ad opera della parte cui il documento avversario sarebbe stato di giovamento, giacché la carenza sarebbe immediata conseguenza della propria inattività nell'estrarre copia dell'elemento istruttorio prodotto dalla controparte.

Ovviamente questo primo nodo problematico ha dei riverberi anche nel passaggio da un grado all'altro del processo o da una fase all'altra dello stesso (in quelle ipotesi di giudizi nell'ambito di un unico grado, ma strutturati tuttavia in due fasi), aprendo un altro aspetto di discordia, in grado di condurre ad approdi divergenti, a seconda che il principio di acquisizione venga fatto operare *ex officio* o su impulso di parte. Nei giudizi bifasici, la giurisprudenza più recente si è mostrata incline ad ammettere l'esercizio del potere officioso, in omaggio alla *ratio* che contraddistingue il principio di acquisizione, cioè la necessità di conservare la prova (17), ma altrettanto non accade rispetto all'appello, ove, come precedentemente accennato, le Sezioni unite in più occasioni hanno ribadito la necessità dell'impulso di parte.

Le prove civili, cit., 564 ss.; Magnone Cavatorta, *Sul ritiro dei documenti*, cit., 178 ss. e Ruffini, *Produzione ed esibizione dei documenti*, cit., 8 ss.

(15) Vedi le indicazioni alla precedente nota 6.

(16) Tra le tante, v. le recenti Cass., 9 giugno 2020, n. 10945, in *DeJure*; Cass., 12 dicembre 2017, n. 29716, *ivi*; Cass., 26 aprile 2017, n. 10224, *ivi*. Con l'ulteriore conseguenza per cui il giudice è tenuto ad ordinare la ricerca o disporre la ricostruzione della documentazione non rinvenuta solo ove risulti l'involontarietà della mancanza, dovendo, negli altri casi, decidere sulla base delle prove e dei documenti sottoposti al suo esame al momento della decisione (da ultimo, Cass., 13 maggio 2021, n. 12895, *ivi*).

(17) V. Cass., 12 aprile 2021, n. 9593, in *De Jure*; Cass., 13 novembre 2020, n. 25663, *ivi*, che, rispetto al rapporto tra l'insinuazione al passivo fallimentare e il giudizio di opposizione, hanno escluso l'onere per l'opponente di riprodurre i documenti già allegati alla domanda di ammissione purché gli stessi, nel ricorso, siano posti a fondamento dell'opposizione, optando quindi per l'iniziativa officiosa. Per ulteriori approfondimenti sulla relazione tra principio di acquisizione e giudizi bifasici v. altresì il recente contributo di Felloni, *Principio di acquisizione nelle opposizioni esecutive: teoria e realtà*, in *Riv. esec.* 2022, 447 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'approccio della giurisprudenza, peraltro, non è solo determinato dal diverso modo di concepire l'intreccio tra il principio dispositivo e quello di acquisizione, ma trova un ulteriore substrato condizionante nel tradizionale *quomodo* della produzione documentale (18). Il fascicolo nel quale la parte fa refluire i propri documenti, pur essendo custodito in un'unica cartella con quello d'ufficio (72 disp. att. c.p.c.), è ritenuto autonomo rispetto a quest'ultimo (19). La giurisprudenza ribadisce che mancata produzione del fascicolo di primo grado in appello non trova riscontro sanzionatorio nelle norme processuali (20), che non la ricomprendono tra gli adempimenti necessari ai fini della costituzione nel giudizio, sicché se ne ricava sia l'impossibilità di stigmatizzarne la carenza per violazione dei doveri di lealtà e probità sia di disporne *ex officio* la produzione (21). Il giudice non è dunque tenuto a prendere in considerazione materiale che non è in grado di esaminare né di sollecitarne l'ostensione. Questo orientamento costituisce appunto il logico sviluppo in sede impugnatoria di quel concetto di reversibilità della prova documentale, cui s'è fatto cenno in precedenza (22): in omaggio al principio dispositivo, la parte può ritirare

---

(18) I documenti prodotti dalle parti si inseriscono, come noto, nei rispettivi fascicoli e questa attività è accompagnata da una certificazione ad opera del cancelliere tesa ad acclarare con certezza la tempestività della produzione e la garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa della parte contro cui la produzione ha luogo, onde evitare che quest'ultima ignori le avverse produzioni documentali (art. 74 e 87 disp. att. c.p.c.). In particolare, l'art. 74, ult. co., disp. att. c.p.c. dispone che «il cancelliere, dopo aver controllato la regolarità anche fiscale degli atti e dei documenti, sottoscrive l'indice del fascicolo ogni volta che viene inserito in esso un atto o documento». Secondo la previsione dell'art. 87 disp. att. c.p.c. «i documenti offerti in comunicazione dalle parti dopo la costituzione sono prodotti mediante deposito in cancelleria, ed il relativo elenco deve essere comunicato alle altre parti nelle forme stabilite dall'art. 170 ultimo comma del codice. Possono anche essere prodotti all'udienza; in questo caso dei documenti prodotti si fa menzione nel verbale».

Tanto la certificazione ad opera del cancelliere, mediante sottoscrizione dell'indice del fascicolo all'atto della costituzione, quanto la comunicazione o la verbalizzazione della produzione documentale intervenute dopo la costituzione in giudizio intendono mettere a disposizione della controparte i documenti prodotti, in modo tale che quest'ultima possa compiutamente difendersi.

(19) Cass., 10 ottobre 2017, n. 23658, in *De Jure*; Cass. 8 febbraio 2013, n. 3033, *ivi*; Cass. 8 gennaio 2007, n. 78, *ivi*; Cass. 29 aprile 1993, n. 5061, *ivi*. In quest'ordine di idee Chiarloni, *Documenti favorevoli al vincitore non (ri)prodotti in secondo grado e convincimento del giudice* cit., 256 ss.

(20) Che prevedono, *ex* art. 347, comma 3°, c.p.c. la sola trasmissione del fascicolo d'ufficio e, quindi, di un elemento autonomo rispetto ai rispettivi fascicoli delle parti.

(21) Esplicita in tal senso, Cass., 10 ottobre 2017, n. 23658 *cit*.

(22) Ruffini, *Sulla c.d. reversibilità dell'acquisizione probatoria documentale*, cit., 1096, sottolinea, a critica del citato orientamento giurisprudenziale, come «la stessa affermazione di una soltanto relativa indisponibilità in capo alla parte dei documenti dalla stessa depositati, sol perché inseriti nel proprio fascicolo, non sembra tenere nella giusta considerazione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

il proprio fascicolo, omettere la restituzione di documenti e, in appello, su di essa non grava alcun obbligo di produzione del fascicolo di prime cure in qualche modo coercibile.

3. – Le soluzioni che la giurisprudenza maggioritaria ha sinora adottato hanno finito col favorire involontariamente anche comportamenti maliziosi (23), in cui il ritiro del documento mira a sottrarlo alla controparte che ne invochi l'efficacia probatoria a proprio favore.

Si potrebbe obiettare che ogni maliziosa finalità di colui che ritiri o non riproponga il documento dirimente, maldestramente prodotto in precedenza, a poco servirebbe se la controparte si fosse preoccupata di estrarre a tempo debito copia dello stesso, riproponendolo in sede d'appello. Tuttavia, come acutamente sottolineava Cerino Canova, se il rimedio al problema risiedesse nella tempestiva solerzia della controparte «il principio di acquisizione processuale resterebbe un'affermazione astratta e priva di concrete implicazioni» (24).

Le laconiche disposizioni del c.p.c. in materia non offrono spunti decisivi e non sono certo mancate proposte per cercare di meglio regolare la questione e sopperire a quelle situazioni in cui la sottrazione/mancata riproduzione documentale non è propriamente espressione di lealtà processuale. Soluzioni che spaziano dall'utilizzo del sequestro giudiziario *ex* art. 670, n. 2, c.p.c. (25), all'ordine di esibizione dei documenti sottratti (26), a recuperi ispirati a principi di *best evidence* (27). Tuttavia i correttivi proposti dalla dottrina per consentire la ricostruzione documentale sino ad ora non hanno evidentemente persuaso la giurisprudenza (28).

---

il fatto che nel fascicolo di parte sono destinati a confluire anche i documenti che la parte depositi in ottemperanza ad un ordine giudiziale di esibizione e che inoltre, anche con riferimento ai documenti che le parti producano spontaneamente, il loro materiale inserimento nei rispettivi fascicoli di parte, anziché nel fascicolo d'ufficio, sembra dipendere, più che dal principio dispositivo, da scelte assolutamente casuali del legislatore o delle stesse parti».

(23) Cerino Canova, *Dell'introduzione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, II, 1, Torino 1980, 437, sottolineava come la ricostruzione del documento fornisca il più efficiente rimedio nei casi di malizioso ritiro del documento, quando la controparte del depositante ne invochi l'efficacia probatoria a proprio favore.

(24) Cerino Canova, *Dell'introduzione della causa*, cit., 437, in nota.

(25) Petrucci, *Fascicolo di parte*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 871.

(26) Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., 669; La China, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano 1960, 159; Magnone Cavatorta, *Sul ritiro dei documenti*, cit., 182.

(27) Villata, *Prova documentale principio di acquisizione*, cit., 326

(28) Particolare l'approccio di Cass., 22 gennaio 2013, n. 1462, in *DeJure*, che pur

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ad onor del vero, si tratta di rimedi non sempre perfettamente calzanti, che dal punto di vista esegetico possono lasciare margini di perplessità (29). Difetto che, peraltro, accomuna anche le decisioni della giurisprudenza, a partire dalla premessa, basata su un'inesatta linea di demarcazione tra il principio dispositivo e quello di acquisizione (30). Benché esse convergano sulla scelta finale dell'onere di riproposizione in appello dei documenti, si notano – e non tanto sottotraccia – elementi che lasciano in qualche modo trasparire passaggi non propriamente coerenti e latenti contrasti motivatori. Si ponga mente, ad esempio, alla pronuncia «capostipite» 28498/2005: da un lato, prendendo atto della lacunosità della disciplina sul fascicolo di parte, la stessa Corte aveva sottolineato l'opportunità di subordinare il ritiro dello stesso al deposito di copia dei documenti probatori che in esso vengono inseriti. Soluzione che, pur non specificamente imposta dagli art. 169 c.p.c. e 77 disp. att. c.p.c., veniva comunque invocata dalle SU a tutela degli interessi della controparte e del corretto esercizio dell'attività giurisdizionale. La corte aveva sottolineato ancora, in quel contesto, che se la facoltà di ritiro del fascicolo di parte è intesa con eccessiva larghezza il principio di acquisizione rischia di essere svuotato di ogni effettiva portata, poiché la mancata restituzione del fascicolo, in violazione dei doveri di lealtà e di probità sanciti dall'art. 88 c.p.c., potrebbe porre la controparte nell'impossibilità di fornire quelle prove che in precedenza, alla stregua delle risultanze desumibili dal fascicolo avversario, dovevano ritenersi superflue. Si converrà che, se dopo questa puntuale digressione esegetica, si approda all'opposta conclusione dell'onere di riproposizione dei documenti alla luce dell'art. 76 disp. att. c.p.c., che attribuisce alla parte di farsi rilasciare copia del fascicolo

---

seguendo l'orientamento di Sezioni unite 24498/2005, non ha escluso che l'appellante possa chiedere l'esibizione *ex* art. 210 c.p.c., che ordini all'appellato non costituito l'esibizione dei documenti già contenuti nella produzione ritirata. Nella decisione si sottolinea che a ciò non osta il divieto di nuovi mezzi di prova, poiché in siffatta evenienza non di prove nuove si tratta, bensì di prove già acquisite agli atti di causa e ad essa immanenti, rispetto alle quali l'iniziativa dell'appellante è meramente recuperatoria.

(29) Per approfondimenti sui punti critici delle prospettate soluzioni v. Parisi, *Oggetto dell'appello*, cit., 1093 ss.

(30) Il principio dispositivo, infatti, opera nel momento d'introduzione della prova nel processo, esaurito il quale le parti perdono il loro potere sul mezzo istruttorio, mentre il principio di acquisizione si pone su un piano cronologicamente successivo al rituale deposito della prova documentale. Sottolinea Cavallone, *Discrezionalità del giudice civile nella nomina del traduttore e dell'interprete*, in *Il giudice e la prova nel processo civile* cit., 265 «è noto infatti – e non è seriamente contestabile – che i documenti sono validamente acquisiti al processo per il solo fatto della loro produzione (*documenta per productionem fiunt communia*), indipendentemente da qualsiasi ulteriore attività della parte che li ha prodotti, della controparte o del giudice».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

delle altre parti, l'argomentazione addotta a monte non è nel suo complesso propriamente coerente con la conclusione a valle, proprio perché svuota il principio di acquisizione che, poche battute prima, si vorrebbe preservare (31).

Si prenda ancora un esempio di più recente data, pur concorde rispetto alle conclusioni assunte dalla testé citata pronuncia delle Sezioni unite: in Cass. 23658/17 i giudici, ribadendo l'onere di riproposizione, negano che la mancata restituzione del fascicolo comporti una violazione del dovere di lealtà e probità processuale *ex* art. 88 c.p.c., chiaramente affermata invece dalle Sezioni unite (32).

In queste dissonanze motivatorie è dato cogliere un latente disagio di fondo: la disciplina sul ritiro del fascicolo di parte, forgiata sul sistema analogico, è certamente lacunosa, si presta ad alimentare comportamenti scorretti, ma i possibili rimedi che potrebbero giustificare una ricostruzione del documento sottratto non sono ineccepibili e, comunque, ed è questo il punto di maggior criticità, comportano un dispiego di ulteriori tempi ed energie, che l'applicazione del principio di autoresponsabilità più pragmaticamente evita. In questo scenario, come argutamente sottolinea l'ordinanza interlocutoria, si collocano peraltro i nuovi profili del processo civile telematico, che inducono doverosamente ulteriori riflessioni.

4. – Scriveva Carnelutti «quanto alla carta, l'uso ne è così costante, da potersi escludere che, in pratica, il problema relativo a una scrittura processuale su materia diversa si possa presentare» (33). L'osservazione, risa-

---

(31) Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498 cit., *sub* 8.1., in cui tra l'altro si precisa «L'imposizione, a carico della parte che nel corso del processo chieda il ritiro del proprio fascicolo, dell'onere di depositare copia dei documenti probatori che in esso sono inseriti consente di far salva la piena attuazione del principio di acquisizione delle prove. E non può dirsi del tutto estranea al contenuto dell'art. 169 c.p.c., che sia pure in modo scarsamente efficace, pone alcuni limiti all'esercizio della facoltà di ritiro».

(32) Cass., 10 ottobre 2017, n. 23658, cit., che soggiunge altresì «analogamente infondato è il rilievo che tenta di agganciare allo scopo dell'accertamento della 'verità sostanziale' – cui è tendenzialmente orientata la pronuncia resa all'esito del processo civile – un obbligo del Giudice di disporre *ex officio* l'acquisizione del fascicolo di primo grado, non depositato – all'atto della propria costituzione – dalla parte appellata: lo scopo tendenziale cui è diretto l'accertamento processuale non può, infatti, travalicare i limiti imposti dal principio dispositivo, come stabiliti dal diritto positivo, laddove l'attività *ex officio* del Giudice di appello, diretta a definire l'ambito dell'oggetto della cognizione, è espressamente limitata alla acquisizione del solo 'fascicolo di ufficio' del giudizio di primo grado (art. 347, comma 3°, c.p.c.)».

(33) Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, II, *Atti del processo*, Padova 1938, 216.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lente al 1938, appare oggi sideralmente lontana. Il processo civile telematico ha introdotto un sistema di gestione dei flussi di dati tra i soggetti che operano nel processo basato su strumenti informatici e telematici (34) e, dunque, sulla dematerializzazione degli atti (35). In questo contesto profondamente rinnovato, mirato ad incrementare l'efficienza del processo, le prove documentali divengono *files* elettronici (36), che segnano la progressiva scomparsa della tradizionale accezione chiovendiana del documento quale «*res* rappresentativa di un fatto giuridicamente rilevante» (37). I documenti, o meglio i *files* che li rappresentano, vengono ora prodotti con il deposito telematico (38), inizialmente obbligatorio per i soli atti endoprocessuali (39), ma che ha acquisito in forza dell'emergenza pande-

---

(34) Sui concetti di informatica e telematica, Zucconi Galli Fonseca, *L'incontro tra informatica e processo*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2015, 1185 e ss., nota 1.

(35) Su tema, *ex multis*, a Aa.Vv., *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di Ruffini, Milano 2019; Amendolagine, *I primi orientamenti giurisprudenziali sul processo civile telematico,* in *Corriere giur.* 2015, 694 ss.; Barale, *Il processo civile telematico di cognizione: uno sguardo sul futuro prossimo*, in *Corriere giur.* 2012, 285; Fabbrini, *Il processo civile telematico, tra interpretazione del vigente e future evoluzioni*, in *Il giusto proc. civ.* 2013, 271 ss.; Ferrari, *Il processo telematico alla luce delle più recenti modifiche legislative*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 1379 ss.; Falletti, *E-justice*, Milano 2008, 173 ss.; Poli, *Il processo civile telematico del 2015 tra problemi e prospettive*, in *Giusto proc. civ.* 2015, 238 ss.

(36) Comoglio, *Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestioni evolutive,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 953 ss. utilizza un'efficace espressione di sintesi: «processo civile *paperless*».

(37) Sottolinea A.D. De Santis, *Processo telematico (dir. proc. civ.)*, in *https://www.treccani.it/enciclopedia/processo-telematico-dir-proc-civ_(Diritto-on-line)*, che se tradizionalmente il documento giuridico è una «*res* rappresentativa di un fatto giuridicamente rilevante..., la nozione di documento informatico contenuta nel codice dell'amministrazione digitale si differenzia sotto tre punti di vista: segna la scomparsa del riferimento alla *res*, qualifica la rappresentazione come 'informatica' ed infine amplia l'oggetto della rappresentazione, non limitato ai soli fatti ma esteso anche ad atti e dati giuridicamente rilevanti».

(38) Il deposito telematico degli atti è stato reso obbligatorio dall'art. 16 *bis* del d.l. 179/2012, convertito con modificazioni in l. 17 dicembre 2012, n. 221, a far data dal 30 giugno 2014.

(39) Per gli atti introduttivi di giudizi civili innanzi a Tribunale e Corte d'Appello, il citato art. 16 *bis* aveva infatti previsto l'alternativa tra il tradizionale deposito fisico in cancelleria e il deposito telematico facoltativo. Il distinguo tra deposito facoltativo e quello obbligatorio ha creato non poche difficoltà. Basti por mente agli innumerevoli profili problematici sollevati dall'interpretazione delle menzionate disposizioni normative sulla validità del deposito con modalità telematiche degli atti introduttivi, reputati da parte della giurisprudenza di merito inammissibili o nulli (v., esemplificativamente, Trib. Torino, 20 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Padova, sent. 1 settembre 2014, in *www.processociviletelematico.it*). Per una diversa opinione v. Trib. Roma, sent. 24 gennaio 2015, in *DeJure*; Trib. Milano, sent. 7 ottobre 2014, *ivi*; che, condivisibilmente, hanno considerato ammissibile o irregolare, ma sanabile, il deposito eseguito telematicamente dell'atto introduttivo in quanto in grado di raggiungere lo scopo *ex* art. 156 c.p.c. Sulle ricadute del deposito telematico nei

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mica valenza generale per tutti gli atti civili sino al 31 dicembre 2022 (40). Il PCT ha comportato dei mutamenti nel normale dispiegarsi del processo e se alcuni di questi hanno già determinato un'espressa modifica di talune norme processuali (41), altri, pur a fronte di *regulae iuris* ancora formalmente immutate, importano la necessità di più fresche esegesi. Si ponga mente, in via esemplificativa, all'art. 74, comma 4°, disp. att. c.p.c., che attribuisce al cancelliere di certificare, con la sua sottoscrizione, l'effettiva presenza nel fascicolo di parte dei documenti elencati nell'indice (42). La trasmissione telematica dei documenti rende tecnicamente inattuabile la sottoscrizione dell'indice da parte del cancelliere e, del resto, la funzione attribuitale – cioè quella di consentire un riscontro immediato tra la documentazione prodotta e quella in ogni momento rinvenibile nel fascicolo – si rispecchia ora in un diverso *iter*: una volta inseriti i documenti, operazione che la parte non può più modificare di propria iniziativa, viene meno il rischio che essi non possano essere più rinvenuti nel prosieguo del

---

giudizi bifasici v. Pirotta, *Deposito telematico obbligatorio: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Foro pad*. 2017, 99 ss.

(40) In forza delle previsioni del d.l. 228/2021. Peraltro, l'art. 35, 2° comma, del recente d.lgs. n. 149/2022, stabilisce «2. Salvo quanto previsto dal secondo periodo, le disposizioni di cui agli articoli 127, terzo comma, 127-*bis* e 127-*ter* del codice di procedura civile, quelle previste dal Capo I del Titolo V-*ter* delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, nonché l'articolo 196-*duodecies* delle medesime disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, introdotte dal presente decreto hanno effetto a decorrere dal 1° gennaio 2023 e da tale data si applicano ai procedimenti civili pendenti davanti al tribunale, alla corte di appello e alla Corte di cassazione. Gli articoli 196-*quater* e 196-*sexies* delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile si applicano ai dipendenti di cui si avvalgono le pubbliche amministrazioni per stare in giudizio personalmente dal 30 giugno 2023». Dunque, l'estensione generalizzata del deposito telematico introdotta con l'emergenza pandemica ne esce confermata.

(41) A.D. De Santis, *Processo telematico*, cit., evidenzia come l'impatto delle novità del PCT sul *corpus* del codice di rito abbia investito diverse norme: 111 disp. att. c.p.c., che ora esclude l'onere di depositare le copie in carta libera delle comparse depositate in forma telematica; l'art. 126, comma 2°, c.p.c. che ora esclude la necessità di sottoscrizione del verbale ad opera delle parti o degli altri soggetti intervenuti personalmente; l'art. 133, comma 2°, c.p.c., che prevede l'onere del cancelliere di dare notizia alla parti costituite dell'avvenuto deposito della sentenza, mediante biglietto contenente il testo integrale della sentenza e non più il solo dispositivo della stessa.

(42) Tanto che la relativa mancanza determina, in caso di contestazione, la necessità, per la parte interessata, di fornire, sia pure solo indirettamente ed anche attraverso il comportamento della controparte, la prova della produzione dei documenti di cui intende avvalersi. Da ultimo, Cass., ord., 23 febbraio 2022, n. 5893, in *De Jure*. La sottoscrizione ad opera del cancelliere ha la funzione di attestare la regolarità della produzione degli atti e dei documenti che la parte vi inserisce, e di assicurare la corretta identificazione cronologica della data di produzione, con la finalità di mettere i documenti a disposizione della controparte in modo che la stessa possa esercitare il diritto di difesa.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giudizio (43) o non corrispondere a quelli inseriti dalla parte che li ha prodotti (44). La parte, una volta prodotti telematicamente i documenti, non può più ritirarli, ma solo estrarre copie o duplicati informatici, sicché anche l'art. 169 c.p.c., nella parte in cui subordina il ritiro del fascicolo all'autorizzazione giudiziale, vive, per dirla con Satta, di pura vita formale, sicché vien meno ogni possibile remora nel poter configurare il principio di acquisizione come assoluto (45).

Identicamente, ora atti e documenti di parte confluiscono in un unico fascicolo telematico, che rende obsoleta la classica bipartizione tra fascicoli di parte, da un lato, e fascicolo d'ufficio, dall'altro. Se si considera poi che, con le nuove dinamiche del PCT, l'onere di trasmissione del fascicolo d'ufficio al giudice di altra fase o grado del giudizio viene assolto dalla cancelleria non più con la materiale trasmissione del fascicolo d'ufficio, ma con la concessione della visibilità al secondo giudice del complessivo fascicolo telematico, inclusivo anche dei documenti prodotti dalle parti, non si può non convenire che, alla luce di tale nuovo regime, quella impossibilità pratica di consultare i fascicoli di parte che talvolta poteva effettivamente riscontarsi in un sistema analogico può realisticamente dirsi superata (46). Le nuove dinamiche del PCT impongono dunque la naturale conseguenza che i documenti, se ritualmente acquisiti, restano sempre nell'effettiva disponibilità del giudice e di tutte le parti, a prescindere dal successivo comportamento della parte che li ha prodotti. Questo in prima e ragionevole approssimazione, alla luce del quadro normativo letto in un'ottica attuale. Quello del PCT è indubbiamente un cantiere aperto ricco di nuove complessità, che impone una disamina di questo specifico problema (e di ogni eventuale altro connesso al tema) accompagnata non solo da principi teorici, ma anche da un'adeguata esperienza tecnologica,

---

(43) L'accesso al fascicolo lascia una precisa traccia: le operazioni di accesso al fascicolo informatico sono registrate in un apposito file di log che contiene le seguenti informazioni: 1. il codice fiscale del soggetto che ha effettuato l'accesso; 2. il riferimento al documento prelevato o consultato (codice identificativo del documento nell'ambito del sistema documentale); 3. la data e l'ora dell'accesso. Il suddetto file di log è sottoposto a procedura di conservazione, sempre nell'ambito del sistema documentale, per cinque anni.

(44) Interessante la decisione della Corte d'appello di Palermo, sez. II, 8 novembre 2021, in *Dejure*, che ha respinto la richiesta di acquisizione di documenti in appello erroneamente non allegati al fascicolo di prime cure, in cui era stata addotta la responsabilità del cancelliere *ex* art. 74 disp. att. c.p.c. per non aver rifiutato il deposito dell'atto incompleto.

(45) In questo preciso senso Comoglio, *Processo civile telematico e codice di rito* cit., p. 960.

(46) Così precisamente Felloni, *Principio di acquisizione nelle opposizioni esecutive* cit., p. 457.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

per comprendere se da un punto di vista concreto possano sussistere eventuali ostacoli impedienti, che all'occhio del profano non paiono profilarsi. Sembra peraltro che l'innovazione tecnologica che il processo civile telematico porta con sé costituiscano un'ottima occasione per caducare l'orientamento sull'onere di riproduzione documentale, che, già di per sé, nella ricostruzione caldeggiata dalla giurisprudenza era revocabile in dubbio. Ora, la residualità dell'art. 169 c.p.c. e la struttura del fascicolo telematico, che elide la tradizionale distinzione tra fascicolo d'ufficio e di parte, facendo venire meno il rischio di sottrazione dei documenti, impongono a mio avviso una svolta esegetica in armonia con il principio di acquisizione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

FRANCESCO CALLARI
Ricercatore nell'Università di Palermo

RICERCA DELLA VERITÀ E DIMENSIONE ETICA DEL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Verità e metodo nel processo penale. – 2. *Ad eruendam veritatem per tormenta*. – 3. L'acquisizione della prova mediante tortura. – 4. Finalizzazione euristica e concezione etica del giudizio penale.

1. – Se il processo penale è una «macchina retrospettiva» per giungere a ricostruire gli accadimenti passati senza ricorrere a «fantasie divinatorie, estasi intuitive, cabale occultistiche» (1), in modo che tale accertamento fattuale sia ricondotto nella concreta applicazione del diritto e sia risolta la «controversia criminale» (2), l'ufficio primario del giudice sta nel dovere ricercare la *verità*.

Purtroppo, «forse nessun altro tra i concetti fondamentali della tradizione filosofica rivendica a sé una rilevanza così centrale come il concetto di verità, e forse nessun altro è come questo soggetto a una così grande oscillazione e indeterminatezza del suo significato» (3). Ciò non toglie, però, che bisogna essere molto attenti a non incorrere in una sorta di «verofobia, che conduce ad abbandonare la nozione di verità (...), ad abbracciare definizioni del tutto assurde e/o rinunciare a definire la conoscenza e la giustificazione epistemica» (4). Non si può, infatti, dubitare, in alcun modo, che «un'attività cognitiva, benché includa inevitabilmente opzioni, convenzioni e momenti decisionali, non può, per principio, sottostare a imperativi che non siano quelli inerenti alla ricerca del vero» (5).

(1) F. Cordero, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano 2012, 569.

(2) G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Milano 1863, 162.

(3) L.B. Puntel, *Wahrheit*, in H. Krings – H.M. Baumgartner – C. Wild (Hrsg.), *Handbuch philosophischer Grundbegriffe* (1974), trad. it., *Verità*, in *Concetti fondamentali di filosofia*, III, Brescia 1982, 2316.

(4) N. Vassallo, *Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità*, in *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. Amoretti – M. Marsonet, Milano 2007, 20.

(5) L. Ferrajoli, *Giurisdizione e consenso*, in *Quest. giust.* 2009, 14.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nondimeno, se codesta aspirazione di *giustizia* vuole essere congrua rispetto all'esigenza di concretezza che anima e sostiene qualsiasi attività conoscitiva, la ricerca della verità deve porsi in relazione con le strutture, i mezzi ed il prisma di finalità di quel particolare settore dell'esperienza umana a cui l'indagine si riferisce. Parlare di verità significa, infatti, riconoscere l'intima ed imprescindibile connessione tra *statuto ontologico* e *statuto epistemologico*, nonché la diversificazione dei metodi cognitivi in relazione al carattere differenziato dei vari ambiti della realtà.

Invero, «le singole effettive conoscenze umane, mentre si sottraggono al dominio di principi direttivi eterni e immutabili, presuppongono altrettanti metodi di indagine, uno diverso dall'altro, suscettibili di continua trasformazione» (6). Dunque, «qualunque risultato di un'indagine fattuale è dipendente dal contesto in cui quest'ultima si svolge, dalla metodologia seguita e dalle finalità prefissate» (7).

Nell'ambito della giurisdizione penale, se la finalità fondamentale del processo è l'accertamento dei fatti contestati all'imputato e delle eventuali responsabilità dello stesso, «cioè, con formula di sintesi, proprio l'"accertamento della verità', in rapporto all'imputazione» (8), la difficoltà di sussumere nelle fattispecie astratte, configurate dalle norme giuridiche, accadimenti che si sono verificati lontano nel tempo e dalla sfera di percezione sensoriale del soggetto chiamato a giudicare e risolvere la *quaestio facti* viene superata ricorrendo alle *prove*: *id est*, a fatti del presente, *rectius* enunciati aventi ad oggetto fatti del presente, che sono diversi ed estrinseci ma (più o meno direttamente) correlati a ciò che si vuole accertare (*factum probandum*), e quindi agli enunciati fattuali integranti il *thema probandum*. Dunque, «se il significato dell''essere vero' per l'enunciato storico sta nella sua corrispondenza ai fatti, il metodo della verifica, il criterio (fallibile) di verità sta nel passaggio dalle premesse probatorie, *rectius* dalle proposizioni che descrivono le prove legittimamente acquisite, alla proposizione da provare che, a seconda dei casi, sarà affermata o negata» (9).

Emerge così l'ineliminabile carattere «*formale*» della verità del processo, conseguita grazie alla prova nel giudizio di fatto, dal momento che costituisce pur sempre «una verità raggiunta con il rispetto di regole

---

(6) G. De Luca, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.* 1965, 43.

(7) G. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano 1992, 1.

(8) V. Grevi, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, in *Cass. pen.* 2003, 3205.

(9) P. Ferrua, *Metodo scientifico e processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di P. Tonini, in *Dir. pen. proc.* 2008, Dossier 1, 15.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

precise e relativa ai soli fatti e circostanze ritagliati dalla legge come penalmente rilevanti» (10). Non solo, invero, il flusso delle asserzioni fattuali, oggetto di cognizione giudiziale, non deve esondare dagli argini dell'ipotesi di reato, compendiata nel capo di imputazione da cui muove e per cui vive la «causa criminale» (11), ma l'intero sistema processuale, nel predisporre le «*regole del gioco*», risulta intessuto di congegni di garanzia – ora di rango metodologico (al fine di filtrare e preservare il relativo dato epistemico), ora legati al rispetto dei diritti fondamentali e della dignità dell'uomo o, comunque, di preminenti interessi pubblici – che costituiscono le strutture portanti della giurisdizione penale, le nervature essenziali da cui si irradiano le linee dinamiche di svolgimento della giustizia *in criminalibus*. Si tratta, infatti, di «una costellazione di limiti normativi (e perciò convenzionali) alla libera ricerca del vero, sotto forma ora di argini procedurali, ora di vere e proprie *exclusionary rules* a tutela di interessi diversi, individuati dal legislatore in termini generali e astratti» (12).

La verità giudiziale è, quindi, una verità «*relativa*» ed «esprime il risultato di una ricerca, razionalmente condotta secondo le regole e con le limitazioni fissate dalla disciplina positiva del diritto probatorio, ma costantemente finalizzata al conseguimento di un grado di approssimazione, quanto più elevato possibile, alla «*verità materiale*» dei fatti ritenuti rilevanti per la risoluzione della controversia» (13).

Del resto, se qualunque procedimento che produce o giustifica una conoscenza non può sottostare al caso o all'arbitrio, *a fortiori* il metodo probatorio penale – forgiato per conseguire l'obiettivo della giustizia e regolamentato nei fondamentali momenti della ricerca, ammissione, assunzione e valutazione degli elementi informativi – rappresenta una tecnica discopritiva del vero vincolata ad obbedire a propri canoni e principi direttivi (collaudati dall'esperienza e dalla storia), nonché intrinsecamente connessa ai particolari mezzi cognitivi di cui dispone, alle finalità pratiche cui è preordinata ed alla matrice assiologica da cui scaturisce e si sviluppa. Dunque, in relazione alle funzioni svolte dalla giurisdizione penale, ed in una prospettiva che tenga conto dei valori «*posti in gioco*», tramite l'architettura dinamica del metodo probatorio – che prende le mosse da una

---

(10) L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma – Bari 1989, 17.

(11) L. Borsari, *Della azione penale*, Torino 1866, 257.

(12) G. Di Chiara, *Le regole del «giusto processo» e la garanzia del contraddittorio: l'asse prospettico dell'art. 111 Cost.*, in G. Fiandaca – G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli 2003, 340.

(13) L.P. Comoglio, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino 1996, 232.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

situazione incerta e problematica al fine di costituirne una determinata e stabile – la realtà *storica* si disvela nella realtà *giudicabile*, ed il *sapere senza aggettivi e senza specificazioni* si traduce nel *sapere nelle forme del processo*.

Al riguardo, in particolare, John Henry Wigmore, già agli esordi del XX secolo, soleva icasticamente distinguere le «*rules of extrinsic policy*», ossia le regole che «*allow certain extrinsic policies, important to the community in general, to override temporarily the purpose of ascertaining the truth*», e le «*rules of auxiliary probative policy*», regole, invece, «*based on experience of the special dangers or weaknesses or untrustworthiness in specific classes of evidence, and designed to strengthen the weaknesses, avoid the dangers, and provide desirable safeguards*» (14).

In tal senso, anche nel solco delineato dalla Convenzione ONU del 10 dicembre 1984 *against torture*, secondo cui «*each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made*» (art. 15), la legge 14 luglio 2017, n. 110, al fine precipuo di contrastare il fenomeno della tortura proprio sul versante processuale, ha inserito nell'art. 191 c.p.p. un nuovo comma 2-*bis*, il quale prescrive che le «dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale».

In effetti, che l'impiego della tortura produca elementi probatori inutilizzabili è conclusione alquanto sicura nella sua più lineare immediatezza, perché solidamente ancorata al dato codicistico sin dal 1988, in forza del divieto probatorio di ampia portata epistemologica – sancito dall'art. 188 c.p.p. per qualsiasi prova dichiarativa tipica (e non solo) alla stregua di un «principio generale di ordine pubblico processuale» (15), come pure dal-

---

(14) J.H. Wigmore, *A Pocket Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Boston 1910, 184 e 368. Sul tema v., inoltre, M.R. Damaška, *Evidence Law Adrift* (1997), trad. it., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003, 24 ss.

(15) E. Fortuna, *I soggetti*, in E. Fortuna – S. Dragone – E. Fassone – R. Giustozzi, *Nuovo manuale pratico del processo penale*, Padova 2002, 228. In ordine a tale profilo generale v., inoltre, M. Chiavario, *Limiti probatori nel vigente codice di procedura penale*, in Id., *Garanzie ed efficienza della giustizia penale. Temi e problemi*, Torino 1998, 49 ss.; L. Faldati, *La testimonianza penale*, Milano 2012, 23; M. Nobili, Sub *art. 188 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, I, Torino 1990, 396 ss.; L. Scomparin, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova 2000, 22 ss.; G. Ubertis, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. pen.*, X, Torino 1995, 296 ss. Del resto, va ricordato che, ai sensi dell'art. 189 c.p.p., la tutela della libertà morale è una delle condizioni di ammissibilità proprio delle prove atipiche: in proposito, v. G.F. Ricci, *Le prove atipiche*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'art. 64, comma 2°, c.p.p. nel caso particolare dell'interrogatorio espletato nel corso delle indagini preliminari (16) – secondo cui non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

Tale disciplina, infatti, fornendo una indicazione molto rilevante sulla maniera di concepire il rapporto tra autorità e individuo, mira a tutelare, in generale, la libertà morale della persona nell'assunzione della prova, nonché, in particolare, il diritto fondamentale e irrinunciabile del soggetto sottoposto a procedimento penale ad autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte difensive. In quest'ultimo senso, il codice di rito assicura all'interrogato la libertà di non vedere né ingannata, né coartata la propria coscienza o personalità psichica, insieme al diritto di non vedersi ingiustamente imposto un determinato contegno, neanche passivo, bensì di poter scegliere, senza alcun condizionamento, se concorrere o no alla ricostruzione della verità giudiziale attraverso il proprio contributo conoscitivo.

In questa dimensione, il processo penale viene necessariamente ad assumere una precisa nota distintiva di natura epistemologica, dovuta alla considerazione di scarsa affidabilità dei dati cognitivi conseguiti *per tormenta*, ma, soprattutto, esso non può che acquisire una fondamentale ispirazione etica, in cui la salvaguardia della libertà e della dignità umana vale più della mera amministrazione della giustizia, nonché in cui la tutela dell'innocenza è sempre superiore al rischio dell'impunità.

2. – Storicamente, la tortura *giudiziaria* sta ad indicare «qualsiasi procedimento giudiziario con cui si cerchi d'estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale, piegandone con forza o con artificio la contraria volontà, una confessione o altra dichiarazione utile all'accertamento di fatti

---

Milano 1999, 535 ss.; P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, II ed., Milano 2014, 186 ss.

(16) Riguardo a tale profilo v., in particolare, E.M. Catalano, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, in *www.archiviopenale.it*, 11 marzo 2019; O. Dominioni, Sub *artt. 64-65 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio – O. Dominioni, I, Milano 1989, 403 ss.; R.E. Kostoris, Sub *artt. 64 e 65 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, I, cit., 332 ss.; L. Lupária, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano 2006, 78 ss.; O. Mazza, *Interrogatorio ed esame dell'imputato: identità di natura giuridica e di efficacia probatoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1994, 822 ss.; V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino 2006, 31 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non altrimenti accertati, al fine ultimo di definire il giudizio fondando la sentenza sulla verità così ottenuta» (17).

Ebbene, da questa icastica definizione emergono chiaramente due caratteristiche fondamentali che sono tradizionalmente presenti nella tortura giudiziaria: il connotato della *legalità* in senso tecnico, ossia, della previsione della sua liceità da parte di una valida ed efficace norma giuridica; e il carattere *istituzionale*, essendo praticata dai rappresentanti di quelle istituzioni che, in un dato ordinamento, dispongono del relativo (indispensabile) potere autoritativo. Un altro tipo di tortura che presenta i caratteri della legalità e della istituzionalità è certamente rappresentato dalla *tortura-pena*, la quale, tuttavia, non deve mai essere confusa con la tortura giudiziaria, sia perché la prima rientra senz'altro tra i tipi della tortura-fine, sia perché, contrariamente alla seconda, essa si svolge non all'interno di un processo, bensì successivamente e, anzi, proprio a cagione di questo.

In realtà, la distinzione tra tortura-pena e tortura giudiziaria è presente sin dai primi tempi in cui quest'ultima entrò a pieno titolo a fare parte degli strumenti operativi del diritto processuale penale, vale a dire già nell'ambito specifico e remoto dell'ordinamento giuridico romano, benché nel linguaggio comune fosse comunque solitamente facile rinvenire una qualche confusione o commistione tra i due istituti. In quella dimensione storica, infatti, la tortura giudiziaria veniva generalmente espressa con il termine *quaestio*, che era lo stesso vocabolo con il quale venivano chiamati gli interrogatori, mentre era distinta dalla tortura intesa genericamente come atto punitivo di violenza materiale, per la quale erano adoperati i termini *tormenta* e *cruciatus*. In questa direzione, appare evidente come la tortura giudiziaria venisse intesa come una maniera più rigorosa e più efficace di condurre l'interrogatorio, in modo tale che Ulpiano avvertiva che «*quaestionem autem sic accipimus non tormenta tantum, sed omnem inquisitionem*» (18), e al punto che la stessa veniva sovente indicata con la locuzione, più generica, di tortura «*ad eruendam veritatem*» (19).

---

(17) P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, Milano 1953, 5. Sul punto v., inoltre, F. Cordero, *Quando viene profanato il corpo*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, 35.

(18) Digesto, 29.5.1.25 (*Ulpianus libro 50 ad edictum*).

(19) Significativa è proprio la definizione che dell'istituto dà Ulpiano: «*'quaestionem' intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*» (D. 47.10.15.41 - *Ulpianus libro 77 ad edictum*). Sul punto v., segnatamente, A. Bellodi Ansaloni, Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* Quaestio per tormenta, Bologna 2011, 3 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In questo senso, si deve ricordare che, nell'ambito della stratificata esperienza del diritto romano, la tortura giudiziaria è stata applicata, per lungo tempo, fondamentalmente agli schiavi, i quali, però, venivano considerati, dalla società e dal diritto dell'epoca, essenzialmente come degli oggetti (*res*) (20). È, infatti, opinione assai diffusa in dottrina che a Roma, almeno fino al II secolo d.C., agli organi preposti alla repressione criminale non fosse consentita la possibilità di servirsi della tortura sugli uomini liberi nelle indagini istruttorie, né tantomeno di utilizzarla a titolo di pena, e che questa regola non avesse subito significative eccezioni almeno per tutto il periodo repubblicano (salvo, per alcuni storici, qualche rara eccezione con riguardo a stranieri o ad appartenenti alla plebe) (21). Ad ogni modo, durante l'epoca imperiale, pur mantenendo alcune eccezioni per i cittadini più illustri (*honestiores*), quali senatori, decurioni, *milites* o *equites*, la tortura fu resa ampiamente utilizzabile anche nei confronti di soggetti liberi, al fine di provare i delitti più gravi, come la magia, il falso nummario, il veneficio, ovvero i reati contro la *salus publica*, quali l'incesto o l'adulterio. Nessuna eccezione era, poi, prevista per il delitto di lesa maestà, rispetto al quale tutti potevano essere sottoposti ai tormenti.

Se, però, nella maturità del diritto romano l'istituto della tortura giudiziaria si presenta come un compiuto ed organico sistema di norme, «che conosce (...) le esorbitanze oltre i limiti del vero e proprio diritto processuale, ma che nell'interno di questo non ammette incoerenze e respinge ogni contaminazione con mezzi di prova appartenenti ad altri stadi della

---

(20) Sul tema cfr. P. Cerami, Tormenta pro poena adibita, in *AUPA* XLI, Palermo 1991, 5 ss.; G. De Luca, *La tortura nei rapporti tra processo e pena*, in questa *Rivista* 1949, I, 319 ss.; R. Fasano, *La torture judiciaire en droit romain*, Neuchâtel 1997, 131 ss.; P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, cit., 17 ss.; V. Giuffré, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, 5ª ed., Napoli 1998, 160 ss.; J.P. Lévy, *La torture dans le droit romain de la preuve*, in Collatio iuris romani*, Études Dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*, ed. by R. Feenstra, I, Amsterdam 1995, 241 ss.; T. Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, 405 ss.; L. Pansolli, voce *Tortura*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino 1957, 425 ss.; G. Pugliese, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus* 1960, XI, 405 ss.; B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2ª ed., Milano 1998, 246.

(21) In realtà, anche ammettendo che soltanto con l'avvento del Principato e l'affermarsi delle *cognitiones extra ordinem* l'impiego della tortura sui liberi cominciò a diffondersi effettivamente nella pratica del processo penale (all'inizio come «*illegale*» eccezione, poi come mera consuetudine, e infine come attività *ex lege*), «il numero e, soprattutto, la estrema varietà delle fonti – peraltro costantemente distribuite nel tempo – che riferiscono su episodi di utilizzazione della tortura nel campo della repressione criminale già dal periodo regio e repubblicano e nella prima età imperiale rende (...) difficilmente accettabile la loro globale spiegazione in termini di 'invenzioni storiografiche' e di 'abusi di potere'» (C. Russo Ruggeri, Quaestiones ex libero homine. *La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'Impero*, Milano 1992, 4).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

civiltà giuridica» (22), nell'alto medioevo, in seguito al fatale disgregarsi dell'Impero d'Occidente, la tortura venne lentamente sostituita con altri strumenti che meglio si confacevano alla concezione delle popolazioni giunte con le invasioni barbariche, le quali possedevano una visione privatistica del delitto e concepivano l'amministrazione della giustizia, fondamentalmente, come la risoluzione di un conflitto. Pertanto, per secoli la tortura scomparve o rimase come istituto residuale in ambito probatorio, sostituito dalle *purgationes vulgares* (ordalia, duello e giuramento), le quali consistevano in una *prova* giudiziaria, totalmente autonoma rispetto ai fatti da accertare, che gli imputati dovevano sostenere per dimostrare di essere innocenti e così risolvere ogni vertenza. Tuttavia, quando nel basso Medioevo al parcellizzato potere feudale tornò a sostituirsi l'idea di un forte potere centrale, che concentrasse su di sé l'amministrazione della giustizia, il sistema ordalico entrò in crisi e la tortura venne recuperata come strumento «*razionale*» e perfettamente rispondente alla nuova forma inquisitoria che il processo penale intanto stava assumendo, un paradigma rituale fondato sui principi della scrittura e della segretezza e il cui principale obiettivo, per la punizione dei colpevoli, risiedeva nella scoperta della verità, che si presupponeva obiettivamente esistente.

Invero, fin dal tardo XI secolo, prese a diffondersi in tutta Europa il processo romano-canonico e, con esso, il processo inquisitorio, il quale ha una struttura tale da non potere consentire il suo più efficace svolgimento senza il ricorso alla tortura giudiziaria. La procedura inquisitoria, infatti, colloca al centro dell'attività istruttoria l'imputato, il quale, colpevole o innocente che sia, viene «inteso come il depositario di una verità da spremere» (23). Non vi sono, quindi, garanzie per chi «*deve*» raccontare tutto ciò che si presume sia a sua conoscenza, così come ogni strumento *ad eruendam veritatem*, dalle più sottili pressioni psicologiche alla massima coercizione fisica, trova una precisa giustificazione proprio nel fine superiore della ricerca di una – pretesa quanto illusoria – verità *materiale* (24).

---

(22) P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, cit., 52.

(23) F. Cordero, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano 1987, 19. Sul tema v., in particolare, P. Alvazzi Del Frate, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino 2011, 139 ss.; E. Dezza, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989, 6; P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, cit., 192 ss.; I. Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire: l'Inquisizione come modello di violenza legale*, 2ª ed., Milano 1988, 205 ss.; M. Pifferi, *Le insanabili antinomie della tortura. Modelli di verità e significato del dolore nella* quaestio per tormenta *medievale*, in *Leg. pen*. 9 settembre 2019; A. Prosperi, *L'arsenale degli inquisitori*, in Id., *L'Inquisizione romana. Letture e ricerche*, Roma 2003, 314 ss.

(24) Se in generale, a differenza della configurazione triadica del paradigma accusato-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In questo contesto, dunque, la ricerca della confessione a tutti i costi rasenta l'ossessione, mentre «salta la logica elementare del processo, fondata su alee e contrasti, in ossequio a una perversa armonia coatta: '*reus tenetur se detegere*'» (25). Tendenzialmente, infatti, nella procedura del tempo non vigevano rigorose condizioni e limitazioni legali all'introspezione della persona nei cui confronti si procedeva, considerata come una «bestia da confessione», e quei pochi limiti previsti erano «eclissati da un illegalismo radicato nel sistema» (26). Invero, con riguardo all'istituto della tortura giudiziaria, venivano previste, a livello formale, delle «*garanzie*» a tutela degli interrogati, fossero essi rei sospetti o semplici testimoni, le quali, tuttavia, non producevano alcun effetto sul piano sostanziale, traducendosi, dunque, in «*paper rules*, intese a una pantomima piuttosto sporca; i cosiddetti abusi appartengono alla fisiologia dello strumento; che l'operante abbia le mani libere è una condizione dell'alto rendimento offerto dalle macchine inquisitorie» (27).

In tal senso, ad esempio, tutte le confessioni estorte sotto tortura andavano poi ratificate al di fuori dei tormenti. Si trattava, però, di una regola «piuttosto farisaica» (28), in quanto, se ciò non fosse avvenuto e il

---

rio, nella procedura rituale di stampo inquisitorio il processo è ridotto alla contesa duale tra accusatore-giudice e inquisito, l'ingresso sulla scena giudiziaria della tortura contrae ulteriormente la struttura processuale: «riduce infatti ad una sola le tre persone che erano già state ridotte a due. Con l'uso della forza, l'imputato verrà chiamato a farsi accusatore di se stesso e ad identificarsi con i fini dell'inquisitore/giudice. L'*actus trium personarum* si trasforma nell'azione unitaria di una forza sola. Quel che resta dell'accusato è il *reus*: un oggetto (*reus* da *res*), o una *figura ficta*» (M. Sbriccoli, «Tormentum idest torquere mentem», in *La parola all'accusato*, a cura di J.C.M. Vigueur – C. Paravicini Bagliani, Palermo 1991, 23).

(25) F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma – Bari 1981, 405.

(26) F. Cordero, *Procedura penale*, 9ª ed., 2012, cit., 25 e 247.

(27) F. Cordero, *La fabbrica della peste*, Roma – Bari 1984, 140–144. In tal senso, la predetta formula latina di Ulpiano passò nei testi medievali, variamente manipolata, fino a giungere nell'anonimo *Tractatus de tormentis* della seconda metà del XIII secolo, secondo la locuzione «*inquisitio quae fit ad eruendam veritatem per tormenta et corporis dolorem*», che resterà nell'arsenale penalistico per circa mezzo millennio.

(28) F. Cordero, *Procedura penale*, 3ª ed., Milano 1974, 19. Diversi, comunque, erano le tecniche e gli strumenti per «*dare tormento*», come differenti erano le modalità processuali con le quali la tortura giudiziaria veniva utilizzata all'interno del procedimento penale. In generale, l'*iter* procedurale della tortura si attivava qualora l'accusato o il testimone non avesse reso le dichiarazioni richieste nell'interrogatorio «*semplice*» (cioè senza tortura) e soleva dividersi in due fasi: la *terrizione verbale* (che consisteva in una tortura psicologica) e la *terrizione reale* (o tortura fisica). Il primo passo per iniziare la procedura tormentatoria consisteva, infatti, nella conduzione, al luogo dell'esame, dell'individuo da «*rigorosamente interrogare*», al quale veniva fatto compiere un giuramento di dire tutta la verità, mentre gli veniva annunciata l'intenzione di procedere a tortura contro di lui. Seguivano, dunque, la fase di terrizione verbale, durante la quale venivano mostrati gli strumenti di tortura con la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

soggetto avesse ritrattato la sua confessione, quest'ultimo, in genere, sarebbe stato sottoposto ad ulteriore tortura.

Nel fluire dei secoli, l'illuminismo, uno dei movimenti filosofici e culturali più importanti ed influenti della storia dell'umanità, non poté che dirigere tutte le sue forze contro l'uso dei tormenti *ad eruendam veritatem*, ponendo in essere una vera e propria opera di demolizione, anche teorica, della tortura giudiziaria.

In realtà, contro la tortura si sono levate voci di protesta sempre più vigorose sin da tempi remoti, e con argomentazioni non dissimili da quelle poi portate dagli illuministi. Cicerone (29), Quintiliano (30) e Sant'Agostino (31) o, per ricordare personalità più recenti, Montaigne (32) e Scanaroli (33), criticarono anche duramente l'uso della tortura in ambito processuale. Se, però, «in nessun tempo mancano elette intelligenze, che repudiano l'errore comune» (34), nessuna di queste parlò con abbastanza vigore da fare abolire la tortura, forse perché troppo concentrate solo sugli abusi. La novità del dibattito illuministico, pertanto, non sta tanto nell'avere riportato all'attenzione tesi abolizionistiche, note (almeno in parte) fin dalla antichità, quanto nella capacità di impatto sull'opinione pubblica di un «*arsenale*» argomentativo dotato di un'indubbia profondità teorica, di una complessità di insieme e di una varietà di spunti, che costituiscono un valore aggiunto rispetto a quanto elaborato in ognuna delle riflessioni singolarmente individuate, anche nel passato (35).

---

minaccia di usarli se l'accusato non avesse confessato o se il testimone non avesse parlato, e infine, se ciò non fosse bastato a fargli rendere le pretese dichiarazioni, la fase di terrizione reale, con l'inflizione dei tormenti, di regola, via via sempre più incisivi e gravosi.

(29) Cicerone, *Pro Sulla*, cap. 28, § 78.

(30) Quintiliano, *Institutio oratoria*, 5, 4.

(31) S. Agostino, *De civitate Dei*, 19, 6.

(32) Montaigne, *Essais de Messire Michel Seigneur de Montaigne Chevalier de l'ordre du Roy, & Gentilhomme ordinaire de sa Chambre*, A. Bourdeaus, par S. Millanges Imprimeur ordinaire du Roy, 1580, 2, 5.

(33) G.B. Scanaroli, *De visitatione carceratorum libri tres*, Romae, Typis Reverendae Camerae Apostolicae, 1655, lib. II, 6, cap. 2, 6.

(34) C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze 1862, 44. Sul punto v., inoltre, G. Serges, *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in *Momenti di storia della giustizia*, a cura di L. Pace – S. Santucci – G. Serges, Roma 2011, 297 ss.

(35) Il «nocciolo» della questione illuministica «non sta infatti tanto nella (...) originalità delle tesi sviluppate dagli intellettuali settecenteschi contro la tortura, ma nella loro capacità di aprire un dialogo con il pubblico di lettori e di trovare una rispondenza sul piano della sensibilità collettiva di un'epoca e della sua volontà di autorappresentarsi come aperta al progresso e all'innovazione scientifica e culturale. (...). Le trattazioni illuministiche contro la tortura sono appunto caratterizzate dal rincorrersi di logiche argomentative diverse, dalla sovrapposizione di considerazioni legate al criterio dell'utilità e di riflessioni attorno al

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Con slancio primordiale, Tommaso Briganti, nella sua *Pratica criminale* pubblicata a Napoli nel 1755, già propose senza alcuna esitazione l'abolizione integrale della tortura giudiziaria, definita come «barbara iniquità» e considerata come «un giudiziale sperimento assai azzardoso, pericoloso, mendace, vano, infedele» (36). Il *Dei delitti e delle pene* di Beccaria fu, però, l'opera «che diede il segnale della guerra generale contro codesta assurda barbarie» (37). D'altronde, a sferrare l'offensiva finale e decisiva fu Pietro Verri, scrivendo tra il 1770 e il 1776 un'opera intitolata *Osservazioni sulla tortura* e uscita postuma solo nel 1804, in cui alle (ormai) classiche argomentazioni illuministiche aggiunse ulteriori contributi speculativi assai «*innovativi*», da una parte dimostrando come neppure le autorità del tempo considerassero la tortura come un valido strumento *ad eruendam veritatem*, quanto un mezzo di controllo dell'ordine pubblico, e dall'altra, sostenendo che la tortura fosse intrinsecamente ingiusta, e ciò quand'anche si dimostrasse che fosse utile per scoprire la verità (38).

---

concetto di giustizia, dall'alternarsi di riferimenti alla teologia e alla razionalità della natura umana, dalla combinazione di argomentazioni etiche, politiche, religiose» (M.P. Paternò, *La critica alla tortura nell'illuminismo*, in *Tortura di Stato: le ferite della democrazia*, a cura di A. Giannelli – M.P. Paternò, Roma 2004, 20 e 21).

(36) T. Briganti, *Pratica criminale delle corti regie, e baronali del regno di Napoli raccolta dal dottor d. Tommaso Briganti ad uso de' suoi figliuoli*, In Napoli, per Vincenzo Mazzola, e si vendono da Angiolo Vocola, 1755, 13, 27.

(37) A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, 2ª ed., Torino 1892, VI, parte I, 443. In tal senso, Beccaria scriveva: «è un voler confondere tutt'i rapporti l'esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore, ed accusato, che il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli, e nelle fibre di un miserabile. Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati, e di condannare i deboli innocenti. Ecco i fatali inconvenienti di questo preteso criterio di verità, ma criterio degno di un Cannibale» (*Dei delitti e delle pene*, 1764, 36). Dunque, secondo il celebre Giurista milanese, la tortura *ad eruendam veritatem* non è utile, poiché «o il delitto è certo, o incerto; se certo, non gli conviene altra pena, che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le Leggi un uomo, i di cui delitti non sono provati» (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., 35).

(38) Al riguardo, Verri osservava: «se la inquisizione della verità fra i tormenti è per se medesima feroce, se ella naturalmente funesta la immaginazione di un uomo sensibile, se ogni cuore non pervertito spontaneamente inclinerebbe a proscriverla e detestarla; nondimeno un illuminato cittadino preme e soffoca questo isolato raccapriccio, e contrapponendo ai mali, dai quali viene afflitto un uomo sospetto reo, il bene che ne risulta dalla scoperta della verità nei delitti, trova bilanciato a larga mano il male di uno colla tranquillità di mille. (...). Ma i sostenitori della tortura con questo ragionamento peccano con una falsa supposizione. Suppongono che i tormenti sieno un mezzo da sapere la verità: il che è appunto lo stato della questione. (...). Io credo per lo contrario facile il provare le seguenti proposizioni: I Che i tormenti non sono un mezzo di scoprire la verità. II Che la legge e la pratica stessa criminale non considerano i tormenti come un mezzo di scoprire la verità. III Che quand'anche poi un tal metodo fosse conducente alla scoperta della verità, sarebbe intrinseca-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In tale vivida temperie culturale, politica e giuridica avvenne, gradualmente, l'abolizione della tortura. Il primo Paese ad abolire del tutto la violenta *veritas per tormenta inquisitio* fu la Prussia, nel 1740, per opera di Federico II, appena salito al trono e «*imbevuto*» del pensiero illuminista. Per quanto riguarda l'Italia, quando Maria Teresa d'Austria abolì la tortura in tutti i suoi territori con un Decreto del 2 gennaio 1776, il Senato milanese, che pure rientrava tra i suoi domini ma che aveva mantenuto una certa autonomia, si rifiutò di estendere alla sua giurisdizione il divieto di tale pratica, la quale fu cancellata da Giuseppe II, figlio e successore dell'Imperatrice, solo nel 1788. D'altronde, come è noto, nella storia degli stati moderni, la riforma criminale promulgata a Pisa dal Granduca di Toscana Pietro Leopoldo il 30 novembre del 1786 fu la prima legislazione ad abolire del tutto la tortura insieme alla pena di morte.

Ebbene, a seguito della completa abolizione in Europa della *quaestio per tormenta* (proprio a partire dagli anni della c.d. età delle riforme) e dell'avvento del garantismo penale, ma soprattutto dopo l'affermazione degli Stati democratici e della cultura dei diritti umani, sembrava ormai definitivamente concluso il discorso sulla tortura giudiziaria, relegando così la sua parziale riemersione nel XX secolo al particolare assetto dei regimi totalitari nei quali essa fu praticata. Anche di recente, tuttavia, a seguito delle frizioni intervenute nel panorama politico internazionale, identificate sotto la formula generica della *lotta al terrorismo*, un dibattito sempre più vasto e articolato ha cominciato ad accendersi sulla compatibilità di pratiche torturatorie *ad eruendam veritatem* con i sistemi democratici occidentali, tutti in larga parte riconducibili ad una comune matrice liberale e garantista e tutti aderenti alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948.

Da tempo, invero, alcuni giuristi e intellettuali hanno preso a sostenere la legittimità dell'uso della tortura «*democratica*» *ad eruendam veritatem* in situazioni prettamente emergenziali. Tra i principali esponenti della corrente di pensiero favorevole all'uso della tortura come strumento di difesa dal terrorismo sono senz'altro da annoverare Mi-

---

mente ingiusto. (...). Ora la tortura tende co' spasimi a ridurre l'uomo a tradirsi, a rinunziare alla difesa propria, ad offendere, a perdere se stesso. Questo solo basta per far sentire, senza altre riflessioni, che la tortura è intrinsecamente un mezzo ingiusto per cercare la verità, e che non sarebbe lecito usarlo quand'anche per lui si trovasse la verità» (*Osservazioni sulla tortura, e singolarmente sugli effetti che produsse all'occasione delle unzioni malefiche, alle quali si attribuì la pestilenza che devastò Milano l'anno 1630*, in *Scrittori classici italiani di economia politica*, Parte moderna, t. XVII, Milano, Nella Stamperia e Fonderia di G.G. Destefanis, 1804, 273, 274 e 284).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

chael Walzer (39), Alan Dershowitz e John Choon Yoo (40) e, per quanto riguarda l'Europa, Winfried Brügger (41).

In particolare, Dershowitz ha lungamente predicato la compatibilità dell'uso della tortura con il sistema democratico a fronte di necessità incontrovertibili, come nell'ipotesi della *ticking bomb*, al fine cioè di «impedire l'omicidio di migliaia di civili innocenti nel caso di un attentato imminente» (42). Lo stesso, poi, ne ha addirittura consigliato una puntuale disciplina legislativa, con lo scopo di prevenire abusi; una precauzione inutile, se non dannosa, posto che la tortura giudiziaria è *in re ipsa* «incompatibile con la legalità: l'abuso appartiene alla fisiologia dello strumento» (43).

Ad ogni modo, nell'ambito di sistemi democratici occidentali, l'esperienza degli interrogatori con l'uso di tortura durante la Guerra Fredda, ma soprattutto i precedenti ben noti nella prigione militare di Guantanamo sono assai significativi e meritano un'attenzione particolare. L'uso istituzionale, sia pure circoscritto, della tortura è in grado di innescare un travolgente effetto-domino, una *slippery slope*, perché cedere ad essa, anche una sola volta, può essere bastevole ad introdurre nell'ordinamento una pratica fisiologicamente abusiva e dall'indubbia forte attrattiva, come appunto quella della tortura giudiziaria. Invero, l'utilizzazione della tortura, una volta introdotta in un ordinamento, sia pure circondata da forti limitazioni e dal carattere temporaneo, derogatorio ed eccezionale, reca in sé un germe infettante assai pericoloso, che la rende comunque ontologicamente inconciliabile con qualunque ordinamento realmente democratico e garantista.

3. – La disciplina originaria del vigente codice di rito penale pone un preciso limite all'impiego di metodi e tecniche idonei a coartare la libertà morale della persona; e dato che nella dimensione più autentica di siffatta garanzia risiede il radicale ripudio di ogni forma di violenza fisica e psicologica, *id est* della tortura, non v'è dubbio come dalla violazione di tale

---

(39) M. Walzer, *Political Action: The Problem of Dirty Hands*, in *Philosophy and Public Affairs*, II, 1973, 168 ss.

(40) J.C. YOO, *The Powers of War and Peace*, Chicago 2005, 3 ss.; Id., *War by Other Means*, New York 2006, 33 ss.

(41) W. Brügger, *Würde gegen Würde*, in *Verwaltungsblätter für Baden–Württemberg*, 16, 1995, 414 ss.; Id., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in *Der Staat*, 35, 1996, 67 ss.

(42) A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, London 2002, trad. it., *Terrorismo*, Roma 2003, 136.

(43) F. Cordero, *La fabbrica della peste*, cit., 141 e 142.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

divieto di acquisizione probatoria discenda pacificamente l'inutilizzabilità degli elementi di prova così ottenuti. Sarebbe, però, affrettato ravvisare nell'art. 191, comma 2°-*bis*, c.p.p. una superflua, pleonastica e (quasi) pedagogica reiterazione dei divieti probatori già desumibili dalla codificazione del 1988. Piuttosto, la creazione di un nuovo ed esplicito divieto d'uso corrobora e rinsalda la tutela della dignità della persona nell'ambito del procedimento penale, assicurando, al contempo e in modo ancor più stringente, la legalità della raccolta delle prove e, quindi, della decisione (44).

Certo, occorre, anzitutto, scongiurare un insidioso (e facile) equivoco che può derivare da una difettosa e improvvida formulazione testuale dell'art. 191, comma 2°-*bis*, c.p.p. Invero, secondo il mero dato letterale della disposizione *de qua*, il divieto probatorio scatterebbe solo quando le dichiarazioni siano state «ottenute mediante il delitto di tortura». Ciò non significa, però, che l'accertamento processuale della commissione di quel delitto sia condizione di operatività del divieto probatorio. In realtà, in tal caso, il legislatore *plus dixit quam voluit*, incappando in un incidente linguistico, (forse) dovuto all'impiego di un lessico indubbiamente poco attento e ponderato. Ad ogni modo, a rimediare ogni eventuale impasse, scatta comunque il predetto art. 188 c.p.p., che si riespande naturalmente nella sua dimensione di tutela e che colpisce qualunque condotta, anche non riconducibile all'art. 613-*bis* c.p., capace di limitare la libertà di autodeterminazione del dichiarante, rendendo così inutilizzabili le dichiarazioni ottenute (45).

Più che opportuna appare, invece, la clausola di salvaguardia espressa nella seconda parte dell'art. 191, comma 2°-*bis*, c.p.p., la quale ammette l'uso delle dichiarazioni estorte per provare la commissione del delitto di tortura. In tal senso, la finalità palese di evitare situazioni d'impunità del tutto incompatibili con uno Stato di diritto, ma intrinsecamente connaturate alla difficoltà di gettare luce nei luoghi oscuri in cui si pratica la tortura, si salda con il diritto alla verità di cui godono la vittima di tali tormenti, i suoi familiari e, in ultima analisi, l'intera collettività. In altri termini, se lo Stato non può impiegare la tortura come strumento euristico,

---

(44) Così F.S. Cassibba, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma* 2-bis *c.p.p.,* in *Dir. pen. cont*. 2018 (4), 114. Sul punto cfr. C. Fiorio – F. Urbinati, *La codificazione della fattispecie di tortura: profili processuali*, in *Arch. pen*. 2018, 6 ss.

(45) In tal senso v., in particolare, F.S. Cassibba, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma* 2-bis *c.p.p.*, cit., 113.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'eventuale verità dell'accusa di avere commesso il delitto di tortura dev'essere ricercata legalmente ma strenuamente dallo Stato medesimo. Del resto, l'art. 191, comma 2°-*bis*, c.p.p. non fa altro che corroborare il predetto dovere positivo dello Stato, desumibile dagli artt. 1 e 3 CEDU, di svolgere un procedimento penale effettivo volto all'individuazione e alla punizione degli autori di torture (46).

Peraltro, la formulazione del nuovo comma 2-*bis* «non ricalca pedissequamente quella del comma 1 dell'art. 191, ma sembra porre un divieto 'rafforzato' di utilizzabilità delle prove: ciò emerge dal fatto che le dichiarazioni o le informazioni non sono 'comunque' utilizzabili» (47). In effetti, sotto il profilo processuale, l'utilizzo della tortura determina la violazione di un divieto probatorio assoluto nei confronti di qualsivoglia dichiarazione estorta, sia che provenga direttamente dall'imputato, sia che scaturisca semplicemente da un possibile testimone; e ciò in maniera del tutto indipendente finanche dallo scopo che ha mosso il soggetto torturatore, nonché dal contenuto decisivo degli elementi dichiarativi ai fini dell'accertamento dei fatti. Dunque, «ogni decisione giudiziaria e, segnatamente, la sentenza di condanna nei confronti della vittima di torture che tengano, comunque, conto delle dichiarazioni estorte sono affette, integralmente, da un'invalidità irrimediabile, che non può essere aggirata in sede d'impugnazione», tramite la c.d. prova di resistenza (48).

Invero, le dichiarazioni estorte con l'impiego di torture, una volta entrate nel panorama probatorio, perché non espunte prima del provve-

---

(46) Sul punto v. F. Cassibba – A. Colella, Sub *art. 3 – Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di F. Viganò – G. Ubertis, Torino 2016, 68; A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. trim*. 2011, 221 ss.; D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009, 70 ss.; P. Lobba, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto internazionale*, in *Dir. pen. cont*. 2017 (10), 181 ss.

(47) C. Fiorio – F. Urbinati, *La codificazione della fattispecie di tortura: profili processuali*, cit., 7. Sul tema v., inoltre, E.M. Catalano, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria,* in *Arch. pen*. 2019, 3 ss.

(48) F.S. Cassibba, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2*-bis *c.p.p.*, cit., 114; *contra*, P. Bronzo – G. Colaiacovo, *Inutilizzabilità delle prove e delitto di tortura nel sistema processuale italiano,* in *Rev. bras. dir. proc. pen*. 2021 (1), 333 ss.; Sul tema v., inoltre, C. Conti, *L'inutilizzabilità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino 2015, 136 ss.; F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano 2008, 108 ss.; N. Galantini, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir*., I agg., Milano 1997, 708; F.M. Grifantini, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen*., VII, Torino 1993, 254 ss.; G. Illuminati, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2010, 529 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dimento decisorio, lo inquinano irrimediabilmente, rendendo sempre viziata la sentenza; e ciò a prescindere dal fatto se l'ideale eliminazione della prova vietata dal compendio conoscitivo permetta, comunque, di giustificare il medesimo convincimento sulla base delle prove residue.

Specifica attenzione merita, poi, la particolare questione dell'influenza che le dichiarazioni rese non liberamente dall'inquisito sottoposto a tortura possono esercitare su prove acquisite successivamente. Invero, la tortura rende inutilizzabili le dichiarazioni estorte non solo ai fini della prova della responsabilità penale o, comunque, della veridicità dell'affermazione del fatto oggetto delle dichiarazioni, ma anche come spunto investigativo per la ricerca di altri dati probatori: insomma, «la violazione del divieto di impiegare la tortura a fini confessori o di raccolta di dichiarazioni fa scattare l'inutilizzabilità derivata di ogni elemento di prova reperito a partire dalle informazioni estorte» (49).

In effetti, si discute da tempo se l'inutilizzabilità si trasmetta da una prova invalida alle prove successivamente raccolte, secondo la celebre dottrina nordamericana dei *fruits of the poisonous tree* (detta anche *derivative evidence doctrine),* che nell'impiego indiretto della prova vietata ravvisa un'ulteriore lesione del diritto già vulnerato con la sua apprensione (50). Si tratta, cioè, della *vexata quaestio* della configurabilità o meno

---

(49) F.S. Cassibba, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2*-bis *c.p.p.*, cit., 115.

(50) Sul tema cfr., in particolare, E. Basso, Sub *art. 185 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II, Torino 1990, 368 ss.; A. Cabiale, *L'inutilizzabilità «derivata»: un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont*. 2013 (2), 112 ss.; C. Conti, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.* 2010, 785 ss.; L.P. Comoglio, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.* 1996, 1547 ss.; F. Cordero, *Procedura penale*, 9ª ed., 2012, cit., 645 ss.; G. De Amicis, *Sulla «inutilizzabilità consequenziale»*, in *Cass. pen.* 1999, 1571 ss.; D.P. Gentile, *Il diritto delle prove penali*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio – M. Cherif Bassiouni, Milano 1988, 206 ss.; P. Felicioni, *Le ispezioni e perquisizioni*, Milano 2012, 553 ss.; A. Nappi, *A proposito della cosiddetta inutilizzabilità derivata*, in *Cass. pen.* 2018, 3046 ss.; T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen*. 1999, 527 ss.; E.M.T. Di Palma, *Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all'art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.* 1994, 3162 ss.; M. Montagna, *Il* «male captum bene retentum» *è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.* 1997, 1125 ss.; M. Panzavolta, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, Fano 2012, 263 ss.; G. Pierro, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli 1992, 170 ss.; A. Scaglione, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale e nelle leggi speciali*, Padova 1987, 112 ss.; Id., *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Ris. Agg., Torino 2001, 136 ss.; M. Scaparone, «Common law» *e processo penale*, Milano 1974, 26 ss.; S.C. Thaman, «Fruits of the poisonous tree» in comparative law, in *South. Journ. Int. Law* 2010, 333 ss.; A.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dell'*inutilizzabilità derivata*: in sostanza, una volta affermata l'inutilizzabilità di una prova, occorre individuare se quel vizio si propaghi agli atti probatori successivi che in qualche modo «*dipendono*» dall'elemento conoscitivo acquisito in violazione di un divieto probatorio.

La questione è, tuttora, più che mai controversa in mancanza di una chiara norma al riguardo, corrispondente a quella dettata per la nullità, secondo cui «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo» (art. 185 c.p.p.) (51). E proprio la mancanza di un'espressa indicazione legislativa «è stata considerata decisiva per escludere la propagazione di questa forma d'invalidità» (52), affermando che l'art. 185, comma 1°, c.p.p. «non trova applicazione in materia di inutilizzabilità» (53), pena una non consentita applicazione analogica della disposizione *de qua*.

Tarallo, *Il destino dei «frutti dell'albero avvelenato» alla luce del criterio di equità complessiva del processo: nota alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso Knox contro Italia*, in *Giust. pen*. 2019, I, 230 ss.; G.L. Verrina, *Approccio riduttivo della Corte di cassazione alla categoria della inutilizzabilità derivata*, in *Giur. it*. 1998, 558 ss.

(51) A tal riguardo, tuttora, il Tribunale di Lecce, con più ordinanze, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in ordine al tema delle prove illegittimamente acquisite e, soprattutto, della sanzione dell'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione di un divieto di legge, nonché dell'omessa previsione dell'applicazione della sanzione anche alle c.d. inutilizzabilità derivate, cioè ai risultati degli atti di ricerca o acquisizione della prova. Sul punto v., in particolare, N. Galantini, *L'art. 191 c.p.p. a confronto con la 'inutilizzabilità derivata' in un nuovo giudizio costituzionale*, in *Sist. pen*., 18 gennaio 2022.

(52) R. Casiraghi, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2009, 1785.

(53) Cass., sez. II, 24 gennaio 1996, n. 6360, in *Giur. it*. 1998, 558; conf. Cass., sez. VI, 5 marzo 2020, n. 9009, in *C.E.D. Cass.*, n. 278563; Cass., sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 4119, *ivi*, n. 278196; Cass., sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125, *ivi*, n. 279555; Cass., sez. V, 10 ottobre 2019, n. 44114, *ivi*, n. 277432; Cass., sez. VI, 12 settembre 2018, n. 5457, *ivi*, n. 275029. In realtà, è facile osservare che ogni confronto fra propagazione dell'inutilizzabilità e trasmissione della nullità appare fuori luogo, dal momento che gli schemi concettuali costruiti su altre forme di invalidità e, segnatamente, sulla nullità sono inadatti ad essere applicati ad un vizio-sanzione peculiare come l'inutilizzabilità. Già in passato, la questione è stata prospettata anche alla Corte costituzionale, che l'ha però dichiarata inammissibile, affermando, tra l'altro, che non è possibile trasferire nella disciplina della inutilizzabilità il concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione alle nullità, poiché il tema stesso della dipendenza tra gli atti probatori ammette, già sul piano logico, un'ampia varietà di possibili configurazioni e alternative (Corte cost., sent. 27 settembre 2001, n. 332, in *Giur. cost*. 2001, 2821). Anche di recente, la Consulta ha voluto ribadire come, in assenza di un'espressa previsione legislativa, sia «lo stesso sistema normativo ad avallare la conclusione secondo la quale, per la inutilizzabilità che scaturisce dalla violazione di un divieto probatorio, non possa trovare applicazione un principio di 'inutilizzabilità derivata'» (Corte cost., sent. 3 ottobre 2019, n. 219, in *Cass. pen*. 2020, 165, con nota di E. Aprile, *Non è contraria alla Costituzione la norma prevista dall'art. 191 c.p.p. sull'inutilizzabilità interpretata in conformità al brocardo* «male captum bene retentum»; conf. Corte cost., sent. 26 novembre 2020, n. 252, in *www.processopenaleegiustizia.it*, 26 novembre 2020; Corte cost., ord. 9

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Al riguardo, pur nella diversità delle argomentazioni e dei toni, la dottrina prevalente sembra, invece, concorde nell'ammettere *expressis verbis* l'estendersi dell'inutilizzabilità alla prova acquisita in seguito a confessione estorta, espungendo comunque dal processo contributi informativi che non sarebbe stato possibile ottenere ricorrendo alla forma ortodossa di sondaggio della conoscenza del dichiarante (54). Una conclusione così radicale trova piena giustificazione nel rango costituzionale dei valori aggrediti e nel carattere fondamentale dei diritti negati, nonché nell'imprescindibile esigenza «*politica*» di garantire appieno l'effetto deterrente dell'inutilizzabilità. È, infatti, evidente che, «se l'elemento di prova illegittimamente acquisito potesse comunque servire quale presupposto per ottenere ulteriori elementi di prova altrimenti non reperibili, verrebbe incentivata la violazione dei divieti probatori nella prospettiva di poter raggiungere, per questa via, risultati spendibili nel processo. Sarebbe così di fatto legittimato l'aggiramento delle regole di esclusione, con intuibili conseguenze sulla legalità dell'intero sistema probatorio» (55).

---

maggio 2022, n. 116, *ivi*, 9 maggio 2022). Al riguardo v., in particolare, P. Ferrua, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *DisCrimen*, 13 novembre 2019; N. Galantini, *Alla ricerca della 'inutilizzabilità derivata'. Note a margine di Corte cost., sent. 3 ottobre 2019, n. 219, e a Corte cost., sent. 26 novembre 2020 n. 252*, in *Sist. pen*. 2021 (3), 151 ss.; C. Iasevoli, *La funzione 'dissuasiva' del processo penale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobili*, a cura di C. Iasevoli, Napoli 2020, 346 ss.

(54) Così, segnatamente, N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova 1992, 91 ss.; V. Grevi, Nemo tenetur se detegere. *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1972, 191 ss.; F.M. Grifantini, voce *Inutilizzabilità*, loc. ult. cit.; M. Scaparone, *Intercettazioni di conversazioni tra presenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 1977, 805; G. Spangher, *«E pur si muove»: dal* male captum bene retentum *alle* exclusionary rules, in *Giur. cost*. 2001, 2828 ss.

(55) O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano 2004, 41. Come ricorda, con riferimento all'esperienza nordamericana, L.P. Comoglio, *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana e germanica*, Pavia 1966, 293, «se si consente che la ricerca della verità non sia il fine assoluto del processo, come tale da perseguirsi ad ogni prezzo, non può disconoscersi che, in questo settore, ragioni di *public policy* ed interessi costituzionali impongono più che mai la tutela dei diritti inviolabili del cittadino, mediante la decisa prevenzione di ogni misura o prassi inquisitoria nella stessa repressione del crimine. Occorre, dunque, impedire che la polizia ricorra a metodi di indagine violenti o coercitivi. Il che non è certo ottenibile con il solo perseguire, penalmente o disciplinarmente, l'attività illecita dei perquirenti: è soprattutto necessario rendere totalmente inutile l'estorsione (o comunque il ricorso a mezzi men che leciti), statuendo l'assoluta inutilizzabilità processuale non soltanto della confessione, ma anche di ogni altra prova ottenuta come sua conseguenza, diretta o indiretta, per quanto rilevante od attendibile che sia. Del resto, la finalità preventiva dei suesposti principi verrebbe sostanzialmente elusa, ove la confessione, *ab initio* inammissibile, potesse essere successivamente ammessa, in quanto confermata dal rinvenimento di altre prove di per sé acquisibili».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dunque, in materia di confessioni estorte con la tortura è incontrovertibile che il divieto d'uso deve concernere «non solo le prove direttamente risultanti dalle dichiarazioni (...) che la legge proclama non utilizzabili», ma pure quelle ottenute per mezzo del «contributo decisivo fornito dalle dichiarazioni medesime» (56). Viene così in gioco una rigorosa applicazione della *poisonous tree doctrine*: della dichiarazione estorta è, infatti, impedito non solo l'uso diretto, ma anche quello indiretto, perché la dichiarazione «*velenosa*», proprio in quanto estorta, contamina tutti gli elementi probatori rinvenuti e conseguiti a partire da essa.

Concludendo, affinché i materiali probatori raccolti dopo l'uso della tortura siano utilizzabili, gli organi inquirenti devono effettivamente dimostrare che «il loro reperimento non è in alcun modo il frutto della violazione del divieto di tortura e della coartata collaborazione processuale dell'imputato» (57). Dunque, in via generale, gli elementi probatori sopravvenuti, per essere utilizzabili, ancorché emersi cronologicamente dopo l'effettuazione di torture, non devono mai «*dipendere*» da esse. Opera qui, peraltro, una precisa ipotesi di inversione dell'onere della prova, ai danni dello Stato: quando gli elementi di prova raccolti dopo le torture coincidano con quelli individuati dalla dichiarazione estorta, si deve ritenere che lo Stato non avrebbe rinvenuto tali elementi se non avesse impiegato la tortura, salvo che non si dimostri chiaramente il contrario.

4. – L'evoluzione storica e l'identità genetica delle democrazie liberali sono indissolubilmente legate alla proibizione assoluta della tortura giudiziaria; ciò non tanto perché le dichiarazioni estorte coi tormenti si sono sempre rivelate estremamente inaffidabili ai fini dell'accertamento della verità, ma soprattutto perché ogni autentica democrazia liberale si oppone nettamente a qualsiasi utilizzo illimitato dell'autorità pubblica contro gli esseri umani, e la tortura rappresenta l'esercizio di potere più totale e incontrollabile che un uomo possa esercitare contro un altro.

Oggi, peraltro, l'aspirazione a far emergere «*automaticamente*» (ossia, in maniera indipendente dalla libera volontà dell'individuo) nel corso del processo la «*verità*» dei fatti sembrerebbe confortata da alcuni risultati delle neuroscienze cognitive; esse, infatti, soprattutto attraverso tecniche

---

(56) V. Grevi, Nemo tenetur se detegere. *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, cit., 196; *contra*, P. Bronzo – G. Colaiacovo, *Inutilizzabilità delle prove e delitto di tortura nel sistema processuale italiano*, cit., 333.

(57) F.S. Cassibba, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma* 2-bis *c.p.p., loc. ult. cit.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sempre più avanzate di diagnostica per immagini, parrebbero non lontane dal mettere a punto dei sistemi efficienti di rilevazione dei ricordi e – quantomeno nell'intenzione dei loro sostenitori – di distinzione tra affermazioni «*vere*» e «*false*». Il problema, però, anche *in subiecta materia*, è legato non solo alla validità epistemologica, nonché alla capacità euristica di tali strumenti cognitivi, in quanto non può che correlarsi primariamente alla conformità o meno delle suddette pratiche con il garantismo penale che pone come fulcro del processo *in criminalibus* la dignità della persona (58).

Ebbene, alla luce delle considerazioni svolte sorge l'assoluta necessità di non sottovalutare l'effettiva portata innovativa dell'art. 191, comma 2°-*bis*, c.p.p. Tale articolo, infatti, è capace d'irrobustire e qualificare, in modo apprezzabile, la tutela processuale della libertà morale della persona. Del resto, se è vero che già con la previsione dell'art. 188 c.p.p. sul divieto di ricorrere a metodi che influiscano sulla libertà di autodeterminazione si è data tutela a tale guarentigia individuale anche in ordine a fattispecie di prova ulteriori rispetto a quella dichiarativa, è altrettanto vero che la nuova disposizione rituale risulta comunque «necessaria a rimarcare il ruolo primario della previsione legislativa di inutilizzabilità processuale, con ciò ribadendo l'ininfluenza in sé della condotta illecita in ambito probatorio» (59).

La disposizione *de qua* tende ad assicurare che, sotto il profilo processuale, l'ordinamento disponga di uno strumento in grado di rendere davvero effettivo e pienamente efficace il divieto di tortura, nonché realmente adeguata la protezione contro tali detestabili pratiche. L'art. 191, comma 2°-*bis*, c.p.p., in tal modo, orienta gli organi procedenti al più rigoroso rispetto della dignità della persona, requisito essenziale del «*giu-*

---

(58) Sul tema cfr. G. Canzio, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.* 2003, 1193 ss.; L.P. Comoglio, *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in questa *Rivista* 2005, 1145 ss.; G. Di Chiara, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia* 2007, 21 ss.; O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano 2005, 11 ss.; G. Fiandaca, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto & questioni pubbliche* 2005 (5), 7 ss.; P. Petrini, *ResponsabilMente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuroscientifico*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. de Cataldo Neuburger, Padova 2007, 317 ss.; Id., *La macchina della verità alla luce delle recenti acquisizioni delle neuroscienze*, in *Cass. pen.* 2008, 407 ss.

(59) N. Galantini, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.* 2019 (4), 65.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sto processo», anche al fine di giungere ad una corretta ricostruzione processuale dei fatti, proprio perché «consentire l'utilizzazione di deposizioni estorte per provare la colpevolezza di chi abbia subito torture oppure trattamenti inumani e degradanti legittimerebbe condotte moralmente riprovevoli e conferirebbe un'apparenza di legalità a simili brutalità» (60).

Il divieto di ogni forma di tortura nell'escussione delle fonti dichiarative e, più in generale, la questione dei limiti all'istruttoria probatoria per l'accertamento penale costituisce il terreno ideale su cui poter misurare le scelte culturali, ideologiche e politiche sottostanti ai diversi sistemi processuali e, di conseguenza, all'assetto dei rapporti intercorrenti, in un dato momento storico, fra Stato e cittadino, fra *autorità* e *libertà*. Si tratta di «una tematica di fondamentale portata sistematica, nella quale sono implicati i valori di fondo del processo penale: dal mito della ricerca della verità materiale alla salvaguarda del diritto di difesa; dalle esigenze della difesa sociale alla tutela della persona dell'imputato; dalla ricorrente tentazione di ripristinare strumenti di acquisizione delle 'fonti' e dei risultati di prova ad impronta inquisitoria alla sempre più diffusamente sentita necessità di riaffermare, contro o almeno a fronte di ogni potere dello Stato, taluni 'insopprimibili' diritti dell'uomo» (61).

Ogni soggetto coinvolto in un processo penale partecipa all'attività di accertamento del fatto come titolare sia di *diritti di natura processuale*, cioè che nascono e trovano attuazione proprio nello sviluppo della vicenda giudiziaria, sia di *diritti collegati alle libertà fondamentali*, *id est* che spettano all'individuo in quanto tale e anche indipendentemente dal suo coinvolgimento in un processo. Mentre i primi si pongono in rapporto di necessaria complementarietà con l'efficienza del processo penale, in quanto devono tendenzialmente contribuire al corretto svolgimento della dialettica processuale, diverso e assai più delicato è il rapporto tra l'efficienza del processo e le garanzie individuali attinenti ai diritti di libertà, poiché, proprio per ragioni di fondamentale portata sistematica, tali diritti non possono venire sacrificati *sic et simpliciter* per mere esigenze di giustizia ricollegabili al valore dell'efficienza o, se non peggio, all'economicità della procedura.

Certamente, le garanzie individuali attinenti ai diritti di libertà non hanno un valore assoluto di fronte alla giustizia penale, poiché le stesse norme della Costituzione che ne consacrano l'inviolabilità (artt. 13, 14 e 15

---

(60) C. dir. uomo, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 105t.
(61) A. Giarda, *Persistendo 'l reo nella negativa*, Milano 1980, 5.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Cost.) prevedono nel contempo la possibilità di eccezionali limitazioni, da attuarsi nel rispetto delle guarentigie costituzionali (*id est*, riserva di legge, riserva di giurisdizione e obbligo di motivazione) destinate ad operare nella previsione delle corrispondenti fattispecie restrittive disciplinate dal legislatore ordinario. Tuttavia, diritti inviolabili dell'uomo come la libertà di autodeterminazione non appaiono suscettibili di compressione nell'ambito del procedimento penale, a meno di non snaturarne l'essenza stessa rispetto all'assetto contemporaneo della civiltà giuridica.

Il processo penale, per non perdere l'anima garantista che ha conquistato nei tempi moderni, non può assumere una connotazione «*neutra*» rispetto ai valori e ai diritti fondamentali dell'uomo, soprattutto in ordine alla ricerca e formazione degli elementi dimostrativi, bensì deve costantemente e in via primaria preservare la dignità della persona, che è valore di fondo dei diritti inviolabili e, quindi, alla base dell'intero ordinamento giuridico (62). Se il *diritto*, in generale, «si colloca a metà strada tra la politica e la morale» (63), i *diritti inviolabili* assolvono nel processo penale la funzione di mezzo di comunicazione tra etica e diritto, di modo che la dignità assume quel «nucleo etico minimo» che segna il confine dello «spazio vitale reciprocamente inviolabile» ed esprime il tratto peculiare dell'uomo in quanto essere morale meritevole di rispetto e non strumentalizzabile (64).

In tal modo, l'etica «è chiamata a svolgere una duplice funzione nel processo: ad essa spetta (...) la verifica della serietà del fine che con il processo s'intende raggiungere e che consiste nella ricerca di una verità relativa e nella formulazione di un giudizio che sia rispettoso dei diritti e della libertà dell'uomo. (...) È e deve essere un'etica che non sia elaborata in astratto, ma vissuta dal giudice e messa a prova nel momento applicativo, nel processo, della norma penale. Intendo riferirmi all'etica (...) per la quale nessuno può essere trattato (...) come una cosa» (65).

In conclusione, da un parte, occorre riaffermare una precisa connotazione epistemologica del processo penale, ove «il metodo di accertamento

---

(62) In ordine a tale profilo v., in particolare, G. Di Chiara, *Libertà «globale» e valori della persona: linee problematiche del codice del 1988*, in *Giusto processo* 1991, 96; G. Ubertis, *Diritti fondamentali e processo penale* (2000), ora in Id., *Argomenti di procedura penale*, Milano 2002, 6 ss.

(63) J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, a cura di L. Ceppa, Torino 2007, 35.

(64) E. Schockenhoff, *Comprendere la dignità umana*, in *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007)*, a cura di A. Argiroffi – P. Becchi – D. Anselmo, Palermo 2008, 41.

(65) G.L. Verrina, *L'associazione di stampo mafioso*, Torino 2008, 139 e 138.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della verità rappresenta di per sé un valore» (66), rifuggendo così da ogni elemento e fonte di prova dal carattere gnoseologicamente spurio, contraddittorio o inaffidabile; e, dall'altra, soprattutto, occorre corroborare una ben determinata dimensione etica del giudizio *in criminalibus*, ove siano assicurati gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, muovendo dalla venerabile idea di ispirazione kantiana che «gli individui abbiano una dignità intrinseca e non debbano essere trattati come mezzi» (67).

(66) G. Giostra, *Contraddittorio (principio del) II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Agg., 2001, 5.

(67) F. Cordero, *Procedura penale*, 3ª ed., cit., 17. Al riguardo, invero, restano immortali le parole di Immanuel Kant nell'opera '*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*', pubblicata nel 1785: «Agisci in modo da trattare l'umanità, tanto nella tua persona quanto in quella di ogni altro, sempre e ad un tempo come fine, e mai semplicemente come mezzo» (trad. it. a cura di E. Carrara, *Fondamenti della metafisica dei costumi*, Firenze 1973, 87).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

BRUNO CAVALLONE (*)

I TROPPI RITORNI DI MARTIN GUERRE

Mi permetto di presumere, nei lettori, la conoscenza almeno sommaria della famosa e famigerata vicenda di Martin Guerre – contadino di origine basca fuggito dal paese di Artigat nella Linguadoca, dove risiedeva con la famiglia, nel 1548, senza poi dare notizie di sé, per «ritornarvi» diversi anni dopo – e del relativo processo (avente ad oggetto la vera identità del reduce) celebrato tra il 1559 e il 1560 in primo grado dinanzi al Tribunale di Rieux e in secondo grado dinanzi alla Corte (il «Parlamento») di Tolosa, concluso con la condanna dell'imputato all'impiccagione. Chi la ignorasse o l'avesse dimenticata potrebbe comunque aggiornarsi rapidamente consultando qualcuno dei riassunti, abbastanza accurati, reperibili «in rete», o leggendo, con maggiore diletto, il libriccino di Leonardo Sciascia, *La sentenza memorabile* (Palermo, Sellerio, 1983).

In effetti, la storia ha goduto, nei (quasi) cinque secoli successivi, di una notevole popolarità. Dopo le sue primarie fonti contemporanee (l'imponente *Arrest memorable* del consigliere relatore, il giurista e umanista Jean de Coras, ristampato più volte dopo la prima edizione del 1561; la più agile *Histoire admirable* di Guillaume Le Sueur, assistente di un altro giudice della Corte tolosana), e dopo i cenni, brevi ma significativi e intriganti, dedicatile da Montaigne nell'edizione del 1588 dei suoi *Essais,* essa è riapparsa in numerose raccolte di «casi celebri»; ha dato spunto al romanzetto di Janet Lewis, *The Wife of Martin Guerre* (San Francisco, Swallow Press, 1941, ora pubblicato anche in Italia: *La moglie di Martin Guerre*, Roma, Racconti Edizioni, 2022); è stata oggetto di numerosi studi su riviste accademiche, specialmente in Francia e negli Stati Uniti; e soprattutto è stata dettagliatamente e documentatamente ricostruita da Natalie Zemon Davis, prestigiosa studiosa americana, grande conoscitrice del Cinquecento francese, in un libro al quale si connettono direttamente o

(*) Preparare la *Christmas card* di quest'anno è stato impegnativo. Spero che ciò non ne renda faticosa anche la lettura.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

indirettamente, oltre al citato saggio di Sciascia, due film di successo. Durante la sua stesura, infatti, l'autrice collaborò con il regista Daniel Vigne e lo sceneggiatore Jean-Claude Carrière nella preparazione del film *Le retour de Martin Guerre*, uscito nel 1982, interpretato nei ruoli principali da Gerard Depardieu e Nathalie Baye, che ha ispirato, tra l'altro, un *musical* per i teatri di Londra e di New York, e poi una sorta di *remake* fortunatissimo: *Sommersby* (1993) di Jon Amiel, interpretato da Richard Gere e Jodie Foster, ambientato nel Tennessee degli anni immediatamente successivi alla Guerra di Secessione.

La prima edizione dell'opera di Zemon Davis, dunque, è quella francese (*Le retour de Martin Guerre*, Paris, Laffont, 1982) che comprende anche la sceneggiatura di cui sopra; mentre il testo in lingua inglese (*The Return of Martin Guerre*), non del tutto identico, specialmente nelle note, è stato pubblicato solo nel 1983 per la Harvard University Press, e di qui è tratta la traduzione italiana di Sandro Lombardini (*Il ritorno di Martin Guerre. Un caso di doppia identità nella Francia del Cinquecento*, Torino, Einaudi, 1984, con postfazione di Carlo Ginzburg), ora ripubblicata da Officina Libraria di Roma.

Procediamo comunque con ordine, cominciando, però, non dall'inizio ma dalla fine: cioè dal momento in cui il «vero» Martin Guerre, munito di una gamba di legno in luogo di quella perduta – dice – nella battaglia di Saint Quentin (10 agosto 1557) tra l'esercito spagnolo e quello francese, si presenta alla Corte di Tolosa – dove ormai il processo si sta concludendo con la probabile assoluzione del presunto usurpatore – e chiede di essere sentito.

Ciò, si noti, non muta l'oggetto del processo (si tratta pur sempre di decidere se l'imputato – che i suoi accusatori e molti testimoni identificano con certo Arnaud du Tilh, detto Pansette, personaggio complesso e per vari aspetti misterioso proveniente dal non lontanissimo paese guascone di Sajas – sia colpevole di *supposition de nom et de personne*, di adulterio, plagio, furto, sacrilegio e degli altri reati contestatigli), ma ne modifica il *thema probandum*, perché il confronto *virtuale* tra l'imputato e il ricordo dell'uomo che egli dichiara di essere si trasforma in quello *reale* tra due uomini presenti in carne e ossa dinanzi alla Corte. E, mentre nel primo confronto uno dei due termini era, in senso logico, certo e indiscutibile (il Martin Guerre autentico, come conosciuto *illo tempore* dalla moglie Bertrande de Rols, dai parenti, dai compaesani), nel secondo i termini diventano *tre ipotesi*: può darsi che Martin Guerre sia l'imputato, può darsi che

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sia il nuovo venuto con la gamba di legno, ma può anche darsi che non sia nessuno dei due.

Quest'ultima, in effetti, sembra essere stata l'opinione di Montaigne quando, ricordando questo processo, alla cui udienza finale aveva assistito molti anni prima, parlava di «*deux hommes qui se présentoient l'un pour l'autre*»: che non è un *lapsus*, come ritengono alcuni esegeti (solo Arnaud du Tilh, se tale era l'imputato, pretendeva di essere Martin Guerre, e non viceversa), poiché in realtà ciascuno dei due uomini rivendicava per sé l'identità e i ruoli – quelli di marito di Bertrande, di padre del figlio di lei Sanxi Guerre, di proprietario della casa e dei terreni di famiglia in Artigat – vantati dall'altro. Montaigne concludeva dicendo che la Corte, anziché condannare a morte l'imputato, avrebbe dovuto ammettere e dichiarare di non averci capito niente, e aggiungeva, poco più avanti (nella traduzione di Sciascia), che «dopo tutto è mettere le proprie congetture a ben alto prezzo, il voler, per esse, far arrostire vivo un uomo». Nel corso del nostro processo, appunto, le *congetture* (parola che ricorre più volte, significativamente, nell'*Arrest memorable*) erano, e avrebbero dovuto, secondo lui, rimanere tali anche *dopo* il «ritorno» dell'uomo con la gamba di legno.

L'apparizione di quest'ultimo fu invece ritenuta, dalla Corte di Tolosa, prova decisiva della colpevolezza dell'imputato, sulla base di un supplemento di istruttoria alquanto frettoloso, se confrontato con le minuziose indagini precedentemente svolte in due gradi di giudizio senza approdare a risultati certi.

Sarà bene allora tornare alla ricchissima fonte principale della storia, ovverosia, *in extenso*, l'*Arrest Memorable du Parlement de Tolose, contenant une histoire prodigieuse de nostre temps, avec cent belles, et doctes, Annotations, de monsieur maistre Jean de Coras, Conseiller en ladite Court, et rapporteur du proces. Prononcé es Arrests Generaux le XII Septembre MDLX*, Lyon, *par* Antoine Vincent, MDLXI. Di esso è tuttavia preferibile consultare la successiva edizione del 1565, del medesimo editore, che è integrata dal *Texte du procez de l'execution* e da undici nuove note (da CI a CXI) oltre che dalla traduzione francese delle *Duodecim Regulae* di Pico della Mirandola.

Si tratta di un volume in-quarto di oltre duecento pagine, che contiene innanzitutto, articolata in settantanove paragrafi, la *toile du proces*, cioè quelli che noi chiameremmo la parte «in fatto» e lo «svolgimento del processo», con l'analisi non solo delle prove testimoniali, ma anche di quelle «reali» e indiziarie, raccolte nei due gradi del giudizio: come per esempio la misura dei piedi dell'imputato, il colore dei suoi capelli, le

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cicatrici e le piccole imperfezioni fisiche, il suo livello di conoscenza della lingua basca, etc., confrontati con quelli del fuggiasco Martin Guerre nel ricordo della moglie, dei parenti, di amici e conoscenti, in assenza – ovviamente – di ritratti, così come di scritture, in una comunità contadina sostanzialmente analfabeta. Ma questa «tela del processo», che include sottili osservazioni psicologiche e morali sui protagonisti della vicenda e sugli altri testimoni, è accompagnata, per ciascun paragrafo, da una annotazione (le *belles et doctes annotations* delle quali parla il frontespizio del libro), di solito molto più corposa (qualcuna occupa numerose pagine), dove l'estensore esibisce la propria vastissima cultura umanistica oltre che giuridica in una serie sterminata di citazioni: di fonti scritturali, romanistiche e canonistiche, miti e leggende greci e latini, storia antica e recente, autori classici (Omero, Plauto, Virgilio, Ovidio, Properzio, Seneca, Plutarco e altri), filosofi e retori (Aristotele e Cicerone in primo piano), giuristi dei secoli precedenti (Accursio, Baldo, Bartolo, etc.). E le annotazioni più consistenti sono focalizzate su temi variamente connessi con il nostro processo e con il comportamento dei protagonisti: il sosia, la fedeltà coniugale, l'adulterio, l'amicizia, il *falsus procurator*, la calunnia, il pianto, la bestemmia, e via dicendo. Il che tutto suscita tre diverse riflessioni.

La prima riguarda i caratteri teorici e pratici dell'istruzione probatoria svolta nei due gradi di questo processo, in conformità – dobbiamo credere – alle consuetudini e alla «disciplina» della materia ivi e allora vigente: che dovrebbe essere (chi scrive non è uno storico del diritto, ma sta a quanto si desume dai copiosi riferimenti bibliografici a margine delle *Annotations*) quella del processo penale romano-canonico, cioè, secondo il pensiero *mainstream* dei processualisti moderni, il c.d. «sistema della prova legale». Di questo è però difficile trovare traccia in un *Arrest* come questo, dove si parla, con riferimento alle prove testimoniali, dell'audizione (in parte ripetuta nei due gradi del giudizio) di centocinquanta persone; di irrilevanza, però, del computo numerico delle contrastanti deposizioni; di inutilizzabilità del *tesmoignage d'avoir ouy dire* (*hearsay*); e dove si rileva come sia rischioso giudicare sull'onore e sulla vita di un uomo, in base alle dichiarazioni di testimoni: i quali possono essere corrotti, o ricordare male, o essere condizionati da simpatie, antipatie o interessi personali, o rispondere a domande mal formulate; o come la testimonianza resa oralmente al giudice sia preferibile a quella verbalizzata da un suo ausiliario. Oppure, come si è detto, si discetta di cicatrici, verruche, anomalie della dentatura. Mentre risulta, altresì, che l'imputato non fu sottoposto a tortura, come in un certo senso sarebbe stato naturale, probabilmente per il timore che

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dalle dichiarazioni a lui estorte potesse emergere la prova della complicità della «moglie» nell'impostura, mentre è evidente, come ancora si dirà, l'intento della Corte di salvaguardare la buona fede e l'innocenza di Bertrande anche nell'interesse dei figli e in particolare della figlia concepita durante l'illegittima convivenza.

Da tutto ciò non può che riuscire confortata la convinzione altrove ripetutamente manifestata da chi scrive (ma condivisa da studiosi più autorevoli e competenti, come da ultimo Mirjan Damaška) che il «sistema della prova legale», con i grotteschi caratteri descritti da Voltaire e dai suoi disinformati seguaci (tra i quali purtroppo alcuni prestigiosissimi maestri del diritto processuale), sia in larga misura una costruzione *immaginaria*.

La seconda riflessione concerne invece l'assoluta *originalità* di questo voluminoso documento giudiziario, destinato a diventare un *bestseller*, che, dopo la *toile du proces* con le relative *belles et doctes annotations* delle quali si è detto, contiene – prima dell'appendice, forse superflua, con le *Douze reigles du Seigneur Iean Pic, de la Mirandole, lesquelles adressent l'homme au combat spirituel* – l'*Arrest* vero e proprio, cioè il conciso dispositivo della decisione, la *Exposition des Paroles de l'arrest*, cioè la motivazione «in diritto», e il *Texte du procez de l'execution* (aggiunto, come si è detto, nell'edizione del 1565), particolarmente interessante anche perché riferisce, ad integrazione *a posteriori* della motivazione «in fatto», le dichiarazioni confessorie rese dal condannato sulla via del *gibet*. Anche questi capitoli constano, peraltro, soprattutto di diffuse *Annotations* (rispettivamente da LXXX a C e da CI a CXI) di vario contenuto giuridico, storico, culturale e letterario.

Ciò consente di condividere l'acuta conclusione di Natalie Zemon Davis, che quest'opera può definirsi (cito dall'edizione italiana) «*un testo giuridico che mette in discussione il funzionamento della legge, un racconto storico che solleva dubbi sulla sua stessa verità, ... un testo che si muove tra il racconto morale, la commedia e la tragedia*». E questi due ultimi termini si trovano, infatti, anche nella *Annotation* CIV: «*C'estoit veritablement tragedie, pour ce gentil rustre: d'autant que l'issue en fut fort funeste et miserable pour luy. Sur quoy nul ne sçait la difference entre tragedie et comedie, ... bien que toutes deux soyent especes de fable ...*», dove l'espressione «*gentil rustre*» (*rustre* vale rustico, cafone, etc.) costituisce (come nota Carlo Ginzburg) un ossimoro, che sottintende l'ammirazione dell'estensore per questo avventuriero, detto Pansette, dotato di brillantissima intelligenza e prodigiosa memoria.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In sintesi, si potrebbe dire che questo straordinario *Arrest* è consapevolmente costruito da Jean de Coras, da un lato come un'opera di *fiction*, dall'altro come un saggio pioneristico di *law and literature*: sull'esempio, potremmo forse dire, del *Tiers Livre* di François Rabelais (di poco precedente: 1546), del quale infatti Jean de Coras era lettore appassionato. Non a caso l'opera (di teoria generale del diritto) da lui pubblicata immediatamente prima (1560) di questo *Arrest* presso il medesimo editore (Antoine Vincent di Lione) si intitolava *De iuris arte*.

La terza riflessione, di carattere psicologico, riguarda l'atteggiamento e i sentimenti di questo giudice relatore ed estensore nei confronti della vicenda da lui narrata e commentata. Diceva Sciascia, a conclusione del suo saggio, che «il personaggio più interessante, la prima persona del dramma, il protagonista dell'affaire Guerre, è proprio lui, il giudice Coras», e credo che avesse ragione, anche se non si preoccupava di giustificare più compiutamente questo suo convincimento.

Per cercare di farlo, qui, sarebbe forse opportuno muovere dalla complessa e movimentata biografia di Jean de Coras (la cui fonte principale, non citata da Zemon Davis, sembra essere una lunga *Notice Historique* su di lui, letta da un avvocato tolosano, Paul Caze, ai colleghi il 16 dicembre 1866, pubblicata l'anno successivo nella stessa città dall'editore Chauvin): personaggio inquieto, giurista prolifico e umanista coltissimo; figlio di un avvocato (o notaio), nato a Réalmont nell'Albigese nel 1515, trasferito con la famiglia a Tolosa, precocissimo studente di diritto a Angers, Orléans e Parigi, addottorato *in utroque iure* alle Università di Padova e Siena, avvocato e docente universitario a Tolosa, poi professore di successo a Valence e a Ferrara, prima di diventare nel 1553 consigliere al *Parlement* della sua patria adottiva (dove si trovò appunto a gestire in appello il caso di Martin Guerre); e in seguito coinvolto, attraverso una tortuosa carriera politica, nelle cruente guerre di religione che sconvolsero la Francia nei successivi decenni del secolo XVI, fino a venire condannato a morte, come Ugonotto, poco dopo la notte di San Bartolomeo, dalla stessa Corte che aveva pronunciato la condanna di Arnaud du Tilh, ed essere però assassinato, il 4 ottobre 1572, da un sanguinario manipolo di fanatici cattolici.

Attenendoci comunque, per quanto qui maggiormente interessa, a ciò che si desume dal suo *Arrest Memorable* e dalla *Histoire admirable* di Le Sueur, possiamo dire che Jean de Coras, nel corso del processo, doveva essere rimasto *affascinato* dai due suoi protagonisti: l'imputato, il sedicente

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Martin Guerre ritornato ad Artigat dopo otto anni di assenza, e la «moglie» Bertrande de Rols. Dal primo, come si è detto, per le sue eccezionali e quasi inverosimili capacità mnemoniche e intuitive (tali da far ripetutamente affiorare nello stesso autore, nella Corte e nelle dichiarazioni di vari testimoni il sospetto del possesso di doti paranormali o diaboliche), senza dire della eventuale comune affiliazione alla fede protestante (ipotesi discussa da Zemon Davis). Dalla seconda, non solo per il suo *appeal* femminile (viene ripetutamente definita «bella») – parimenti subìto, a quanto sembra, dall'imputato e dal giudice, assai meno dal secondo reduce con la gamba di legno – ma anche per la sua straordinaria sagacia (imprevedibile in una giovane contadina ignorante) nella gestione del drammatico conflitto di interessi in cui si trova, tra la necessità – dopo che il convincimento dell'impostura si è diffuso nel paese – di perseguire in giudizio il «marito», per dimostrare la propria buona fede, evitare una pesantissima condanna per adulterio, e tutelare lo *status* giuridico della piccola Bernarde, «figlia del peccato», e la speranza di *perdere* la causa, per non porre tragicamente fine a un rapporto «coniugale» gratificante sotto ogni possibile aspetto.

L'*Arrest memorable*, con le sue annotazioni, è infatti un documento incoerente, o contraddittorio, che, in larga parte, sembra preludere all'assoluzione dell'imputato, si potrebbe dire, «per insufficienza di prove»: il confronto tra le molte risultanze istruttorie, per quanto formalmente oggettivo, sembra animato da un'interpretazione riduttiva di quelle contrarie alla sua asserita identità. Si ricordano poi, oltre all'opinione di molti giuristi circa la prevalenza della prova positiva su quella negativa, il principio per cui l'assoluzione di un colpevole è sempre preferibile alla condanna di un innocente, il *favor rei* e via dicendo. Fino a questo punto si direbbe dunque trattarsi di una bozza già predisposta nella previsione di una decisione assolutoria. Poi però la «*perplexité grande*» in cui si trova la Corte di fronte al «*conflict de tant et diverses raisons*» e alla «*repugnance de coniectures et preuves*» viene risolta dall'intervento di Dio, «*bon et tout-puissant*», che, «*sur le poinct qu'on vouloit iuger le procez, fait comme par un miracle, apparoistre le vray Martin Guerre*» (testo corrispondente alla *Annotation* LXVIII). Di qui in poi la prospettiva naturalmente cambia, e l'*Arrest memorable* assume uno sviluppo e un tono «colpevolista» ben diversi.

Vi è peraltro un filo conduttore, comune a tutte le parti dell'*Arrest*: la visibile costante preoccupazione dell'estensore di salvare Bertrande de Rols dalla potenziale accusa di *complicità* con Arnaud du Tilh, e quindi di adulterio, facendone – contro l'evidenza – una ingenua e sprovveduta

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

vittima della demoniaca abilità simulatrice dell'imputato. Da questo punto di vista merita particolare attenzione l'*Annotation* XCVIII, nella parte dedicata alla *Exposition des Paroles de l'arrest*, dove si illustrano i motivi per cui la Corte ha messo Bertrande (come il «vero» Martin Guerre e lo zio Pierre Guerre) «*hors de procez et istance*».

Si legge qui che l'estromissione di Bertrande dal processo ha costituito per la Corte *la più grande difficoltà*, essendo poco credibile (come le contesta sdegnatamente il «vero» Martin Guerre: cfr. gli ultimi due paragrafi precedenti il dispositivo dell'*Arrest*) che una moglie, dopo avere convissuto per anni con un marito, condividendone la vita quotidiana e il letto coniugale, e averne avuto un figlio, possa davvero riconoscerlo poi in un altro uomo, per quanto questo possa assomigliargli fisicamente e apparire misteriosamente informato di ogni dettaglio della loro vita pregressa e del contesto familiare e sociale dove questa si è svolta. La capacità argomentativa e la sconfinata erudizione di Jean de Coras (che cita diversi episodi dell'Antico Testamento, e in particolare ricorda quello delle figlie di Lot) sono veramente messe a dura prova, riducendosi in ultima analisi alla constatazione che, per valutare l'immediato ed entusiastico riconoscimento del reduce, da parte di Bertrande, e la sua successiva tenacia nel difenderne l'identità contro i primi sospetti manifestati nella famiglia e nella comunità di Artigat, «*vient premierement en consideration, la foiblesse de son sexe, facile à estre deceu, par l'astuce, callidité et finesse des hommes*» (nella «saggezza popolare» è diffuso se mai un luogo comune opposto!). Mentre è altrettanto fragile e generica l'invocazione del principio secondo cui la legge non presume mai il dolo, ma sempre la buona fede.

Ci si può chiedere, peraltro, perché all'estromissione assolutoria di Bertrande si accompagni quella del «vero» Martin Guerre e dello zio Pierre. Il primo, infatti, ha pur sempre abbandonato la giovane moglie, e un figlio poco più che neonato, nonché i genitori, in seguito defunti, per molti anni (tra la fuga da Artigat e il suo ritorno «miracoloso» ne sono trascorsi ben *dodici*, dal 1548 al 1560) senza dare mai notizie di sé, e in questo periodo ha anche combattuto (*de hoc infra*) nell'esercito spagnolo contro quello francese: evidente crimine di «lesa maestà». Quanto allo zio paterno Pierre Guerre, questi risulta essere un avido accaparratore del patrimonio di famiglia, nonché il tentato mandante dell'omicidio del «nipote» e il falsificatore di una procura di Bertrande alla promozione del processo, da lei poi forzatamente ratificata.

Il censurabile passato di Martin è tuttavia cancellato (*Annotation* XCVII), imputandolo alla «*chaleur, et legereté de ieunesse*», che secondo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'autorità di Seneca rende impossibile governare le passioni (!). Mentre le malefatte dello zio vengono semplicemente dimenticate, e si parla di lui (*Annotation* XCIX) come del «*povre Pierre Guerre*», meritevole di lode per essere stato «*talmente buono, virtuoso e caritatevole, da avere speso parte dei suoi beni e da essersi esposto a grandi pericoli, per scoprire e mettere in luce un'impostura così prodigiosa*» (!).

Ma il tutto si può spiegare, probabilmente, pensando che mandare il «vero» Martin e lo zio, se non sulla forca, almeno in galera, avrebbe definitivamente distrutto la famiglia Guerre e lasciato in gravi difficoltà la stessa Bertrande e i figli, laddove la radicale eliminazione solo dell'intruso (con la sua impiccagione, e il successivo incenerimento del corpo) avrebbe potuto ricucire nella famiglia e nella piccola comunità di Artigat le lacerazioni ad esse inferte dalla «callida» incursione di Arnaud du Tilh.

Non a caso, pare che dopo la pronuncia della sentenza il presidente della Corte, Mansencal, abbia sollecitato una generale riconciliazione tra tutti gli interessati. Anche se – si dice – la successiva convivenza coniugale tra Bertrande e il reduce con la gamba di legno non fu certamente felice, né molto duratura, data la precoce morte di lei.

Potremmo dunque concludere dicendo che Jean de Coras, per quanto sedotto dal brillantissimo ingegno di Arnaud du Tilh e sensibile al fascino di Bertrande de Rols, non poteva che agire così, e sublimare poi questa complicata e sofferta esperienza traducendola in un prodotto letterario di meritato e, come si vede, inesauribile successo. Senza dire che questo prodotto poteva valere anche a liberare la coscienza del giudice dal dubbio angoscioso di essere stato responsabile di una condanna ingiusta, e da questo punto di vista si potrebbe spiegare anche l'integrazione della seconda edizione dell'*Arrest* (1565) con la descrizione della sua esecuzione, inquietante ma anche tranquillizzante là dove riporta le tardive dichiarazioni confessorie del condannato.

Ritorna tuttavia in luce, a questo punto, la maliziosa ipotesi di Montaigne, di Sciascia e forse, implicitamente, della stessa Zemon Davis: diamo pure per accertato che l'imputato nel processo di Rieux e di Tolosa fosse in realtà Arnaud du Tilh, detto Pansette; e che l'incredibile precisione dei suoi ricordi relativi alla vita e alle relazioni familiari e sociali di Martin Guerre prima della sua fuga da Artigat fosse dovuta, non tanto a capacità paranormali, quanto alle informazioni ricevute principalmente da Bertrande (comprensibilmente desiderosa, dopo tanti anni di forzata castità e virtuale vedovanza, di riavere un marito, ed anzi un marito ben più virile, affettuoso e simpatico del precedente), dapprima quando si erano incon-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

trati ripetutamente nella locanda dove egli aveva preso alloggio prima di «rientrare» nel paese, e poi durante la lunga convivenza. E supponiamo pure che le sorelle di Martin, inizialmente lo stesso zio Pierre, e tutta la comunità di Artigat, avessero diversi motivi (inutile qui soffermarvisi) per gradire il ritorno del fuggiasco, senza porsi troppi problemi sulla sua effettiva identità. Ma è altrettanto certo che l'uomo con la gamba di legno, presentatosi all'ultimo istante sulla scena del processo, fosse l'autentico Martin Guerre?

Diciamo subito che qualunque risposta, al riguardo, «sconta» la mancanza dei verbali dell'istruzione probatoria di questo processo, che sono andati perduti, o distrutti, e che pertanto non hanno potuto essere consultati nemmeno da Zemon Davis, come la stessa ha ripetutamente sottolineato e lamentato anche in scritti successivi al suo libro.

Per quanto comunque si ricava dall'*Arrest memorable* di Jean de Coras e dalla *Histoire admirable* di Guillaume Le Sueur, il fatto che Martin Guerre avesse perso una gamba nella battaglia di Saint Quentin era attestato, prima dell'arrivo del secondo reduce e delle dichiarazioni *pro se* da lui rese, soltanto dalle deposizioni di due testimoni, i quali dicevano di averlo appreso da un non meglio identificato «*soldat de Rochefort*» di passaggio ad Artigat, che però erano state ritenute irrilevanti appunto come *hearsay* (v. l'*Annotation* XXXIII e il testo immediatamente precedente dell'*Arrest*). Non molto, come si vede.

In secondo luogo, tutte le principali narrazioni della storia e del processo – oltre a quelle di Coras e di Le Sueur, ho potuto consultare il capitolo intitolato *L'imposteur mari Arnaud de Thil* [sic] nel primo volume, pubblicato a Bruxelles nel 1728, di Jean Baptiste de Rocoles, *Les imposteurs insignes*, e le note di Edouard Fournier a una ristampa dell'*Histoire admirable* di Le Sueur nell'ottavo volume delle *Variétés historiques et littéraires*, Paris, Jannet, 1858 – sembrano ritenere certo, con maggiore o minore ricchezza di dettagli, che Martin Guerre, negli anni della sua assenza da Artigat, aveva vissuto a Burgos, nel palazzo del cardinale Francisco de Mendoza, abitato allora dal fratello di lui, Pedro, *comendador* dell'ordine militare di Santiago, il quale lo aveva assunto come lacché e poi arruolato nell'esercito di Carlo V per la guerra contro la Francia, dove aveva combattuto nella battaglia di Saint Quentin, perdendovi una gamba, e in seguito, per grazia del nuove re Filippo II, era stato alloggiato in un monastero di «frati laici», con diritto al mantenimento per il resto della vita. Ma la nostalgia della patria, e/o forse la notizia del processo in corso, lo avevano indotto a rientrare ad Artigat. E risulta altresì dalle stesse fonti che, dopo il suo ritorno, si era constatata la sostanziale *coincidenza* dei

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

racconti dei due uomini, dinanzi alla Corte di Tolosa, anche su queste vicende spagnole, ovviamente per quanto riguarda il periodo dal 1548 al 1556, dato che del quadriennio successivo (che includeva la battaglia di Saint Quentin) solo il secondo reduce poteva parlare.

Ora come si può spiegare questa coincidenza? L'impostore, se tale era, poteva avere appreso da Bertrande (tanto più se questa era stata sua complice, come è più che probabile) e in qualche misura dalle sorelle Guerre o da altri parenti e compaesani, tutto quanto riguardava la vita di Martin Guerre a Artigat fino alla sua fuga, ma che cosa poteva sapere degli otto anni successivi?

Si poteva supporre che egli ne fosse stato informato proprio dall'autentico Martin Guerre, magari grazie alle confidenze scambiate tra loro durante una eventuale militanza comune nelle armate spagnole. E questa, in effetti, sembra essere l'ipotesi accolta da Jean de Coras, che dedica la quarta delle sue *Annotations* al tema dell'amicizia tradita, ma è invece fermamente respinta da Le Sueur e poi dalla stessa Zemon Davis con persuasive argomentazioni cronologiche sulle quali sarebbe tedioso soffermarci. Ma ci sono comunque due buone ragioni per smentire quell'ipotesi. La prima è che, quando nel confronto finale dei due «Martin Guerre» dinanzi alla Corte, l'imputato nega di avere mai precedentemente incontrato il rivale, quest'ultimo non si impegna nella dimostrazione del contrario, come sarebbe stato logico se la loro remota amicizia fosse davvero esistita (solo nel film, è l'imputato stesso che inavvertitamente la ammette). La seconda, ancora più decisiva, consiste in ciò che Arnaud du Tilh, nelle confessioni rese dopo la condanna (v. i testi corrispondenti alle annotazioni da CII a CV) non parla affatto di un suo lontano incontro con il «vero» Martin Guerre, né in Spagna né altrove, ma spiega che la sua impostura era stata stimolata dall'essere stato confuso con lui, in una osteria del paese di Mane, da due amici del fuggiasco, dai quali aveva ricevuto le prime informazioni utili; e che solo dopo essere «ritornato» ad Artigat aveva potuto integrarle e registrarne ogni dettaglio nella sua eccezionale memoria, parlando con altri amici e conoscenti, con i parenti, nonché con Bertrande durante la lunga convivenza (anche se si astiene, naturalmente, dal dire cose che possano dimostrarne la complicità).

Sulla questione – di capitale importanza – permangono dunque dubbi e incertezze. Ma forse è possibile dissiparli, *ex post*, con un rovesciamento di prospettiva: si può pensare, cioè, che il nuovo venuto (come gli contesta l'imputato non appena se lo trova davanti: v. l'*Annotation* LXX e il testo corrispondente) sia *un sicario*, reperito e assoldato «per contanti» dal

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

perfido Pierre Guerre per la sua approssimativa somiglianza con lo stesso imputato (nel film l'attore che lo interpreta è tutt'altro che un sosia di Depardieu) e soprattutto per la sua mutilazione, idonea a rievocare automaticamente il racconto del fantomatico «*soldat de Rochefort*», pur espunto dalle risultanze istruttorie; e che proprio Pierre Guerre e/o qualche suo complice lo abbiano istruito sulla vita di Martin Guerre, sia prima della sua fuga da Artigat, sia negli anni «spagnoli» secondo la narrazione fattane dallo stesso imputato, probabilmente molte volte, in famiglia e tra gli abitanti del paese; e concordando poi con il nuovo venuto il racconto del quadriennio successivo.

Un indizio in questo senso potrebbe essere ricavato anche dal fatto che i ricordi del mutilato sulla pregressa vita di Martin Guerre a Artigat e in Spagna erano meno precisi e circostanziati di quelli dell'imputato (v. ancora la nota LXX dell'*Arrest* e il testo corrispondente).

In ogni caso, il fatto è – sia detto con tutte le riserve imposte dalla mancanza dei verbali di causa – che, come si è detto all'inizio, il supplemento di istruttoria svolto dal relatore Jean de Coras e dalla Corte di Tolosa dopo l'arrivo del mutilato sembra essere stato ben più sommario e superficiale delle accurate e meticolose indagini svolte nei due gradi del giudizio fino alla fase decisoria del secondo. Non risulta, ad esempio, che i caratteri fisici del nuovo venuto – statura, dimensioni del piede rimasto, colore dei capelli, dentatura, cicatrici, etc. – siano stati messi a confronto con quelli dell'imputato e del Martin Guerre «storico» come ricordato in famiglia e in paese. Così come non risulta che si sia verificato, nei due uomini, il livello di conoscenza della lingua castigliana (chi era vissuto per anni a Burgos e poi nell'armata spagnola non poteva non parlarla fluentemente) o, nel nuovo venuto, quello della lingua basca (che l'imputato ne sapesse solo qualche parola, era stato già accertato, ma giustificato dal trasferimento della famiglia in Linguadoca quando era ancora piccolo, giustificazione opinabile se il basco, come era probabile, fosse rimasto la lingua «di casa», in un paese dove tra l'altro non c'erano scuole). Fermo restando che le questioni linguistiche sembrano essere state sottovalutate in tutto il corso di questo processo (come si rileva nel saggio di Jean-François Courouau, *Questions de langues dans l'affaire Martin Guerre*, in *Annales du Midi* 2008, p. 685 ss., dove si ricorda ad esempio la significativa differenza tra l'occitano della Linguadoca, parlato a quei tempi ad Artigat, e quello guascone parlato a Sajas, patria di Arnaud du Tilh, l'uno e l'altro verosimilmente tradotti in francese giudiziario nei verbali di causa, in ottemperanza all'*ordonnance* di Villers-Cotterêts (1539).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Prove comunque decisive in favore del nuovo venuto sembrano essere state ritenute, da un lato, come si è detto, la sua mutilazione; dall'altro la ritrattazione, da parte delle sorelle di Martin Guerre, delle testimonianze da loro rese precedentemente a favore dell'imputato (ritrattazione nella quale Jean de Coras ravvisa una dimostrazione di integrità morale e onestà intellettuale!); e il riconoscimento del proprio «autentico» marito da parte della stessa Bertrande: riconoscimento da lui spregiato con la motivazione, di per sé non irragionevole, che sull'identità di un uomo possono forse ingannarsi, dopo anni di lontananza, i parenti, ma non certo la moglie.

Ma, poiché era ormai prevedibile che la Corte avrebbe comunque cambiato indirizzo di fronte ad un colpo di scena «miracoloso» che la liberava dalla «*grande perplexité*» in cui si era trovata e quindi dalla responsabilità di un giudizio difficile, si può pensare che le sorelle di Martin (a prescindere dalla loro eventuale subornazione da parte dello zio Pierre Guerre) volessero sottrarsi al sospetto di avere in precedenza dichiarato consapevolmente il falso; e che dal canto suo Bertrande, fino ad allora tutelatasi abilmente, ma con difficoltà, dalla possibile accusa di complicità con l'imputato e di adulterio «volontario», pensasse ora (ancora una volta intelligentemente) che il riconoscimento del nuovo venuto come proprio «vero» marito fosse ormai l'unico mezzo idoneo ad evitare il disastro per sé e per i figli.

Insomma, Montaigne probabilmente aveva ragione: forse le risultanze istruttorie del processo, avvalorate dalle confessioni rese dall'imputato dopo la condanna, confortavano il convincimento che il Martin Guerre «ritornato» a Artigat nel 1556, ed ivi rimasto per oltre tre anni come marito di Bertrande e legittimo membro della comunità, fosse in realtà Arnaud du Tilh, detto Pansette; ma, che il vero Martin Guerre fosse il reduce con la gamba di legno rimaneva solo una «congettura». E la condivisione di questa opinione, da parte di Natalie Zemon Davis, si può desumere dall'inserimento, nell'edizione americana (e poi in quella italiana) del suo libro, di un'illustrazione tratta dall'edizione patavina del 1611 della *Iconologia* di Cesare Ripa, che mostra la Bugia come «donna giovane, brutta, ma artificiosamente vestita di color cangiante, dipinto tutto di mascare di più sorti e di molte lingue», che «sarà zoppa, cioè con una gamba di legno».

Montaigne non poteva averla vista nel 1588 (la prima edizione del Ripa, peraltro non illustrata, è quella romana del 1593). Poteva però avere visto illustrazioni e descrizioni simili in qualche altra raccolta di emblemi. E del resto, come ricorda lo stesso Ripa, il proverbio secondo cui «*le bugie*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

hanno le gambe corte» era antichissimo. Stupisce, in ogni caso, che il capitolo in questione degli *Essais*, intitolato *Des Boyteux*, parli di due diversi temi, l'incertezza e fragilità del giudizio umano e, per l'appunto, gli zoppi, e tuttavia non dica – come sarebbe stato logico, ed opportuno anche per connettere i due temi – che nel processo di Martin Guerre uno dei due uomini che «*se presentoient l'un pour l'autre*» aveva una gamba di legno. Forse si divertiva ad esprimere solo in termini criptici, e non apertamente, la convinzione che Martin Guerre fosse *ritornato due volte di troppo*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

FEDERICA PINTO
Titolare di assegno di ricerca nell'Università di Napoli Federico II

PROFILI PROCESSUALI DEL CONTRATTO DI *LEASING* FINANZIARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. (*Segue*): i rimedi riconosciuti all'utilizzatore e il mandato senza rappresentanza. – 3. (*Segue*): le Sezioni Unite n. 19785 del 2015. – 4. Il collegamento negoziale come fondamento dell'azione diretta. Una possibile lettura (non convincente). – 5. Le possibili ricostruzioni dell'azione diretta. – 6. (*Segue*): l'inquadramento dell'azione dell'utilizzatore nella categoria delle azioni dirette c.d. «pure». – 7. L'azione di risarcimento danni esperibile da parte dell'utilizzatore. – 8. L'azione di risoluzione e il necessario ricorso alla categoria del collegamento negoziale. – 9. Conclusioni.

1. – Uno dei problemi di maggiore attualità e complessità nell'ambito del contratto di *leasing* finanziario [1] (d'ora in avanti, solo *leasing*) riguar-

[1] Nonostante il *leasing* possa essere considerato una «macro-tipologia contrattuale di tipo unitario» (come scrive P. Iamiceli, Leasing, *affitto, comodato*, in *Trattato dei contratti,* diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, Milano 2014, II, 1172), la prassi ha visto affermarsi diversi sottotipi di operazioni, tra i quali, ai fini di questa indagine, si può isolare un modello di riferimento, il *leasing* c.d. «finanziario». Si è ben consapevoli del fatto che, se si guarda la prassi commerciale, è il sottotipo ad aver assorbito il tipo dal momento che la causa finanziaria si è ormai fusa con quella di scambio finendo per legittimare l'idea secondo cui è il *leasing tout court* è quello finanziario (F. Bartolini, *Strutture contrattuali complesse: problemi della trilateralità nei contratti di finanziamento*, Napoli 2019, 86). Nell'ambito del *leasing* finanziario possono individuarsi due diversi tipi di *leasing*: quello traslativo e quello di godimento. Per quanto concerne il primo, in tali casi i canoni corrisposti dall'utilizzatore incorporerebbero significative frazioni del prezzo del bene (cosicché al termine del contratto il prezzo per l'opzione di acquisto sarà irrisorio); con riguardo al secondo, in queste ipotesi i canoni versati dall'utilizzatore corrispondono esclusivamente al godimento del bene, sicché se alla scadenza del contratto quest'ultimo intende acquistare il bene dovrà pagare il prezzo per intero. Alla categoria di *leasing* finanziario si affiancano altre espressioni che restano fuori dall'oggetto dell'indagine. Anzitutto è classica la contrapposizione fra *leasing* c.d. «finanziario» e *leasing* c.d. «operativo», che ha una durata molto breve (massimo un anno) e si basa sulla nuova concessione del bene in godimento allo stesso o ad altro utilizzatore, che sostanzialmente divide con il concedente buona parte dei rischi connessi alla proprietà e all'investimento. Esiste poi il *leasing* per i beni di consumo, al quale si associano spesso contratti di servizi. Si tratta di fattispecie che sono generalmente ricomprese nell'ambito di applicazione della disciplina del credito al consumo. Ancora, restano fuori dall'oggetto della presente indagine il *leasing* c.d. «immobiliare», finalizzato all'acquisto di un bene immobile

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

da i rimedi esperibili dall'utilizzatore nell'ipotesi di omessa consegna o inidoneità all'uso del bene consegnato.

È bene chiarire che nel silenzio della legge tale problema ha trovato ampia soluzione nella prassi commerciale (2). Di frequente, infatti, nel contratto di compravendita tra fornitore e società di *leasing*, le parti introducono apposite clausole che hanno lo scopo di esonerare il concedente da qualsiasi responsabilità attinente alle vicende del bene (compresa l'ipotesi di consegna di un bene viziato, difettoso o privo di qualità) e che autorizzano l'utilizzatore a rivolgersi direttamente ed autonomamente al fornitore per qualsivoglia pretesa relativa al contratto di fornitura (3).

---

per uso industriale o commerciale (disciplinato dall'art. 1, comma 76-81, l. 28 dicembre 2015, n. 208) e il *leasing* c.d. «diretto», concluso tra fornitore e utilizzatore.

(2) L'unico riferimento normativo in materia di *leasing* finanziario è l'art. 1, commi 136-140, l. 4 agosto 2017, n. 124 (c.d. «legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2017»), che si occupa esclusivamente dell'ipotesi di inadempimento dell'utilizzatore. In particolare, dal comma 136 dell'art. 1, l. 4 agosto 2017, n. 124, si evincono i tratti essenziali dell'operazione di *leasing*: essa ha una durata medio – lunga, che corrisponde alla prevedibile vita economica del bene acquistato; al contratto non si associano prestazioni accessorie di servizi e il bene resta, per tutta la durata del rapporto, di esclusiva proprietà dell'impresa concedente, salvo poi, esercitata l'opzione di acquisto, passare all'utilizzatore. Alla definizione si affiancano tre ulteriori disposizioni, volte a disciplinare la risoluzione e i suoi effetti: la prima (art. 1, comma 137) identifica il grave inadempimento dell'utilizzatore; la seconda (art. 1, comma 138) è dedicata agli effetti della risoluzione; la terza (art. 1, comma 139) è relativa ai parametri sulla base dei quali il concedente procede alla vendita del bene. Come osservato da alcuni autori, le tre disposizioni assumono una portata meramente definitoria, ma non sono in grado di costruire una disciplina tipica in senso compiuto, né sciolgono i nodi strutturali che accompagnano la locazione finanziaria (F. Bartolini, *op. cit.*, 93). Per queste ragioni, residuano allo stato attuale numerosi problemi interpretativi, alcuni dei quali verranno esaminati nel corso della trattazione.

(3) Si è discusso, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, sulla validità di clausole siffatte. In particolare, in merito alle clausole di esonero del concedente da responsabilità per i *vizi* del bene, la posizione prevalentemente assunta in entrambe le sedi è stata a favore della validità delle stesse, ritenendosi che queste costituiscano un elemento naturale del contratto di *leasing*, direttamente discendente dalla natura finanziaria dell'operazione e dalla qualità di intermediario finanziario del concedente, che richiede che tale soggetto veda il proprio ruolo limitato al momento finanziario della vicenda, rimanendo viceversa del tutto indifferente allo svolgimento della relazione materiale con il bene. Sul punto cfr., Cass. 17 maggio 1991, n. 5571, in *Giust. civ.* 1991, I, 2973; Cass. 11 luglio 1995, n. 7595, in *Vita not.* 1995, 1372; Cass. 30 giugno 1998, n. 6412, in *Foro it.* 1998, I, 3082. In dottrina, fra gli altri, G. De Nova, *Il contratto di* leasing, Milano 1995, 39; R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo,* leasing, factoring, Torino 2002, 288. Per quanto concerne, invece, le clausole di inversione del rischio di *mancata consegna* del bene, la giurisprudenza più recente ha affermato l'invalidità delle stesse per contrasto con l'art. 1463 c.c., facendo, fra l'altro, leva sul principio di buona fede nell'esecuzione del contratto da parte del concedente e sull'obbligo dello stesso di verificare l'avvenuta consegna prima di procedere al pagamento del prezzo. Cfr., Cass. 2 novembre 1998, n. 10926, in *Giust. civ.* 1999, I, 3385, con nota di F. Sebastio, Leasing *e concorrenza*; in *Foro it.* 1998, I, 3081, con nota di G.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si tratta di casi nei quali si verifica una vera e propria successione dell'utilizzatore nella posizione contrattuale del concedente, che si ritiene realizzabile grazie all'apposizione di specifiche clausole che costituiscono una sorta di accettazione da parte del fornitore di far subentrare un soggetto «terzo» nel contratto da lui concluso. Se così non fosse si assisterebbe, infatti, a una palese violazione dell'art. 1406 c.c. che in tema di cessione del contratto prevede il necessario consenso del contraente ceduto. Tanto premesso, il problema *de quo* si pone in assenza di previsioni pattizie che consentano all'utilizzatore di agire nei confronti del fornitore inadempiente, con riferimento al contratto di fornitura stipulato da quest'ultimo con il concedente; contratto che rispetto al primo costituisce *res inter alios acta.*

2. – Tra le azioni potenzialmente esperibili dall'utilizzatore nei confronti del fornitore vi sono quelle di: adempimento del contratto di fornitura; risarcimento del danno; riduzione del prezzo e risoluzione del contratto di fornitura (c.d. «azioni edilizie»). Sennonché dottrina e giurisprudenza maggioritarie sono solite limitare il ventaglio di azioni – esperibili direttamente dall'utilizzatore – all'azione di adempimento e a quella risarcitoria (4). In questo senso è a lungo prevalsa l'idea (fino a una recente pronuncia delle Sezioni Unite del 2015) (5) che il «fondamento» dell'azione diretta (d'ora in avanti, anche a.d.) dell'utilizzatore risieda nella disci-

---

Lener, Leasing, *collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*; in *Contratti* 1999, 803, con nota di A. Gerhart Ruvolo, *La clausola di inversione del rischio nella locazione finanziaria*; Cass. 6 giugno 2002, n. 8222, in *Danno e resp.* 2002, 941 e ss., con nota di V. Cuocci, «Leasing» *finanziario e vizi occulti della cosa*; Cass. 21 settembre 2004, n. 19657, in *Banca* 2005, II, 611; Cass. 29 settembre 2007, n. 20592, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, I, 356 e ss., con nota di I. L. Nocera, *Collegamento negoziale, causa concreta e clausola di traslazione del rischio: la giustizia contrattuale incontra il* leasing; Cass. 23 maggio 2012, n. 8101, in *Contratti* 2013, 463 e ss.; Cass. 25 luglio 2011, n. 16235, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 1113.

(4) L'esclusione delle c.d. «azioni edilizie» si giustifica in ragione del fatto che essendo l'utilizzatore terzo rispetto al contratto di fornitura, egli non ha il potere di incidere (nel senso sia di modificare che di estinguere) sull'accordo stipulato tra le altre parti; cosa che invece accadrebbe laddove gli venisse riconosciuta la possibilità di esperire l'azione di riduzione del prezzo e/o di risoluzione del contratto nei confronti del fornitore. Una conferma in tal senso discenderebbe dall'art. 10, comma 2°, della Convenzione di Ottawa del 1988 (l. 14 luglio 1993, n. 259), nella misura in cui si richiede il consenso espresso del concedente per l'esercizio dell'azione di risoluzione da parte dell'utilizzatore, nonché dalle disposizioni in tema di contratti di credito collegati contenuta nell'art. 125-*quinquies*, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (nella versione precedente rispetto a d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141). Esse, infatti, individuano il concedente come unico soggetto legittimato all'azione di risoluzione del contratto di fornitura, potendo l'utilizzatore soltanto chiedere a quest'ultimo di attivarsi in tal senso, dopo aver inutilmente costituito in mora il fornitore inadempiente.

(5) V. *infra* § 1.2.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

plina del mandato senza rappresentanza (6). Secondo questa impostazione l'interesse proprio dell'utilizzatore al godimento della cosa, procuratagli dal concedente previo accordo con il fornitore, genera nel contratto di fornitura la medesima scissione di posizioni nei confronti del terzo contraente che si presenta nel caso di contratti conclusi dal mandatario in nome proprio e nell'interesse del mandante (7). Pertanto, l'acquisto del bene da parte della società di *leasing* sarebbe meramente strumentale alla realizzazione dell'intera operazione economica e come tale eseguito per conto dell'utilizzatore, sebbene senza spenderne il nome. Inoltre, tale rapporto di mandato si fonderebbe sul consenso implicito dell'utilizzatore (mandante) e della società di *leasing* (mandataria) alla cessione della locazione o del titolo di godimento personale a beneficio del mandante, oppure sull'impegno alla futura stipulazione di tale cessione (8).

Così dottrina e giurisprudenza, sulla base dell'assimilazione fra il rapporto di mandato senza rappresentanza e il contratto di *leasing*, erano solite ammettere l'azione di adempimento, nonché di risarcimento danni, dell'utilizzatore nei confronti del terzo, ossia il fornitore. A sostegno di tale soluzione veniva richiamato l'art. 1705, comma 2°, c.c., che consente – come è noto – al mandante di sostituirsi al mandatario nell'esercizio di tutti i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato (9).

---

(6) Cass. 2 novembre 1998, n. 10926, cit.; Cass. 2 ottobre 1998, n. 9785, in *Giur. it.* 1999, II, 1152, con nota di S. Rondelli, Perpetuum mobile*: il* leasing *e la tutela diretta dell'utilizzatore*; Cass. 30 giugno 1998, n. 6412, cit. In dottrina sono favorevoli all'applicazione della disciplina sul mandato senza rappresentanza: A.L. Pennetta, Leasing *finanziario e legittimazione dell'utilizzatore ad agire direttamente nei confronti del fornitore*, in *Corriere giur.* 2007, 1428 ss.; E. Bacciardi, Leasing *finanziario: la Cassazione apre le porte della tutela dichiarativa all'utilizzatore*, in *Nuova giur. civ*. 2008, 1073 ss.; N. Visalli, *La problematica del* leasing *finanziario come tipo contrattuale*, in *Riv. dir. civ*. 2000, II, 684; L. Barbiera, *Vizi della cosa concessa in* leasing *e diritti dell'utilizzatore*, in *Giur. it.* 2000, II, 1137, il quale ritiene che in tal modo debba essere riconosciuto all'utilizzatore anche il diritto di agire contro il fornitore inadempiente per la risoluzione della vendita. Critici nei confronti del rinvio alla disciplina sul mandato C. Colombo, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova 1999, 342; E. Fochesato, *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della Cassazione?*, in *Contratti* 2007, 374.

(7) Cass. 27 luglio 2006, n. 17145, in *Corriere giur*. 2007, 10, 1428, con nota di A.L. Pennetta, cit.

(8) Cass. 2 ottobre 1998, n. 9785, cit.

(9) Cfr. Cass. 2 ottobre 1998, n. 9785, cit., nella quale si precisa che «l'esercizio dei poteri collegati alla facoltà di godimento del bene in maniera integrale o in maniera corrispondente alla finalità propria del contratto di locazione finanziaria può essere svolto dall'utilizzatore in via diretta, realizzandosi in questa maniera una perfetta coincidenza tra titolarità del diritto al risarcimento del danno per vizi della cosa ed esercizio di questo».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tuttavia, la riferita costruzione non ha mancato di sollevare una serie di rilievi critici. Si è osservato, in primo luogo, che il richiamo all'art. 1705 c.c. limita il ventaglio di azioni esperibili nei confronti del venditore inadempiente e, inoltre, sono state avanzate perplessità sull'accostamento della figura dell'utilizzatore a quella del mandante senza rappresentanza (10).

Accogliendo siffatti rilievi, la Cassazione, in una recente pronuncia, ha scelto di abbandonare il richiamo al mandato e di fondare la proponibilità delle azioni dirette dell'utilizzatore verso il venditore inadempiente sul collegamento negoziale esistente tra il contratto di fornitura e quello di *leasing* in senso stretto (11).

---

(10) Sul punto, V. Viti, *Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel* leasing *finanziario*, in *Giur. it.* 2016, 41 s.

(11) In un primo momento si era soliti qualificare il *leasing* come contratto a struttura trilaterale, individuando un'unica causa condivisa tra i tre soggetti partecipanti all'operazione. Sulla base di questa premessa veniva riconosciuta all'utilizzatore la possibilità di domandare la risoluzione del rapporto di fornitura. Tuttavia, per tutelare il concedente si riteneva che questi dovesse partecipare al processo in qualità di litisconsorte necessario. In dottrina affermano la sussistenza di un contratto plurilaterale: M. Gorgoni, *Sulla qualificazione giuridica del* leasing, in *Riv. it.* leasing 1993, 468; D. Chindemi, *Trilateralità del contratto di* leasing *e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 Codice civile*, in *Resp. civ. e prev.* 1994, 182; D. Purcaro, *La locazione finanziaria*, Padova 1998; Id., *I problemi della struttura del* leasing, in *Riv. it.* leasing 1987, 543; G. Mirabelli, *Il «leasing» e il diritto italiano*, in *Banca* 1974, I, 245. Favorevoli alla tesi del collegamento negoziale, invece, G. Lener, Leasing*, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*, in *Foro it.* 1998, 3083; R. Clarizia, *I contratti nuovi* Factoring *e Locazione finanziaria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XV, Torino 1999, 115 ss.; L. Barbiera, Leasing *finanziario*, in *Contratti* 1995, 379 ss.; A. Luminoso, *I contratti tipici ed atipici*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudicae P. Zatti, Milano 1995, I, 376; G. De Nova, *Il contratto e la giurisprudenza*, in *Manuale del* leasing, a cura di A. Carretta e G. De Laurentis, Milano 1988, 130; A. Munari, *Il* leasing *finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano 1989, 21 ss. In giurisprudenza, la tesi del *leasing* finanziario come contratto plurilaterale è stata sostenuta da: Trib. Milano 7 settembre 1992, in *Riv. it.* leasing 1993, 250; Trib. Milano 18 aprile 1988, *ivi* 1990, 250; Cass. 26 gennaio 2000, n. 854, in *Foro it.* 2000, I, 2269; e in *Giur. it.* 2000, 1136 ss., con nota di L. Barbiera, cit. Negano la natura plurilaterale del contratto di *leasing* finanziario, pur riconoscendo la sussistenza di un rapporto trilaterale nell'ambito dell'operazione economica: Cass. 17 maggio 1991, n. 5571, cit.; Cass. 11 luglio 1995, n. 7595, cit.; Cass. 16 maggio 1997, n. 4367, in *Foro it. Rep.* 1997, voce *Contratto in genere*, n. 291; Cass. 30 giugno 1998, n. 6412, cit. La tesi ad oggi prevalente è senz'altro nel senso di qualificare il *leasing* finanziario nello schema del collegamento negoziale. Cfr. Cass. 2 novembre 1998, n. 10926, cit.; Cass. 6 giugno 2002, n. 8222, cit.; Cass. 29 aprile 2004, n. 8218, in *Contratti* 2004, 1023, con nota di A. Addante, *Dovere di collaborazione tra concedente ed utilizzatore nel leasing e clausole di traslazione del rischio.* Da ultimo, v. Cass. 5 ottobre 2015, n. 19785 (v. *infra* § 1.2.) che ha confermato l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale maggioritario.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. – Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite riguardava la possibilità per l'utilizzatore di esperire l'azione di risoluzione del contratto di fornitura, rispetto al quale – come si è detto – egli è terzo (12). Tuttavia, nella sentenza, la Corte non si è limitata a risolvere (in senso negativo) il quesito *de quo* ma ha affrontato *funditus* la questione relativa al fondamento dell'azione diretta dell'utilizzatore, discostandosi dalla precedente consolidata giurisprudenza, che ravvisava il fondamento della stessa nella disciplina del mandato senza rappresentanza. Infatti, la Corte ha negato l'utilità del ricorso allo schema del mandato da ultimo descritto e ha adoperato il collegamento negoziale come argomento per ammettere l'a.d. dell'utilizzatore (13).

Sennonché, nonostante l'abbandono dello schema del mandato senza rappresentanza – fino ad allora considerato come unico vero ostacolo rispetto all'esperimento dell'azione di risoluzione da parte dell'utilizzatore – la Corte ha escluso comunque la proponibilità delle azioni edilizie da parte di quest'ultimo. L'esclusione si giustifica in ragione del fatto che i contratti di fornitura e di *leasing* rappresentano due accordi bilaterali distinti, fra cui intercorre un collegamento negoziale «atecnico»; pertanto, il contratto di fornitura non potrà essere sciolto, ai sensi dell'art. 1372 c.c., che per mutuo consenso delle parti o per cause ammesse dalla legge.

Allo stesso tempo, però, le Sezioni Unite – ricorrendo all'espediente della buona fede – hanno riconosciuto all'utilizzatore alcuni rimedi in caso di vizi della cosa oggetto del contratto di fornitura.

Il ragionamento può essere così sintetizzato: si muove dalla premessa che la tutela mediante le azioni edilizie trovi fondamento nel principio di reciproca collaborazione tra concedente e utilizzatore, a sua volta derivante da quello di buona fede nell'esecuzione del contratto *ex* art. 1375 c.c. (14).

---

(12) Cass. 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Corriere giur*. 2016, 6, 785, con nota di V. Viti, *L'individuazione delle azioni esperibili dall'utilizzatore in* leasing *verso il venditore inadempiente e la (sottovalutata) rilevanza del collegamento negoziale*; in *Giur. it*. 2016, 1, 33, con nota di V. Viti, *Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel* leasing *finanziario* e di P.A. Messina, *Vizi del bene e tutela dell'utilizzatore nel contratto di* leasing; in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, 2, 1, 254, con nota di M. Fermeglia, *Qualificazione del* leasing *finanziario e tutela dell'utilizzatore: il punto (e qualcosa in più) delle Sezioni Unite*; in *Contratti* 2016, 3, 224, con nota di G. Di Rosa, *La tutela dell'utilizzatore nel contratto di leasing finanziario*; in *Banca* 2017, 1, 35, con nota di M. Maugeri, *Inadempimento del fornitore e tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*.

(13) L'idea di basare l'azione diretta sul collegamento negoziale era già emersa in dottrina. Sul punto, v. R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo,* leasing, factoring, cit., 340; G. Lener, *La qualificazione del* leasing *fra contratto plurilaterale ed 'operazione giuridica'*, in *Studium* 2001, 1160.

(14) Riconoscono il reciproco obbligo di cooperazione tra utilizzatore e concedente: A. Addante, *Dovere di collaborazione tra concedente ed utilizzatore nel* leasing *e clausole di*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La scissione tra il soggetto destinato a ricevere la consegna dal fornitore e quello destinato ad adempiere l'obbligazione di pagamento del prezzo genera un onere di collaborazione in capo alle parti, secondo un modello comportamentale improntato alla reciproca cooperazione, al fine di conseguire il comune interesse al corretto adempimento del fornitore.

Ecco, dunque, che si fa discendere in capo al concedente un obbligo di salvaguardia circa l'esatto adempimento del fornitore, cui corrisponde un obbligo di comportamento diligente in sede di consegna in capo all'utilizzatore; cosicché il concedente può fare affidamento, ai sensi dell'art. 1375 c.c., «sull'auto responsabilità dell'utilizzatore nel ricevere la consegna dal fornitore stesso» (15).

Fatta questa generale premessa la Corte ha distinto due diverse ipotesi a seconda che i vizi della cosa siano immediatamente conoscibili dall'utilizzatore al momento della consegna, da quella in cui essi siano occulti, ovvero si manifestino successivamente alla consegna (16).

1) Nel primo caso, l'utilizzatore avrà il dovere di informare il concedente «circa ogni questione che sia per questo rilevante», ivi inclusi i motivi per cui ha rifiutato la consegna; quest'ultimo, una volta informato, è tenuto a sua volta ad evitare ogni pregiudizio al primo, a causa dell'instaurato obbligo di solidarietà e di protezione nei suoi confronti. Operativamente dunque il concedente, una volta a conoscenza dei vizi del bene, avrà l'obbligo di sospendere il pagamento del prezzo nei confronti del fornitore, salvo eventualmente esercitare, ove ne sussistano i presupposti, l'azione di risoluzione del contratto di fornitura.

2) Nel secondo caso, l'utilizzatore ha un'azione diretta verso il fornitore per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa. Inoltre, laddove ne ricorrano i presupposti, anche in questo caso il concedente, informato dall'utilizzatore dell'emersione dei vizi, ha, in forza del canone integrativo della buona fede, il dovere giuridico (non la facoltà) di agire verso il fornitore per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione

---

traslazione del rischio, cit.; G. Solinas, *In tema di* leasing *e collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm*. 2005, I, 765; R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo,* leasing, factoring, cit., 287 e ss.; L. Prosperetti, *Note in tema di tutela dell'utilizzatore rispetto ai vizi originari del bene nel* leasing *finanziario*, cit., 629 e ss.; E. Bacciardi, Leasing *finanziario: la Cassazione apre le porte della tutela dichiarativa all'utilizzatore*, cit., 739. Nella precedente giurisprudenza cfr. Cass. 3 aprile 1997, n. 2885, in *Banca* 1998, II, 129; Cass. 2 novembre 1998, n. 10926, cit.; Cass. 6 giugno 2002, n. 8222, cit.

(15) Cass. 6 giugno 2002, n. 8222, cit.

(16) Cass. 5 ottobre 2015, n. 19785, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del prezzo, con tutte le conseguenze giuridiche ed economiche riverberantesi sul collegato contratto di locazione.

Il concedente, qualora l'utilizzatore ne faccia richiesta, è obbligato ad attivarsi altrimenti, come specificato dalla stessa Corte, incorrerebbe nella violazione del canone della buona fede nell'esecuzione del contratto.

Nonostante si tratti di un vero e proprio dovere giuridico (e non di una facoltà) (17), la Corte omette di indicare l'eventuale sanzione nel caso in cui questo resti inadempiuto. Tale mancanza, forse giustificata da una forte fiducia nell'ottemperanza all'obbligo di buona fede (anche alla luce del vasto impiego che la giurisprudenza ha fatto del principio in esame negli ultimi anni), rischia di pregiudicare l'utilizzatore, il quale, in caso di inerzia del concedente, sarà costretto a restituire a quest'ultimo i canoni già versati al fornitore senza potere al tempo stesso godere del bene (18), salvo la facoltà di agire, in un momento successivo, per chiedere il risarcimento dei danni nei confronti del concedente (che andrà commisurato sulla base dei canoni già corrisposti).

Al di là delle perplessità dettate dall'assenza di rimedi specifici in caso di violazione del canone della buona fede, la soluzione elaborata dalla Corte (19) fa sorgere alcuni dubbi, in primo luogo, con riferimento al fondamento dell'azione diretta dell'utilizzatore volta ad ottenere l'adempimento del fornitore, ma anche perché non sembra tenere conto dei possibili risvolti processuali, dal momento che non prende in considerazione l'anomala situazione nella quale l'utilizzatore agisca nei confronti del fornitore per chiedere l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa e contestualmente il concedente promuova un'azione di risoluzione del contratto di vendita. In questi casi (non tanto remoti, dato che la Corte sembrerebbe riconoscere ai due soggetti utilizzatore e concedente la facoltà di agire contestualmente) potrebbe verificarsi un chiaro conflitto fra giudicati a danno del fornitore che potrebbe, da un lato, essere condannato a consegnare il bene privo di vizi, e, dall'altro, perdere il prezzo a

---

(17) Cass. 5 ottobre 2015, n. 19785, cit.

(18) Lo sottolinea F. Bartolini, *op. cit.*, 136, secondo la quale «la prospettiva offerta dalle Sezioni unite sembra seguire il *trend* espansivo della responsabilità contrattuale, già dilatata per via delle teorie del c.d. contatto sociale, o dei c.d. obblighi di protezione, questa volta attraverso un'enfatizzazione operativa della buona fede quale fonte di integrazione».

(19) Successivamente confermata da Cass. 3 settembre 2019, n. 21993, in *GiustiziaCivile.com* 2019, con nota di G. Mattace, *La locazione finanziaria e la tutela delle parti nei confronti del fornitore del contratto di compravendita*; Cass. 23 maggio 2019, n. 13960, in *Foro it.* 2019, 12, I, 3992; Cass. 22 dicembre 2015, n. 25732, in *Guida dir.* 2016, 4, 38. Da ultimo, v. App. Firenze 8 ottobre 2021, n. 1902, in *onelegale.wolterskluwer.it*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

seguito della risoluzione del contratto di compravendita stipulato dal concedente. Questo possibile scenario suscita invero una serie di interrogativi ai quali si cercherà di dare risposta nei paragrafi che seguono.

4. – Il primo profilo problematico riguarda – come si è accennato – il fondamento dell'azione diretta dell'utilizzatore che, a dire della Corte, risiederebbe nel collegamento negoziale tra i due contratti. Non è facile comprendere esattamente la portata di tale affermazione. In particolare, non è chiaro in che modo il collegamento negoziale potrebbe giustificare l'esperimento di tale azione.

A mio avviso, una possibile ricostruzione muove dalle osservazioni formulate da alcuni autori, in epoca antecedente alla sentenza citata, i quali si sono interrogati sull'utilità, sul piano effettuale e non meramente descrittivo, del ricorso alla categoria del collegamento negoziale per giustificare l'esperimento dell'azione diretta. Ci si riferisce, in particolare, all'indagine di Lener (20), il quale ha proposto una lettura in chiave unitaria del fenomeno del *leasing.* Secondo l'a., l'azione diretta dell'utilizzatore nei confronti del fornitore si giustificherebbe in ragione del particolare nesso che avvince il contratto di fornitura al contratto di *leasing*. Tale nesso consentirebbe di superare la barriera della relatività, sancita dall'art. 1372, comma 2°, c.c. Nella prospettiva di Lener, dunque, l'utilizzatore, subendo gli effetti del contratto non concluso, agirebbe in giudizio in quanto parte dell'operazione economica, facendo valere in giudizio un diritto proprio, che scaturisce dai contratti nel loro complesso.

Invero, se fosse questo il ragionamento della Corte non si comprende perché nell'ascrivere poi l'operazione di *leasing* nella categoria del collegamento negoziale, le Sezioni Unite neghino che si tratti di un collegamento in senso tecnico, laddove per collegamento c.d. «tecnico» si intende quello funzionale (21) e volontario (22). Solo in questi casi si è soliti sostenere che

---

(20) G. Lener, Leasing, *collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*, cit., 3083 ss.

(21) Nella categoria del «collegamento funzionale» sono ricomprese tutte le ipotesi nelle quali il nesso che lega più negozi non cessa di esistere al momento dalla loro formazione ma persiste tenendoli avvinti verso un'unica destinazione economica; di conseguenza, in tali casi, le vicende che riguardano il singolo contratto incidono sullo svolgimento dell'altro. A tale forma di collegamento si contrappone quello c.d. «genetico», nel quale – invece – il nesso concerne la sola fase formativa negoziale, dal momento che un negozio determina il sorgere dell'altro (come accade nel caso di contratto preliminare e contratto definitivo). Sulla distinzione, tra le due forme di collegamento, cfr., *ex plurimis*, Gasperoni, *Collegamento e connessione di negozi*, in *Riv. dir. comm.* 1955, 359 ss.

(22) Con l'espressione «collegamento volontario», invece, ci si riferisce alle ipotesi in

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

il terzo (nella specie, l'utilizzatore), che aderisce all'operazione economica unitaria, subisce gli effetti del contratto non concluso, non essendo soggetto – ai sensi dell'art. 1372, 2° comma, c.c. – al principio di relatività in quanto «parte» dell'operazione (23). E, quindi, si potrebbe – sia pure con qualche dubbio (del quale si dirà in seguito) – affermare che l'azione dell'utilizzatore si giustifichi in ragione del collegamento esistente tra i negozi. Tuttavia, se si sostiene l'estraneità dell'operazione di *leasing* alla categoria del collegamento c.d. «tecnico», non si può dire che l'utilizzatore subisca gli effetti del contratto di compravendita e che per questo possa esercitare l'azione diretta.

Sicché, si dovrebbe presumere che il diritto dell'utilizzatore nasca dal collegamento in quanto tale (non necessariamente tecnico), sempre sulla base della premessa – affermata chiaramente dalla Corte – che l'utilizzatore, che agisce nei confronti del fornitore chiedendo l'adempimento (dell'azione di risarcimento del danno si dirà in séguito), faccia valere un diritto proprio, e non del concedente (24).

---

cui la connessione tra i negozi non è assolutamente necessitata (non essendo né prevista dalla legge, né imposta dalla struttura dei contratti): si tratta di contratti che sono, per natura e per difetto di apposita disposizione di legge, del tutto distinti e, *inter se*, apparentemente indipendenti quanto agli effetti, di modo che l'interdipendenza (tra gli effetti) è esclusivamente frutto dell'autonomia privata.

(23) Questa conclusione è in linea con una diffusa tendenza che guarda al fenomeno del collegamento negoziale c.d. tecnico bilaterale in una prospettiva unitaria (il primo autore che ha affrontato il problema in esame in chiave unitaria è G. Castiglia, *Negozi collegati in funzione di scambio*, *Riv. dir. civ*. 1979, II, 397 ss.). Secondo i sostenitori di tale tesi i contratti collegati, seppur tipologicamente autonomi e strutturalmente distinti, danno vita ad un *ensemble* inscindibile. Di conseguenza, l'interprete – nel ricostruire la volontà delle parti – dovrà tenere conto di tale unitarietà e quindi considerare i negozi nel loro complesso e non individualmente (G. Scalfi, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano 1962, 134; G. B. Ferri, *Causa e tipo nel negozio giuridico*, Milano 1966, 404 s.; C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova 1992, 436). Da tanto consegue che se sul piano dell'interpretazione si guarda ai contratti collegati come a dei frammenti di un'unica struttura negoziale, tale unitarietà si dovrà inevitabilmente riflettere anche sul piano della disciplina. Pertanto, l'insieme dei negozi deve essere disciplinato «come se» fosse un unico contratto (R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, Torino 2016, 81). Tuttavia, quando il collegamento coinvolge parti diverse un ostacolo rispetto all'incidenza degli effetti di un contratto sull'altro è costituito dall'art. 1372 cpv. c.c., che sancisce il principio di relatività degli effetti del contratto. Si tratta di un ostacolo solo apparente dal momento che in tali casi l'unitarietà dell'operazione prevale rispetto ai contratti singolarmente considerati facendo sì che «ogni contraente è parte dell'operazione complessiva e, per ciò stesso, non può qualificarsi terzo all'interno di essa» (G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, Milano 1999, 189). In tali casi, dunque, il terzo che aderisce all'operazione economica unitaria, è destinato a subire gli effetti anche del contratto collegato che non ha concluso, non essendo soggetto – ai sensi dell'art. 1372, 2° comma, c.c. – al principio di relatività in quanto «parte» dell'operazione.

(24) Invero tale affermazione è coerente con l'idea da tempo sostenuta dalla giurisprudenza che il titolare dell'azione diretta agisca nei confronti del terzo facendo valere un

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tuttavia, impostata in questi termini, la soluzione della Corte si presta a una serie di osservazioni critiche.

In primo luogo, non si comprende se tale diritto sorga direttamente in capo all'utilizzatore in forza del contratto stipulato *inter alios* oppure se lo stesso sia oggetto di un trasferimento, e in tal caso, se si tratti di un trasferimento automatico o meno. Invero, se si trattasse di un trasferimento sarebbe comunque necessario il consenso del fornitore, in caso contrario la successione nel diritto del concedente, o più in generale nel rapporto, non potrebbe realizzarsi. Allo stesso tempo, risulta difficile spiegare in che modo l'utilizzatore acquisti il diritto direttamente, in forza di un contratto di compravendita che non spiega effetti sulla sua sfera giuridica.

Inoltre, l'affermazione secondo la quale il collegamento in quanto tale farebbe sorgere un diritto in capo all'utilizzatore potrebbe comportare un'estensione smisurata delle ipotesi di azione diretta. Se, come si è detto, la Corte non annovera il *leasing* nello schema del collegamento tecnico, bensì gli attribuisce la generica qualificazione di «collegamento negoziale» e da questo ricava il fondamento dell'azione, il ragionamento porterebbe a dire che ogni qual volta c'è collegamento debba essere riconosciuta al terzo la tutela diretta.

È la stessa Corte, invece, ad escludere che in alcune ipotesi di collegamento spetti al terzo (rispetto al contratto) la possibilità di esperire l'azione diretta. Un esempio è dato dalle vendite a catena, rispetto alle quali si precisa che all'acquirente può esercitare un'azione «contrattuale, che sorge solo nei confronti del diretto venditore, in quanto l'autonomia di ciascun trasferimento non gli consente di rivolgersi contro i precedenti venditori (restando salva l'azione di rivalsa del rivenditore nei confronti del venditore intermedio)» (25).

5. – Tirando le fila di quanto finora detto, parrebbe che il ricorso alla categoria del collegamento negoziale sia un espediente utilizzato dalla giurisprudenza per far fronte alla necessità, ragionevolmente avvertita, di ammettere la diretta esperibilità da parte dell'utilizzatore dell'azione di adempimento riguardante la vendita e per escludere, al tempo stesso, la

---

proprio diritto. Cfr., ad esempio, con riferimento all'azione promossa dal mandante *ex* art. 1705 c.c. Cass. 20 luglio 1976, n. 2877, in *Foro it.* 1977, I, 691; Cass. 12 ottobre 1960, n. 2677, in *Foro it. Rep.* 1960, voce *Mandato*, n. 19; Cass. 10 ottobre 1975, n. 3230, in *Foro it. Rep.* 1975, voce *Mandato*, n. 5.

(25) Cass. 5 febbraio 2015, n. 2115, in *Contratti* 2015, 3, 295.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

proponibilità da parte di tale soggetto dell'azione di risoluzione della medesima vendita, in considerazione della diversa incidenza spiegata da quest'ultima azione sulla posizione del concedente. Tuttavia, si è cercato di dimostrare che il ricorso alla categoria del collegamento (soprattutto, con riferimento a un collegamento c.d. «atecnico») non è di per sé sufficiente a giustificare l'a.d. promossa dall'utilizzatore, dal momento che siffatta soluzione avrebbe ragion d'essere solo se si inquadrasse l'operazione di *leasing* nello schema del collegamento c.d. «tecnico» (e, come si dirà in séguito, «bilaterale»), predicando un'estensione degli effetti del contratto di fornitura anche nei confronti dell'utilizzatore.

Per impostare correttamente il problema che costituisce oggetto di queste riflessioni mi sembra necessario interrogarsi sulla titolarità del diritto fatto valere dall'utilizzatore con l'azione diretta. Ciò che sembra emergere in modo chiaro dalla pronuncia della Corte è che quest'ultimo, nel domandare la condanna all'adempimento nei confronti del fornitore, faccia valere un diritto «proprio» e non del concedente (26).

A conferma di ciò il fatto che, già prima del *revirement* del 2015, la giurisprudenza avesse fatto ricorso allo schema del mandato senza rappresentanza per giustificare l'azione diretta dell'utilizzatore, basandosi sull'assimilazione fra quest'ultima azione e quella del mandante *ex* art. 1705, 2° comma, c.c. In forza di detta equiparazione, si era sostenuto che così come il mandante, anche l'utilizzatore agirebbe sulla scorta di un'ordinaria legittimazione nei confronti del fornitore in caso di inadempimento dello stesso (27).

Tale affermazione si basa sull'assunto che, in caso di mandato senza rappresentanza, il mandante acquisterebbe, direttamente (28) o mediante

---

(26) *Ex multis*, Cass. 10 maggio 1965, n. 879, in *Foro it.* 1966, I, 1382, con nota di richiami di L. Rovelli e nota di R. Sacco, *Principio consensualistico ed effetti del mandato,* nella quale si specifica che «l'esito favorevole dell'azione consentita dall'art. 1705 si acquisisce direttamente al patrimonio del mandante; il che esclude che questi agisca *utendo iuribus* del mandatario, agendo egli in via diretta e non surrogatoria».

(27) Nel senso che non si tratti di una sostituzione, cfr. Cass. 27 luglio 2006, n. 17145, cit., secondo cui il mandante ha diritto di far propri di fronte ai terzi in «via diretta e non in via surrogatoria» i diritti di credito sorti in testa al mandatario, assumendo l'esecuzione dell'affare, a condizione che egli non pregiudichi i diritti spettanti al mandatario in base al contratto concluso, potendo il mandante peraltro esercitare in confronto del terzo le azioni derivanti dal contratto stipulato dal mandatario volte ad ottenerne l'adempimento od il risarcimento del danno in caso di inadempimento.

(28) S. Pugliatti, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 801 ss. In un analogo ordine di idee, F. Benatti, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, 632 ss., per il quale l'azione del mandante nei confronti del terzo, prevista dall'art. 1705 c.c., non rientrerebbe nel novero delle a.d., da lui

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

un trasferimento *ope legis* (29), i diritti di credito derivanti dal contratto concluso dal mandatario; ovvero, secondo altri, succederebbe nel rapporto il luogo di quest'ultimo (30). Siffatta impostazione sembra affetta da un vizio di fondo, ossia la convinzione che con l'azione diretta l'attore faccia valere nei confronti del terzo (nella specie, il fornitore) un diritto «proprio».

A questo proposito è bene riprendere alcune osservazioni formulate dalla dottrina in merito alla fattispecie dell'azione diretta. Ritengo che un utile punto di partenza possa essere la distinzione – prospettata da un

---

concepite come ipotesi in cui il titolare dell'azione non acquista in nessun caso la titolarità del diritto (v. *infra*, nota 40).

(29) In questa prospettiva il diritto di credito verrebbe regolarmente acquistato dal mandatario per poi essere trasferito in un momento successivo in capo al mandante in virtù di un negozio unilaterale traslativo di attuazione, espressione di un diritto potestativo di appropriazione. Maggiore esponente di tale tesi è E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1955, IV, 233 ss. Si discostano dalla tesi ora enunciata, seppur riprendendone alcuni aspetti, coloro che ritengono che il mandante acquisterebbe i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato sulla base di un doppio trasferimento automatico. I diritti, una volta sorti, verrebbero acquistati dal mandatario sulla base dell'atto gestorio (egli ne è parte contrattuale) ma, pressoché contemporaneamente, si trasferirebbero al mandante, senza la necessità che i soggetti del mandato compiano atto alcuno. L'operazione di trasferimento avverrebbe sulla base di un doppio passaggio logico (acquisizione della titolarità dei diritti da parte del mandatario e trasferimento della stessa nella sfera giuridica del mandante) ma senza soluzione di continuità sul piano cronologico. L'operatività del meccanismo sarebbe possibile in virtù del carattere traslativo del congegno effettuale contenuto nell'art. 1705, comma 2°, c.c. Nel senso che si tratti di un (ri)trasferimento automatico del credito dal mandatario al mandante che avverrebbe *ope legis* sulla base del contratto di mandato, L. Carraro, *il mandato ad alienare*, Padova 1947, 7 ss.; F. Ferrara jr., *Gli imprenditori e la società*, Milano 1996, 141 s. La tesi del doppio trasferimento è stata poi oggetto di una rivisitazione da parte di A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, XXXII, Milano 1984, 170 ss., il quale qualifica il passaggio della titolarità dei diritti di credito dal mandatario al mandante quale effetto reale del contratto, ma considera il trasferimento sottoposto ad una condizione sospensiva meramente potestativa di fonte legale (*condicio iuris*). Solo quando il mandante deciderà di sostituirsi, i diritti di credito, che hanno fatto tappa nella sfera giuridica del gestore, inizieranno il loro viaggio verso quella del gerito. *Contra* C. Santagata, *Del mandato*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1985, *sub* art. 1705, 314, il quale osserva che: 1) il congegno del doppio trasferimento automatico potrebbe operare soltanto qualora i soggetti del mandato avessero fatto dell'effetto traslativo precipuo oggetto della loro volontà al momento della conclusione del contratto; 2) il mandante, in realtà, non ha alcun interesse alla titolarità dei diritti di credito ma esclusivamente ai risultati che ne costituiscono l'oggetto; 3) la tesi citata è inconciliabile con il disposto degli artt. 1705, 2° comma, c.c. e 1721 c.c.

(30) È una tesi perlopiù seguita dalla giurisprudenza. V. Cass. 13 gennaio 1990, n. 92, in *Giust. civ.* 1990, I, 1252; Cass. 23 aprile 1969, n. 1306, in *Foro it. Mass.* 388; Cass. 7 novembre 1964, n. 2714, in *Giur. it.* 1965, I, 1, 387 ss. Per le argomentazioni critiche a tale tesi, v. R. Sacco, *Principio consensuale ed effetti del mandato*, in *Foro it.* 1966, I, 1395.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

autore – tra azioni dirette c.d. «pure» e altre azioni dirette che trovano ingresso nel nostro ordinamento (31).

Le prime – previste dal legislatore in ipotesi tassative (tra queste figurano l'art. 1595 e 1676 c.c.) – sono caratterizzate dal fatto che il creditore, che agisce nei confronti del terzo (con il quale non intrattiene alcun rapporto), fa valere in giudizio due diritti di credito: quello vantato nei confronti del suo debitore e quello che tale soggetto vanta nei confronti del terzo. Rispetto a quest'ultimo il creditore agirebbe quindi sulla scorta di una legittimazione straordinaria. Questa impostazione determina alcune ricadute sul piano processuale, dal momento che entrambi i diritti costituiranno oggetto di accertamento (32).

In definitiva, sono tre i caratteri distintivi dell'a.d. «pura».

A) Tra l'attore e il terzo non vi è alcun rapporto giuridico obbligatorio. Pertanto, l'a.d. presuppone l'esistenza di due rapporti obbligatori autonomi, il cui unico elemento di connessione è dato dalla circostanza che il soggetto passivo di un rapporto è al contempo soggetto attivo dell'altro (33). Di conseguenza non si può parlare di a.d. in casi di surrogazione, volontaria o legale, del creditore nei diritti del debitore.

B) Si tratta di due diritti di credito distinti (anche se soggettivamente connessi), che coesistono (34).

C) L'esercizio dell'a.d. crea una situazione di indisponibilità del credito vantato dal debitore nei confronti del terzo. Di conseguenza il debitore – una volta che l'attore ha esperito l'azione – non potrà compiere atti

---

(31) In questo senso, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino 2019, 572 ss.

(32) La distinzione ora proposta non incontra il consenso della giurisprudenza che, come si è visto, ritiene che l'a.d. discende dall'attribuzione al creditore di un'autonoma posizione sostanziale nei confronti del terzo. In questo senso anche parte della dottrina per la quale l'a.d. pone capo a un giudizio di condanna, sorretto dall'ordinario criterio di legittimazione rappresentato dalla titolarità del diritto controverso. Coerentemente con questa affermazione, tali autori ritengono che: 1) l'oggetto del giudizio, in caso di a.d., è solo il credito vantato dall'attore nei confronti del terzo; 2) il rapporto tra il debitore principale e l'attore degrada al rango di punto pregiudiziale (questione, se controverso), divenendo oggetto di decisione solo nei casi previsti dalla legge o a seguito di domanda di parte, *ex* art. 34 c.p.c.; 3) l'obbligato principale non assume in nessun caso la veste di litisconsorte necessario. In questo senso, G. Costantino, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli 1979, 435; Id., *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma 1990, § 6; M. Acone, *La domanda di sostituzione del creditore nella distribuzione del ricavato*, in questa *Rivista* 1981, 232 ss., spec. 265 s.; Id., *La tutela dei crediti di mantenimento*, Napoli 1985, 125. Per la giurisprudenza v. *supra*, nota 24.

(33) G. Balena, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Bari 1990, 5.

(34) G. Balena, *Contributo*, cit., 6.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di disposizione del proprio diritto, almeno fino a concorrenza del credito assistito dall'a.d.

All'azione diretta c.d. «pura» si contrappone un altro tipo di azione diretta che trova il suo referente normativo nell'art. 144, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. codice delle assicurazioni private). Si tratta dell'azione diretta concessa al danneggiato nei confronti dell'assicurazione del danneggiante. In tali casi il processo sarà complesso sotto il profilo soggettivo (poiché il danneggiante è litisconsorte necessario (35)) ma non anche oggettivo, dato che il danneggiato proporrà nei confronti dell'assicurazione un'unica domanda, deducendo un solo diritto (non due diritti distinti come avviene nell'a.d. c.d. «pura»). In tali casi è quindi il legislatore (dal momento che si tratta pur sempre di ipotesi tassative) a prevedere l'insorgenza di un diritto di credito «direttamente» in capo al danneggiato nei confronti dell'assicurazione del danneggiante. Si costituisce quindi, *ex lege*, un nuovo rapporto obbligatorio (tra danneggiato e assicurazione) che si sovrappone, non estinguendoli, ai due rapporti preesistenti (quello tra danneggiato e danneggiante e quello tra quest'ultimo e l'assicurazione) (36). Solo questo rapporto «nuovo» costituirà oggetto del processo, mentre il giudice conoscerà *incidenter tantum* dell'esistenza del contratto di assicurazione e della responsabilità del danneggiante, in quanto elementi della fattispecie costitutiva del diritto del danneggiato nei confronti dell'assicurazione. Si è quindi al cospetto di un'ipotesi molto diversa rispetto a quella passata in rassegna in precedenza, tant'è vero che chi è fedele all'impostazione per cui l'a.d. è caratterizzata dalla coesistenza di due diritti di credito nega persino che tale ipotesi possa essere ricompresa nella categoria cui ci si riferisce (37).

6. – Una volta distinte le due azioni, è necessario verificare se l'a.d. dell'utilizzatore presenta i caratteri propri dell'azione diretta c.d. «pura».

Il primo requisito riguarda l'autonomia dei rapporti obbligatori. Con riferimento a tale aspetto si può osservare che il rapporto tra fornitore e

---

(35) Si tratta di ipotesi comunemente ricondotte alla categoria del litisconsorzio necessario *propter opportunitatem*, v. G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale*, Bari 2019, 216; E. Merlin, *Elementi di diritto processuale civile*, Pisa 2019, 227. La pone invece al confine tra le ipotesi di litisconsorzio per c.d. ragioni processuali e quelle di mera opportunità, pur negando che nella specie ricorra un'ipotesi di legittimazione straordinaria, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino 2019, 105 s.

(36) C. Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 572 ss.

(37) G. Balena, *Contributo*, cit., 21.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

concedente è autonomo, sotto il profilo causale, rispetto a quello intercorrente tra quest'ultimo e l'utilizzatore. L'autonomia strutturale dei contratti, e quindi dei rapporti che da esso derivano, è un connotato essenziale del collegamento negoziale (38).

Inoltre, in tali casi parrebbe ricorrere anche il requisito della coesistenza di più diritti (soggettivamente connessi), visto che il diritto all'adempimento del concedente nei confronti del fornitore coesiste con quello che l'utilizzatore vanta nei confronti del concedente. Nonostante la prassi sia orientata nel senso di obbligare il fornitore a consegnare il bene direttamente all'utilizzatore, questo non esclude che in forza del contratto di fornitura il concedente ha diritto a ricevere il bene, per poi trasferirlo all'utilizzatore (39). Il punto più dubbio concerne invece l'indisponibilità

---

(38) Nella definizione tradizionale il collegamento tra contratti si verifica, infatti, ogni qual volta «le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale danno vita, contestualmente o meno, a distinti contratti i quali, caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria causa e conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, alla cui disciplina rimangono rispettivamente sottoposti, vengono tuttavia concepiti e voluti come funzionalmente e teleologicamente collegati tra di loro e posti in rapporto di reciproca dipendenza, cosicché le vicende dell'uno debbono ripercuotersi sull'altro condizionandone la validità e l'efficacia». Massima ricorrente, testualmente: Cass. 15 febbraio 1980, n. 1126, in *Giust. civ. Rep.* 1980, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 95.

(39) Lo si desume chiaramente da Cass. 29 gennaio 2018, n. 2100, in *Corriere giur.* 2018, 3, 420, che, con riguardo all'operatività del meccanismo di acquisto della proprietà previsto dall'art. 1153 c.c., ha precisato che l'operazione di *leasing* finanziario implica un collegamento funzionale tra il contratto di vendita, stipulato fra il fornitore ed il concedente, e quello di *leasing,* concluso tra quest'ultimo e l'utilizzatore. Esso si realizza mediante clausole di interconnessione, inserite nel primo contratto, con cui si conviene che il bene è acquistato per essere ceduto in godimento all'utilizzatore e deve essere consegnato direttamente a quest'ultimo. Il fornitore non assume alcun impegno diretto nei confronti od a favore dell'utilizzatore, sicché l'acquisto del bene rappresenta non solo un atto giuridico strumentale alla concessione in godimento, ma anche un evento che deve precedere l'attribuzione all'utilizzatore della detenzione autonoma qualificata della *res*, che deve necessariamente provenire dal concedente-proprietario affinché si perfezioni il contratto di *leasing*. La consegna del bene, dunque, è, da un lato, adempimento dell'obbligazione di consegna del fornitore nei confronti del bene venduto e, dall'altro lato, esecuzione, da parte di quest'ultimo, di un incarico conferitogli dal concedente nell'interesse dell'utilizzatore, creditore del concedente in base al contratto di *leasing* e quindi da considerare *ad iectus solutionis causa* rispetto al contratto di vendita. Da tale affermazione si ricava che nel caso di acquisto a *non domino*, da parte del concedente in *leasing* finanziario, di un bene mobile consegnato dal fornitore direttamente all'utilizzatore, lo stato di buona fede al momento della consegna, rilevante ai fini dell'acquisto della proprietà ai sensi dell'art. 1153 c.c., deve essere valutato con riferimento al soggetto acquirente concedente in *leasing*, e non dell'utilizzatore. In senso conforme, v. App. Napoli, 10 maggio 2019, n. 2564, in *dejure*; nonché, Cass. 5 agosto 2002, n. 11719, in *Nuova giur. civ. comm.* 2003, I, 946, con nota di E. Bolondi, Leasing *finanziario e acquisto* a non domino: *l'utilizzatore come* adiectus solutionis *causa del concedente*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del diritto per colui che ne è titolare (il concedente). La sussistenza di tale requisito dipende a mio avviso dalla ricostruzione dell'azione diretta che si intende accogliere.

Muovendo dalla premessa che i diritti di credito (quello dell'utilizzatore e quello del concedente) sono diversi, i dubbi riguardano la necessità o meno del trasferimento del diritto dedotto in giudizio dal concedente all'utilizzatore.

Secondo una prima opinione, l'a.d. andrebbe intesa come attribuzione al creditore diretto di un mero *ius exigendi* (40). Quest'ultimo, quindi, lungi dal diventare titolare del diritto dedotto in giudizio, sarebbe dotato esclusivamente di una legittimazione a «pretendere» dal terzo il pagamento che questi abbia verso il debitore principale.

Sennonché, a mio avviso, se si prescinde dal trasferimento del diritto, l'a.d. sarebbe assimilabile a quella surrogatoria *ex* art. 2900 c.c. (41), ovvero si configurerebbe come una «speciale» azione surrogatoria (42).

Eppure, notevoli sono, in concreto, le differenze tra l'azione surrogatoria e quella diretta (43). *In primis*, la diversa natura delle due azioni. Alla prima viene generalmente riconosciuta una funzione conservativa; mentre si ritiene che la seconda abbia natura satisfattiva. L'azione surrogatoria è infatti considerata dalla dottrina prevalente come un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale che la legge appresta al creditore (44). Per

---

(40) In questa prospettiva, con riferimento alle azioni dirette in generale, F. Benatti, *op. cit.*, 647 s.; M. Acone, *La tutela dei crediti di mantenimento*, cit., 112. Con riferimento all'azione del mandante v. E. Zucconi Galli Fonseca, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1122.

(41) Sempre con riferimento all'azione del mandante, la qualifica come azione surrogatoria *ex* art. 2900 c.c. G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino 1957, 105 ss. *Contra* R. Nicolò*, Azione surrogatoria e revocatoria,* in *Comm. cod. civ*., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma 1953, *sub* art. 2900, 677 ss., il quale osserva che i caratteri delle due azioni, nonché le loro finalità, sono diversi (v. *infra*).

(42) C. Santagata, *Del mandato*, cit., 328 ss., che qualifica l'azione di cui all'art. 1705, comma 2°, c.c. come una surrogatoria speciale con finalità esecutiva (il celere acquisto per il mandante dell'oggetto del credito) che può concorrere con la surrogatoria ordinaria *ex* art. 2900 c.c. con finalità conservativa (protezione avverso l'inerzia pericolosa del mandatario). Detta surrogatoria «spuria» prescinderebbe dai requisiti di cui all'art. 2900 c.c. e priverebbe il mandatario della originaria legittimazione all'esercizio dei diritti di credito.

(43) Sul punto v., *amplius*, R. Nicolò, *Azione surrogatoria e revocatoria*, cit., 53 ss.; R. Sacco, *Il potere di agire in via surrogatoria*, Torino 1955, 205 s.; G. Giampiccolo, voce *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 960.

(44) In dottrina, *ex multis*, R. Sacco, *Il potere di agire in via surrogatoria*, cit., 83; G. Giampiccolo, *Azione surrogatoria*, cit., 950; G. Monteleone*, Profili sostanziali e processuali nell'esercizio dell'azione surrogatoria*, Milano 1975, 89 ss. *Contra* W. D'avanzo, *La surrogatoria*, Padova 1949, 82 e ss. che attribuisce all'azione in questione un carattere meramente esecutivo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quanto concerne invece l'a.d., si è soliti riconoscere alla stessa una funzione esecutiva/satisfattiva. Si osserva, infatti, che – nonostante l'a.d. ponga capo ad un giudizio a cognizione piena – avendo riguardo alla sua funzione, non sembra lecito disconoscere che l'istituto rappresenta «una delle tecniche di tutela e di realizzazione coatta del (diritto di) credito 'speciali' rispetto al modello ordinario, che è dato appunto dall'espropriazione forzata» (45).

Un'altra distinzione riguarda i presupposti per il loro esercizio. Per l'esperimento dell'azione surrogatoria è necessario che ricorra, tra gli altri, il requisito dell'inerzia del debitore, dalla quale può derivare un pregiudizio alle ragioni del creditore. Il presupposto dell'inerzia sta ad indicare che la legittimazione del creditore è sussidiaria rispetto a quella del titolare (46). Invece, l'esperimento dell'a.d. non presuppone siffatta condizione.

Infine, la distinzione per certi versi più significativa concerne gli effetti: la prima, produce effetti nella sfera giuridica del debitore, l'a.d. solo nella sfera giuridica di chi la propone. E, infatti, laddove il creditore, surrogandosi al proprio debitore, ottenga una sentenza di condanna nei confronti del *debitor debitoris*, quest'ultimo è tenuto ad adempiere al sostituito, per il quale la sentenza costituisce titolo esecutivo. Una conferma in merito ai diversi effetti delle due azioni si ricava dalle ipotesi di surrogatoria c.d. satisfattiva, nelle quali la giurisprudenza riconosce la possibilità di adempiere direttamente al creditore surrogante. Si tratta di ipotesi nelle quali vi è una coincidenza esatta dell'oggetto dei due distinti rapporti (si deve trattare di una cosa o di una prestazione specifica). A ben vedere nelle pronunce si legge che in tali casi il creditore agirebbe in sostanza in via di «azione diretta», sottolineando in tal modo la diversità di effetti delle due azioni (47).

Per le ragioni ora segnalate, la tesi in esame non appare condivisile, dal momento che questa attribuisce al creditore il solo potere di esercitare, in luogo del debitore, le azioni spettanti a quest'ultimo, come accade nell'azione surrogatoria (48). Inoltre, se si prescinde dal trasferimento del diritto

---

(45) G. Balena, *Contributo*, cit., 69 s. In un analogo ordine di idee, G. Costantino, *Note sulle tecniche di attuazione dei diritti di credito nei processi di espropriazione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*. 1988, 129.

(46) In questo senso, G. Balena, *op. cit*., 51.

(47) C. Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 568 s. In giurisprudenza v. Cass. 14 ottobre 2008, n. 25136, in *Contratti* 2009, 249, con nota di M. Catalano, *Contratti preliminari a catena ed azione surrogatoria*.

(48) G. Monteleone, *Profili sostanziali e processuali nell'esercizio dell'azione surrogatoria*, cit., 102, per il quale con l'espressione «azione surrogatoria» non si indica un particolare

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dal debitore al creditore, non si riesce spiegare nemmeno quella «situazione di indisponibilità» che consegue all'esperimento dell'a.d. In altre parole, non si comprende il motivo per il quale il titolare del diritto (ossia, il debitore principale) non possa agire in giudizio per farlo valere, né ricevere la prestazione oggetto dello stesso.

Una ricostruzione alternativa, rispetto a quella ora prospettata, è stata proposta da Balena (49). Secondo l'a., il creditore che agisce in giudizio richiede due distinti provvedimenti: uno costitutivo che mira a espropriare il debitore del credito vantato nei confronti del terzo e uno di condanna nei confronti di quest'ultimo. Il giudice per poter concedere il provvedimento costitutivo dovrà quindi accertare l'esistenza del rapporto obbligatorio che lega il debitore principale all'attore e successivamente, ai fini della condanna, dovrà accertare l'esistenza del rapporto tra debitore e terzo (50). Siffatta impostazione comporta l'instaurazione di un giudizio complesso sia sul piano oggettivo, che soggettivo. Inoltre, il creditore facendo valere non solo un diritto proprio ma anche un diritto altrui, agirà – con riferimento a quest'ultimo diritto – in forza di una legittimazione straordinaria. Questo comporta che il debitore principale dovrà partecipare al processo in quanto litisconsorte necessario (51).

Aderendo a tale opinione, si può dire che l'indisponibilità del diritto sia una naturale conseguenza dell'accoglimento (con sentenza) dell'azione costitutiva promossa dall'utilizzatore, con la quale si attua nella sostanza il trasferimento del diritto.

Ricostruendo in questi termini l'a.d., si può dire che l'utilizzatore che agisce nei confronti del fornitore promuove due distinte domande, una costitutiva mirante al trasferimento del credito del concedente, e una di

---

tipo di azione, ma solo il *potere* di esercitare, in luogo del debitore, le azioni spettanti a quest'ultimo, quando sussistano le condizioni previste dalla legge. Vi è chi, invece, sostiene che si dovrebbe parlare, piuttosto che di *potere,* di una *legittimazione* surrogatoria, ossia appunto di una *potestà*, attribuita al creditore, di esercitare un diritto altrui con efficacia immediata per il titolare, v. G. Giampiccolo, voce *Azione surrogatoria*, cit., 958 s.

(49) G. Balena, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, *passim*.

(50) G. Balena, *Contributo*, cit., 103.

(51) In giurisprudenza, il l.c.n. è escluso con riferimento alle ipotesi di a.d. proposta dagli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente in ragione del fatto che in tali casi vi è una obbligazione solidale fra appaltatore e committente. Cfr., *ex multis*, Cass. 4 settembre 2000, n. 11607, in *Riv. it. dir. lav*. 2001, II, 382. In senso contrario, F. Benatti, *op. cit.*, 643. Il problema della necessaria partecipazione di tutti i titolari del rapporto si è posto anche con riferimento all'azione diretta proposta dal locatore nei confronti del sub conduttore. Sul punto v. A. Tabet, *Azione diretta del locatore verso il subconduttore e litisconsorzio*, in *Foro it*. 1961, 1022 ss., che ritiene che in tali circostanze non vi sia la necessità di litisconsorzio ma ricorra l'opportunità di ordinare la chiamata in causa del conduttore.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

condanna nei confronti del fornitore; rispetto alla prima, egli agisce in qualità di legittimato ordinario, poiché l'accertamento del giudice verterà sul credito vantato *iure proprio* dall'utilizzatore nei confronti del concedente, rispetto alla seconda invece agirà in veste di legittimato straordinario, dato che farà valere un diritto appartenente al concedente. In questo modo l'azione diretta dell'utilizzatore presenterebbe i caratteri della c.d. azione diretta pura.

Questa soluzione incontra tuttavia un ostacolo nella previsione contenuta nell'art. 81 c.p.c., secondo cui «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui». La tassatività delle ipotesi di sostituzione processuale fa sì che per poter ricostruire l'a.d. dell'utilizzatore nei termini ora prospettati, è necessario ricondurre l'operazione *de qua* a una di quelle previste dalla legge.

Per far fronte a tale esigenza si può, a mio avviso, ricorrere nuovamente allo schema del mandato senza rappresentanza ma in un'ottica diversa rispetto a quella finora prospettata. Secondo una diversa ricostruzione, accolta da una parte della dottrina, il mandante che agisce *ex* art. 1705, comma 2°, c.c. non fa valere un diritto proprio bensì un diritto del mandatario (52).

Questa impostazione, in linea con il dettato normativo – l'art. 1705, comma 1°, c.c. stabilisce infatti che «il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi» – comporta: che il mandante agisca in giudizio in qualità di sostituto processuale del mandatario, pertanto il termine «sostituzione» adoperato dall'art. 1705, comma 2°, c.c. assume una connotazione processuale e non sostanziale (53), e che il mandatario partecipi al giudizio in veste di litisconsorte necessario.

In conclusione, ritengo che in assenza di una previsione normativa nella quale si preveda l'a.d. dell'utilizzatore nei confronti del fornitore, il

---

(52) In questa direzione, C. Santagata, *Del mandato*, cit., 328 ss. il quale muove dall'assunto che l'esercizio del diritto (di cui si parla nell'art. 1705, comma 2°, c.c.) non implica la titolarità (del cui trasferimento normalmente non si farà questione) e su tale considerazione formula la propria ipotesi ricostruttiva. Essa, infatti, si fonda sull'idea che l'unico titolare dei diritti di credito sia il mandatario, parte formale dell'atto gestorio, e che il mandante si possa sostituire esclusivamente nell'esercizio dei diritti stessi. Il gerito, in sostanza, potrà esercitare in nome proprio diritti altrui e non potrà in alcun modo inibire i diritti concessi al mandatario dal disposto dell'art. 1721 c.c.

(53) Sulla differenza tra potere sostanziale di surrogazione, che presuppone il mutamento della titolarità del diritto (come accade ad es. nell'ipotesi prevista dagli artt. 1201 e ss. c.c.), e la sostituzione processuale *ex* art. 81 c.p.c. v. C. Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 567. Nei primi casi il soggetto agisce in forza di una legittimazione ordinaria.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fondamento di tale azione deve essere ravvisato nello schema del mandato senza rappresentanza. Con la precisazione che, in tali casi, il mandante (nella specie, l'utilizzatore) agisce in veste di sostituto processuale del mandatario, fino alla pronuncia del giudice che determina il trasferimento del diritto (54).

7. – Quanto finora detto non vale ad esaurire il discorso relativamente ai rimedi posti a disposizione dell'utilizzatore, dal momento che la giurisprudenza unanime (55) (così come la dottrina) (56) gli riconosce, oltre all'azione di adempimento, anche quella di risarcimento del danno, nel quale sono compresi i canoni pagati al concedente in costanza di godimento del bene viziato. Qui i termini del discorso variano poiché è meno

---

(54) Questa osservazione costituisce il presupposto per ricondurre l'azione *ex* art. 1705, comma 2°, c.c. nel novero delle azioni dirette c.d. pure, secondo l'impostazione che si è scelto di seguire. Tuttavia, va segnalato che tale opinione non è condivisa da tutti (in senso favorevole, v. R. Sacco, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, cit., 205; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1955, IV, 235 ss.; A. Giordano, *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1705 c.c.*, in *Riv. dir. comm.* 1953, I, 103 e 106 ss.). In particolare, lo stesso G. Balena, *Contributo*, cit., 293 ss., ritiene che l'azione del mandante non rientri nello schema ora proposto dal momento che quest'ultimo acquisterebbe – in via diretta, ovvero, in forza di una successione nel rapporto (a seconda della ricostruzione prescelta) – i diritti derivanti dal contratto concluso dal mandatario con il terzo. Tale dato confligge con la ricostruzione dell'a. che, come si è detto, intende l'a.d. come un fenomeno di esercizio di un diritto altrui. Ciò che però non pare condivisibile è la premessa dalla quale muove il ragionamento dell'a. circa la titolarità del diritto dedotto in giudizio. Si osserva infatti che, in linea con la previsione dell'art. 1705 c.c., il mandatario, che agisce in nome proprio acquista i diritti e gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato. La semplice iniziativa da parte del mandante non è di per sé sufficiente a consentirgli di subentrare nel rapporto giuridico rispetto al quale è terzo, poiché tale assunto postulerebbe un arbitrario superamento della disciplina della cessione del contratto (art. 1406 c.c.). Nemmeno si potrebbe ragionare in termini di acquisto diretto del diritto da parte del mandante, poiché questo confliggerebbe con il principio di relatività degli effetti del contratto sancito dall'art. 1372 c.c., rispetto al quale il 1705 c.c. non prevede alcuna deroga. È ben noto che perché il contratto produca effetti nella sfera giuridica di un terzo è necessario che vi sia un'espressa previsione di legge. L'unica invocabile, nella specie, sarebbe quella del contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.). Sennonché a me non pare possibile ascrivere il mandato senza rappresentanza in tale ultimo schema, data la mancanza dei presupposti fondamentali per la sua applicazione, ossia: la sussistenza di un interesse del mandatario che giustifichi il suo atto dispositivo a favore del terzo, l'accettazione da parte del terzo e, infine, la possibilità per il promittente di revocarlo o modificarlo.

(55) Cfr., *ex multis*, Cass. 30 giugno 1998, n. 6412, cit.; Cass. 2 novembre 1998, n. 10926, cit.; Cass. 26 gennaio 2000, n. 854, cit.; Cass. 13 dicembre 2000, n. 15762, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 2593; Cass. 5 settembre 2005, n. 17767, in *Giust. civ.* 2006, I, 289.

(56) V., tra gli altri, R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo,* leasing, factoring, cit., 340, G. Lener, *La qualificazione del* leasing *fra contratto plurilaterale ed 'operazione giuridica'*, cit., 1160.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

chiaro se in tali casi l'utilizzatore faccia valere un diritto proprio o del concedente.

Affermare che l'utilizzatore faccia valere in tali circostanze un diritto del concedente non è possibile, soprattutto se si riconduce l'operazione *de qua* allo schema del collegamento atecnico. Per spiegare il senso di tale affermazione bisogna indagare sulla causa del contratto di *leasing*.

In particolare, se si assume che il contratto in questione abbia una causa di finanziamento in senso stretto (e non anche una causa di godimento e/o traslativa), il venir meno del bene – vuoi per inadempimento all'obbligo di consegna, vuoi per evizione – ma anche l'assoluta inidoneità all'uso per vizi gravi non dovrebbero incidere in alcun modo sulle obbligazioni restitutorie del finanziamento stesso. Di qui il dubbio relativo all'individuazione dei danni che il concedente, in tali ipotesi, potrebbe aver sofferto ed in relazione ai quali l'utilizzatore potrebbe agire contro il fornitore (57).

La soluzione non varia nemmeno nell'eventualità in cui si riconosca al contratto di *leasing* una causa di godimento. In tal caso, il verificarsi delle patologie anzidette potrebbe comportare la risoluzione del contratto di fornitura per impossibilità sopravvenuta. Ove, però, si ritiene – come fa la giurisprudenza – che il collegamento in questione non rientri nello schema del collegamento c.d. tecnico (con conseguente inapplicabilità del principio *simul stabunt, simul cadent*), si deve dire che il *leasing* conserva comunque efficacia a prescindere dalle condizioni del bene. A questo punto, il problema si riproporrebbe, perché si farebbe fatica ad individuare il danno che potrebbe aver sofferto il concedente (58).

In sostanza si potrebbe affermare che in caso di mancata consegna del bene o nell'ipotesi di vizi che rendano lo stesso inidoneo all'uso, grava comunque sull'utilizzatore l'obbligo di pagare il canone; pertanto, risulta difficile individuare quale danno possa subire il concedente.

In questa prospettiva si dovrebbe quindi dire che l'utilizzatore che agisce promuovendo una siffatta azione nei confronti del fornitore farebbe valere, in tali casi, un diritto «proprio» e non del concedente (59). Si pone

---

(57) G. Lener, Leasing, *collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*, cit., 3083 ss.

(58) G. Lener, *op. ult. cit.*, 3099.

(59) Nel senso che l'utilizzatore faccia valere un diritto proprio e non del concedente E. Zucconi Galli Fonseca, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, cit., 1127. In senso contrario, G. Lener, Leasing, *collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*, 3090.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quindi, ancora una volta, il problema di individuare il fondamento di tale azione.

Con riguardo all'azione di risarcimento dei danni, il fondamento della stessa non è rinvenibile nella previsione di cui all'art. 1705 c.c., dal momento che tale norma non riconoscerebbe al mandante il diritto di agire nei confronti dei terzi facendo valere un proprio diritto al risarcimento dei danni subiti. Tale affermazione risulta coerente con l'impostazione accolta in precedenza, secondo la quale il mandante agisce a norma dell'art. 1705, comma 2°, c.c. facendo valere un diritto spettante al mandatario (60).

Se si esclude il collegamento in senso tecnico che, come si è detto, consente di superare la barriera del principio di relatività (*supra* nt. 23) – estendendo al terzo gli effetti del contratto che non ha concluso (v. credito al consumo) – si potrebbe argomentare come segue. Essendo l'utilizzatore terzo rispetto al contratto di fornitura, il suo diritto al risarcimento nei confronti del fornitore avrebbe natura «extracontrattuale» (61).

In questa direzione si è mossa la corte di Cassazione con riferimento ad altre ipotesi, ascrivibili nella categoria del collegamento negoziale.

Una prima ipotesi è quella delle vendite a catena, nelle quali la Corte ammette la possibilità per il compratore di esperire un'azione «extracontrattuale» nei confronti del produttore, per «il danno sofferto in dipendenza dei vizi che rendono la cosa pericolosa, anche quando tale danno si sia verificato dopo il passaggio della cosa nell'altrui sfera giuridica» (62).

Un'altra ipotesi è invece relativa alla fideiussione. Si precisa infatti che «un danno del fideiussore per un comportamento imputabile al creditore, che non inerisca ai rapporti diretti tra creditore e fideiussore a norma degli

---

(60) Anche la giurisprudenza esclude che l'art. 1705, comma 2°, c.c., possa giustificare l'esperimento dell'azione di risarcimento dei danni proposta dall'utilizzatore-mandante. Sul punto, cfr., Cass. 9 maggio 2019, n. 12250, in *Foro it. Rep.* 2019, voce *Mandato,* n. 1; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24772, in *Corriere giur.* 2009, 5, 699, con nota di D. Maffeis, *Le azioni contrattuali nel mandato senza rappresentanza: interesse del mandante e affidamento del terzo* e di D. De Giorgi, *Le sezioni unite sull'individuazione dei limiti soggettivi dell'azione di ingiustificato arricchimento*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, 4, 368, con nota di C. Abatangelo, *Il c.d. arricchimento indiretto e la concessione del rimedio di cui all'art. 2041 cod. civ.*; in *Riv. not.* 2009, 1043, con nota di M. Mazzotta, *Le Sezioni Unite risolvono un duplice contrasto giurisprudenziale in materia di mandato ed azione generale di arricchimento*; Cass. 8 giugno 2007, n. 13375, in *Contratti* 2007, p. 900; Cass. 21 gennaio 2005, n. 1312, in *Foro it. Rep.* 2005, voce *Trasporto*, n. 26; Cass. 5 novembre 1998, n. 11118, in *Contratti* 1999, 579.

(61) La stessa sentenza del 2015 sembrerebbe ammettere tale azione sulla base di una *lesione del credito* illecitamente provocata dal fornitore che è estraneo al rapporto di locazione. V. Cass. 5 febbraio 2015, n. 2115, cit.

(62) Cass. 5 febbraio 2015, n. 2115, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

artt. 1944 e 1948 c.c., ma sia ipoteticamente imputabile alla violazione degli obblighi nascenti dal rapporto contrattuale tra creditore e debitore principale, è configurabile solo come violazione della regola posta dall'art. 2043 c.c., e avrebbe quindi natura extracontrattuale» (63).

In questa prospettiva, l'azione proposta dall'utilizzatore (lo stesso vale per il compratore – nelle vendite a catena – e il fideiussore) per il risarcimento danni non rientra nello schema dell'a.d., come finora prospettato.

8. – Una volta esaurito il discorso relativo al fondamento dell'azione diretta, e non solo, è bene tornare al secondo quesito posto nel par. 2, ossia cosa accade nell'eventualità in cui l'utilizzatore chieda l'adempimento e contestualmente il concedente domandi la risoluzione del contratto. Una tale eventualità non è da escludersi, dal momento che la Corte parrebbe riconoscere – quantomeno nell'ipotesi in cui i vizi della cosa si manifestino successivamente alla consegna – la possibilità dell'utilizzatore di agire nei confronti del fornitore per ottenere la sostituzione del bene (o l'adempimento, in caso di mancata consegna) e la possibilità del concedente di domandare – non solo su sollecitazione dell'utilizzatore ma anche di propria iniziativa – la risoluzione del contratto di fornitura (64).

La risposta al quesito ora prospettato presuppone, in via preliminare, un'analisi del nesso che avvince i contratti, solo tramite l'individuazione del tipo di collegamento esistente tra i contratti sarà possibile esaminare i caratteri, nonché le conseguenze, dell'azione di risoluzione eventualmente esperita dal concedente.

Come si è avuto modo di dire in precedenza, la Corte nella più volte citata pronuncia del 2015 nega che l'operazione di *leasing* sia riconducibile alla categoria del collegamento c.d. tecnico (ossia, funzionale e volontario).

Questa scelta si giustifica in ragione del fatto che si vuole precludere all'utilizzatore l'esperimento dell'azione di risoluzione, nonché quella di riduzione del prezzo, dal momento che, trattandosi di rimedi sinallagmatici, tali azioni sarebbero idonee a produrre effetti nella sfera giuridica del concedente.

Invero, tale ragionamento desta alcune perplessità. Si avrà modo di dimostrare, infatti, che lo stesso risultato cui – correttamente – giunge la Corte, ossia negare all'utilizzatore la possibilità di agire per ottenere la risoluzione del contratto, può essere raggiunto anche per altra via.

---

(63) Cass. 25 luglio 2013, n. 18086, in *Giust. civ.* 2013, I, 1970.
(64) Cass. 5 ottobre 2015, n. 19785, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Per comprendere le ragioni della Corte nell'escludere il collegamento c.d. «tecnico» bisogna muovere dalla seguente premessa: tale collegamento presuppone l'esistenza oltre che di un elemento oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi (nello schema in questione ricorrente), anche di un elemento soggettivo, rappresentato dal comune intento delle parti di coordinare i contratti per la realizzazione di un risultato unitario (65).

Nell'operazione di *leasing* si esclude l'esistenza di tale ultimo elemento, avendo riguardo alla posizione del fornitore (66). Tale mancanza spinge, quindi, la Corte ad affermare l'assoluta incomunicabilità delle vicende di un contratto sull'altro, che costituisce il tratto distintivo della categoria del collegamento volontario e funzionale (67).

Sennonché, l'affermazione secondo cui l'operazione in questione non rientrerebbe nella categoria del collegamento c.d. «tecnico» è foriera di molti dubbi, con riferimento al tipo di collegamento altrimenti esistente tra i contratti. Invero, una volta escluso il collegamento volontario funzionale, risulta difficile comprendere, quindi, quale sia il tipo di nesso esistente fra i contratti (di vendita e di *leasing* in senso stretto) che la Corte ha voluto riconoscere all'operazione in esame, avendo, fra l'altro fondato proprio su tale, non ben specificato, nesso la proponibilità delle azioni dirette di adempimento e di risarcimento da parte dell'utilizzatore (68).

Alla luce di queste riflessioni ci si domanda se, invece, sia possibile inquadrare il *leasing* nello schema del collegamento c.d. «tecnico». Per far ciò bisogna dimostrare, quindi, la sussistenza non solo dell'elemento oggettivo, ma anche, e soprattutto, di quello soggettivo che secondo la S.C.

---

(65) Nel senso che, ai fini dell'inquadramento nella categoria del collegamento c.d. tecnico, siano necessari sia il requisito oggettivo che soggettivo cfr., tra le tante, App. Venezia, 27 gennaio 2020, n. 230, in *dejure*; Cass. 22 settembre 2016, n. 18585, cit.; Cass. 10 ottobre 2014, n. 21417, in *Dir. e giustizia* 2014, 56, con nota di A. Paganini, *Contratti autonomi, ma interdipendenti,* 'simul stabunt, simul cadent'. Non mancano, tuttavia, decisioni che svalutano l'elemento psicologico a favore di un approccio esclusivamente oggettivo. Cfr. Cass. 18 luglio 2003, n. 11240, cit.; Cass. 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giust. civ.* 2002, I, 113; nonché in *Giur. it.* 2002, 1618; e *Nuova giur. civ. comm.* 2002, I, 654.

(66) V., anche, Cass. 3 settembre 2021, n. 23875, in *Guida dir.* 2021, 48.

(67) Sul punto, cfr. G. De Nova, *Il contratto di* leasing, cit., 33 ss., per il quale il collegamento negoziale fra contratto di fornitura e contratto di *leasing* non deve intendersi come collegamento in senso tecnico, in quanto originato da un nesso di dipendenza al più economico/teleologico, da identificarsi nel soddisfacimento dell'interesse dell'utilizzatore al futuro godimento del bene oggetto della locazione finanziaria. I due contratti di cui si compone l'operazione rappresentano pertanto negozi distinti, non suscettibili di dar vita a una fattispecie unitaria, sì da escludere l'applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*.

(68) Cfr., anche, V. Viti, *Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel* leasing *finanziario*, cit., 46.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non ricorrerebbe nel caso di specie, mancando una comune volontà dei soggetti coinvolti di coordinare più negozi verso la realizzazione di un risultato complessivo. Invero, tale volontà è rintracciabile anche in capo al fornitore, il quale – mediante l'apposizione di specifiche clausole al contratto di vendita – partecipa alla costruzione della connessione tra i negozi, di per sé autonomi e distinti, contribuendo a creare fra gli stessi un'inferenza sul piano effettuale (69). E, infatti, se si guarda al contenuto del contratto concluso tra il fornitore e il concedente si può osservare che il bene oggetto dello stesso è quello previamente individuato dall'utilizzatore e che le condizioni pattuite sono state preventivamente concordate con quest'ultimo (70); inoltre, nel contratto si specifica che il bene sarà successivamente concesso in godimento e che verrà consegnato direttamente nelle mani dell'utilizzatore.

Escludere quindi la sussistenza dell'elemento soggettivo, per il solo fatto che la vendita non sia conclusa dal fornitore esclusivamente in funzione della successiva locazione, vuol dire, a parere di chi scrive, non cogliere a pieno il fenomeno del collegamento funzionale.

A ben vedere, ciò che caratterizza questo tipo di collegamento non è il fatto che vi sia una causa unitaria, ma il fatto che i contratti siano preordinati al conseguimento di un risultato economico unitario (71). Le parti dell'operazione vogliono coordinare più contratti, autonomi e distinti, affinché si producano determinate interconnessioni fra gli stessi sul piano degli effetti necessari per il raggiungimento di un risultato finale.

A mio avviso anche nello schema della locazione finanziaria ricorre un collegamento di tal fatta e una conferma in tal senso si ricava proprio dal recente dato normativo, dal quale emerge che la vendita rappresenti il presupposto della successiva concessione in *leasing* (72). Si osserva, infatti,

---

(69) V. Viti, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma 2018, 46.

(70) Il comma 136 dell'art. 1 l. 4 agosto 2017, n. 124, riferendosi al contratto di locazione finanziaria, individua quale obbligazione assunta dal concedente con il medesimo contratto quella di «acquistare» o «far costruire un bene *su scelta* e secondo le indicazioni dell'utilizzatore».

(71) Cfr. Cass. 26 marzo 2010, n. 7305, in *Guida al dir.* 2010, 38; Cass. 12 gennaio 2006, n. 415, in *Foro it. Rep.* 2006, voce *Contratto in genere*, n. 479; Cass. 28 luglio 2004, n. 14244, in *Giur. it.* 2005, 1825, con nota di L. Sempi, *Collegamento negoziale e 'considerazione unitaria della fattispecie'*; Cass. 18 luglio 2003, n. 11240, in *Contratti* 2004, II, 118, con nota di F. Bravo, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale*; in *Giur. it.*, 2004, 738; Cass. 28 giugno 2001, n. 8844, cit.; Cass. 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Foro pad.* 2000, I, 334. In dottrina, il criterio dell'unitarietà o pluralità degli interessi, è stato valorizzato da G. Scalfi, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, cit., 134.

(72) La ricorrenza di una siffatta relazione fra i due contratti, di fornitura e di *leasing*, è ben messa in evidenza nella definizione del contratto di locazione finanziaria contenuta nella

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che i due rapporti contrattuali, pur essendo formalmente distinti, sono piegati alla (comune) funzione di finanziamento (73).

Il fatto quindi che l'interesse del fornitore si direzioni verso la commercializzazione del prodotto e non verso la concessione all'utilizzatore dell'utilità economica, interesse così oggettivizzato nella causa della compravendita, non vuol dire che egli non contribuisca alla costruzione dell'operazione economica unitaria. Così ricostruita, l'operazione *de qua* rientra a pieno titolo nelle ipotesi di collegamento volontario e funzionale.

Ne potrebbe conseguire l'applicazione del principio per cui i contratti *simul stabunt, simul cadent* con le dovute implicazioni in tema di azione di adempimento e di risarcimento del danno (poiché in tali casi l'utilizzatore diventerebbe «parte» anche del contratto di fornitura).

Tuttavia, ciò che si omette di considerare è che tale principio trova applicazione solo nelle ipotesi in cui il collegamento oltre ad essere volontario e funzionale è anche bilaterale (74). Nell'operazione *de qua*, invece, il collegamento è unilaterale dal momento che solo le vicende riguardanti il contratto di fornitura sono idonee ad incidere sul contratto di *leasing* e non viceversa. A conferma di ciò è possibile richiamare il comma 138 dell'art. 1 l. 4 agosto 2017, n. 124, che nel disciplinare l'ipotesi di inadempimento dell'utilizzatore, non prevede che da tale inadempimento derivi la risoluzione del contratto di fornitura ma solo il diritto per il concedente di ottenere la restituzione del bene, al fine di ricollocarlo sul mercato, con l'obbligo – in tali casi – di restituire all'utilizzatore inadempiente i canoni già pagati.

Ne discende che laddove il concedente chiedesse la risoluzione del contratto di fornitura per inadempimento la pronuncia di accoglimento produrrebbe l'effetto di caducare anche il contratto di *leasing*. Questo perché il nesso di dipendenza unilaterale che lega tale contratto a quello di fornitura fa sì che solo nell'ipotesi in cui venga domandata la risoluzione

---

recente disciplina di cui ai commi 136 e ss. dell'art. 1 l. 4 agosto 2017, n. 124, in cui si fa discendere dalla conclusione di tale ultimo contratto la nascita di un obbligo «ad acquistare o a far costruire» il bene in capo al concedente, collegando il suddetto obbligo alla successiva messa a disposizione dello stesso bene in favore dell'utilizzatore.

(73) F. Bartolini, *op. cit.*, 225.

(74) La distinzione tra collegamento negoziale unilaterale e bilaterale risale a L. Enneccerus, *Lehrbuch des bürg. Rechts*, Marburg 1931, 355. Per collegamento unilaterale si intende la situazione di dipendenza (o subordinazione) di un contratto dall'altro: si fa riferimento, ad esempio, al rapporto esistente tra un contratto principale e un contratto di garanzia; rientrano nella categoria del collegamento bilaterale, invece, tutte le ipotesi in cui tra i contratti vi è un rapporto di interdipendenza, per cui l'uno dipende dall'altro e viceversa.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

o l'annullamento del contratto principale (fornitura) l'oggetto del processo comprenderà anche il contratto dipendente (quello di *leasing*). Al contrario l'annullamento o l'inefficacia del contratto di *leasing* è compatibile con il trasferimento della proprietà del bene in capo al concedente. E, infatti, nel caso in cui l'azione (di annullamento o di risoluzione) riguardi il contratto di *leasing*, l'oggetto della stessa sarà circoscritto a tale contratto, non trovando applicazione il principio *simul stabunt, simul cadent*. Ciò detto, è proprio la dipendenza unilaterale tra i contratti a precludere l'esperimento dell'azione di risoluzione del contratto di fornitura da parte dell'utilizzatore.

Una volta esclusa tale possibilità ci si domanda se egli potrà invece agire per chiedere la risoluzione del contratto di *leasing,* per inadempimento del fornitore, così come accade nel caso del credito al consumo, laddove il 1° comma, dell'art. 125-*quinquies* T.U.B. riconosce al consumatore la possibilità di domandare, dopo aver inutilmente effettuato la costituzione in mora del fornitore, la risoluzione del contratto di credito, se con riferimento al contratto di fornitura di beni o servizi ricorrono le condizioni di cui all'art. 1455 c.c. (75).

Nonostante alla base di tale azione vi sia la medesima esigenza, ossia quella di tutelare l'utilizzatore in caso di inadempimento del fornitore, è opinione diffusa che le norme in materia di credito al consumo non siano suscettibili di applicazione analogica (76).

L'utilizzatore, quindi, che non intende esperire l'azione diretta di adempimento, dovrà limitarsi a sollecitare il concedente a chiedere la risoluzione del contratto e sarà tenuto, fino all'accoglimento di siffatta

---

(75) Tale norma riconosce al consumatore il diritto di risolvere il contratto di finanziamento (concluso tra lui e finanziatore) in caso di inadempimento del fornitore. Le condizioni per l'esercizio di tale azione sono: la gravità dell'inadempimento che deve superare la soglia della «non scarsa importanza» prevista dall'art. 1455 c.c. e il fatto che il consumatore abbia inutilmente effettuato la costituzione in mora del fornitore. L'aspetto più rilevante ai fini dell'indagine qui svolta è che la norma attribuisce al consumatore il diritto di reagire rispetto al contratto di cui è parte – quello con il creditore – al verificarsi di un evento, l'inadempimento, che sta fuori da questo contratto, e che riguarda, invece, il rapporto di vendita. Per un'ampia disamina dei rimedi offerti al consumatore, in caso di credito al consumo, v. F. Bartolini, *Strutture contrattuali complesse: problemi della trilateralità nei contratti di finanziamento,* cit., 58 ss.

(76) V. G. Alpa, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ*. 2006, 354, il quale rileva che le disposizioni consumeristiche debbano sempre interpretarsi restrittivamente e non siano suscettibili di un'applicazione analogica interna al loro perimetro sottosistemico. Con riferimento specifico all'art. 125-*quinquies* T.U.B. e alla sua inapplicabilità all'operazione di *leasing*, v. F. Bartolini, *op. cit.*, 131.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

azione, al pagamento dei canoni salvo poi effettuare l'azione di risarcimento danni.

Sennonché, laddove il concedente dovesse domandare la risoluzione del contratto di fornitura per inadempimento del fornitore rispetto all'obbligo di consegna o in caso di inidoneità del bene, poiché l'accoglimento di detta azione, comporta la caducazione anche del contratto di *leasing* (77), ritengo che sia necessaria anche la partecipazione dell'utilizzatore, in veste di litisconsorte necessario.

La necessaria partecipazione dell'utilizzatore non si giustifica in ragione della sua qualità di «parte» del contratto di compravendita (qualità che acquisterebbe solo nell'ipotesi in cui il collegamento fosse bilaterale), bensì per il solo fatto che l'azione di risoluzione del contratto di fornitura coinvolge l'intera catena negoziale. Tant'è vero che l'interesse del concedente – che domanda la risoluzione del contratto, previa sollecitazione dell'utilizzatore – è direzionato all'estinzione dell'operazione economica e non del singolo contratto. È questo l'effetto che deriva dall'eventuale pronuncia di accoglimento. Tuttavia, affinché tale effetto si produca utilmente, è necessario che la decisione sia pronunciata nei confronti di tutte le parti dell'operazione economica complessiva.

9. – In conclusione, è possibile alla luce dei risultati conseguiti rispondere al quesito di partenza relativo all'ipotesi di contestuale proposizione della domanda di risoluzione, da parte del concedente, e di quella di adempimento, da parte dell'utilizzatore.

Accogliendo la ricostruzione prospettata potremmo affermare che vi è una identità soggettiva tra le cause proposte, dal momento che tutte le parti dell'operazione sono litisconsorti necessari. Inoltre, vi è una parziale coincidenza tra gli oggetti dei due processi, poiché l'azione diretta presup-

---

(77) Per comprendere la portata di tale affermazione è necessaria una precisazione, in tali casi «il venir meno del contratto di *leasing* non è una conseguenza automatica della risoluzione del contratto di fornitura» (in questo senso, v. Cass. 28 giugno 2001, n. 8844, cit., che ha il pregio di non limitarsi a una proclamazione acritica del brocardo *simul stabunt, simul cadent*). Occorre, infatti, verificare se l'inadempimento del fornitore impedisce il raggiungimento del risultato unitario sotteso all'operazione complessiva, in tal caso il contratto di *leasing* verrà meno per difetto di causa, lo stesso infatti «non ha più ragione d'essere» (espressione utilizzata da Cass. 23 aprile 2001, n. 5966, in *Contratti* 2001, 1126; nonché in *Rass. dir. civ*. 2003, 489; Cass. 20 gennaio 1994, n. 474, in *Foro it*. 1994, 3094 ss., con nota di F. Macario, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*, con riferimento al contratto di mutuo di scopo che – al pari del *leasing* – costituisce un'ipotesi di collegamento unilaterale, funzionale e volontario).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pone l'accertamento in ordine all'esistenza e all'efficacia di entrambi i contratti, mentre con l'azione di risoluzione il giudice dovrà accertare l'eventuale efficacia del contratto di fornitura per poi verificare – a seconda dell'esito della lite – quali siano le eventuali ripercussioni sul contratto di *leasing* in senso stretto.

Tale osservazione ci consente di giungere ad una ulteriore conclusione. Nel caso in cui le due decisioni divergano – poiché ad esempio nella prima si condanna il fornitore all'adempimento nei confronti dell'utilizzatore e nell'altra si dichiara la risoluzione del contratto di fornitura – si potrebbe configurare un conflitto pratico parziale (78) fra giudicati.

Al fine di prevenire tale conflitto è quindi necessario ricorrere agli strumenti messi a disposizione dal codice per garantire il coordinamento dei processi (79) e, in particolare, all'istituto della continenza di cause.

Il riferimento a tale istituto si giustifica in ragione della identità dell'elemento soggettivo e della parziale coincidenza tra gli oggetti dei due processi. Parte della dottrina, ragionando su ipotesi di questo tipo, è giunta infatti ad enucleare una particolare categoria di continenza c.d. «biforcata» o parziale, che ricorre allorquando due cause hanno una parte in comune e in più, ciascuna, un proprio elemento che la contraddistingue dall'altra (80).

Ovviamente per poter accogliere tale proposta e applicarla al caso di specie è necessario abbandonare l'accezione puramente quantitativa di continenza, espressa dallo schema «contenente-contenuto», dal momento che in tali casi non vi è una causa che ricomprende l'altra (81). A sostegno

---

(78) M. Gradi, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari 2020, 84 ss.

(79) A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2014, 79 s. Tali mezzi hanno lo scopo di realizzare un unico processo per le diverse cause prevenendo a monte l'insorgenza del conflitto fra i giudicati. Da questi vanno distinti i mezzi di coordinamento delle decisioni, che intervengono invece per armonizzare la decisione assunta in un processo, con quella da assumere in un altro giudizio al fine di impedire un contrasto fra i giudicati.

(80) G. Scarselli, *Note in materia di continenza di cause nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 1381 e A. Lorenzetto Peserico, *La continenza di cause*, Padova 1992, 25.

(81) Lo schema «contenente – contenuto» risponde a un'accezione puramente quantitativa dell'istituto della continenza di cause. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova 1943, 134; F. Carnelutti, *Istituzioni di diritto processuale italiano*, I, Roma 1956, 256; E. T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 2012, 73; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2014, 327; G. Franchi, *Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, Torino 1973, *sub* art. 39, 412 s.; E. Garbagnati, voce *Continenza di cause*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino 1957, 404 s.; B. Fabi, voce *Continenza di cause*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 649 ss.; G. Gionfrida, *Appunti sulla connessione e continenza di cause,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1960, 147.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di tale affermazione è possibile richiamare il dato letterale. A ben vedere, infatti, il comma 2° dell'art. 39 c.p.c. non stabilisce una *vis attractiva* della causa contenente in quella contenuta disponendo che il giudice adito successivamente dichiari la continenza non quando il primo giudice sia quello della causa contenente, bensì quando il primo giudice sia competente a conoscere anche della seconda; il che potrebbe accadere anche quando il primo giudice sia stato investito della causa meno ampia (82).

Di conseguenza, nell'ipotesi di contestuale proposizione della domanda di adempimento (proposta dall'utilizzatore) e di risoluzione del contratto di fornitura sarà il giudice adito per secondo a dover rimettere la decisione congiunta delle cause al giudice preventivamente adito, a condizione che questi sia competente a conoscere di entrambe.

La scelta di ricomprendere l'ipotesi *de qua* nello schema della continenza, piuttosto che in quello della connessione di cause, è dettata dal fatto che in questo modo sarebbe possibile superare i limiti previsti dall'art. 40 c.p.c. garantendo quasi sempre la trattazione simultanea delle cause (83), impedendo in questo modo la formazione di giudicati contraddittori.

In questa prospettiva, l'istituto della continenza di causa si trasforma da strumento volto a soddisfare esclusivamente un'esigenza di economia dei giudizi a strumento volto a impedire l'insorgenza di un conflitto fra giudicati (84) che, nella specie, potrebbe pregiudicare il conseguimento dello scopo unitario cui tende l'operazione di *leasing*.

---

(82) G. Scarselli, *Note in materia di continenza di cause nel processo ordinario di cognizione*, cit., 1386, nota 62; E. Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azione in prevenzione*, in *Giur. it*. 1989, I, 2, 609 s. Nel senso opposto, ossia che la riassunzione debba avvenire davanti al giudice della causa contenente, v. E. Garbagnati, *In tema di continenza di cause*, in *Foro Pad*. 1953, I, 1267; Id., *Ancora in tema di continenza di cause, ivi* 1954, I, 163.

(83) Secondo l'opinione attualmente prevalente la continenza possa essere rilevata anche d'ufficio e anche oltre la prima udienza. Tuttavia, non può essere dichiarata se le cause pendono in gradi diversi e quando la causa preveniente sia già in fase di decisione, perché in entrambi i casi non sarebbe comunque più possibile procedere ad una trattazione congiunta delle cause in rapporto di continenza (cfr. *ex multis*, Cass. 15 luglio 2009, n. 16446, in *Foro it.* 2010, 937).

(84) Tale indirizzo interpretativo trova ampia illustrazione nello studio di G. Scarselli, *op. cit.*, 1370 ss. Aderisce a tale impostazione: E. Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azione in prevenzione*, cit., 607 ss. *Contra* A. Lorenzetto Peserico, *op. cit.*, 118 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

DANIELA D'ADAMO
Ricercatore nell'Università di Bergamo

IL CURATORE SPECIALE DEL MINORE ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le linee generali della riforma. – 3. Esegesi della disciplina del curatore speciale del minore. – 4. Conclusioni.

1. – Con l. 26 novembre 2021, n. 206 è stata emanata 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 (1).

La disciplina, pubblicata il 9 dicembre 2021 ed indotta dal PNRR, è per la maggior parte una legge di delegazione ai sensi dell'art. 76 Cost. In virtù di tale legge, il Governo è 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, 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.

La l. 26 novembre 2021, n. 206 costituisce l'intervento riformatore sulla giustizia civile più articolato e di maggiore respiro, dopo la riforma della l. 25 novembre 1990, n. 353.

Per quanto riguarda la famiglia ed i minori, la delega (art. 1, comma 23 l. n. 206 del 2021) prevede che venga disciplinato, attraverso i decreti attuativi, un rito unificato in materia di persone, minorenni e famiglie, con l'introduzione di un nuovo titolo (il titolo IV *bis* del libro II del codice di procedura civile), rubricato «Norme per il procedimento in materia di

(1) Per una lettura complessiva della legge delega si veda P. Biavati, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna 2022.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

persone, minorenni e famiglie», contenente la disciplina del rito applicabile a tutti i procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni ed alle famiglie di competenza del tribunale ordinario, del tribunale per i minorenni e del giudice tutelare, eccezion fatta per i procedimenti volti alla dichiarazione di adottabilità, dei procedimenti di adozione di minori di età ed in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale di cui l. 13 aprile 2017 n. 46.

È stato, dunque, delineato un procedimento unitario per tutte le controversie in materia di persone e famiglia, anche se differenziato a seconda dell'oggetto del processo (diritti disponibili, diritti indisponibili, interessi del minore o dell'incapace); le nuove norme entreranno in vigore il 30 giugno 2023. È inoltre prevista l'istituzione del tribunale per le famiglie che consenta di garantire, da un lato, la specializzazione del giudice e, dall'altro lato, la giustizia di prossimità.

La legge delega contiene 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. Esse afferiscono alla razionalizzazione del riparto delle competenze fra tribunale ordinario e tribunale per i minori, incidendo sull'art. 38 disp. att. c.c., all'introduzione di un controllo giurisdizionale, attualmente assente, sui provvedimenti amministrativi di cui all'art. 403 c.c., alla negoziazione assistita, all'art. 709 *ter* c.p.c., al pignoramento presso terzi di cui all'art. 543 c.p.c. ed al curatore speciale, tema oggetto del presente contributo, con particolare riguardo alla posizione del minore.

Il 17 ottobre 2022, in attuazione della legge delega, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149.

L'art. 3, comma 33, d.lgs n. 149/2022, introduce il titolo IV *bis* del libro II del codice di procedura civile relativo al rito unificato di famiglia; l'art. 3, comma 5, d.lgs n. 149/2022, abroga il terzo ed il quarto comma dell'art. 78 c.p.c. ed il terzo comma dell'art. 80 c.p.c. inseriti dalla legge delega n. 206 del 2021, alla luce delle indicazioni contenute nell'art. 1, comma 23, lett. a), ultima parte, della stesse legge delega, laddove si fa presente che l'introduzione di un rito unitario per le persone, per i minorenni e le famiglie comporterà la prevedibile necessità di «abrogazione, riordino, coordinamento, modifica ed integrazione delle disposizioni vigenti»; le disposizioni relative al curatore speciale del minore sono trasposte all'interno del corpo di norme sul rito unitario, segnatamente nel nuovo art. 473 *bis*.8 c.p.c. Resta la modifica al primo comma dell'art. 80 c.p.c. introdotto dalla legge delega n. 206 del 2021. Tale operazione ha lasciato,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sostanzialmente, immutata la disciplina novellata dalla legge delega, eccezion fatta per marginali profili di cui si darà conto nel proseguo dell'analisi (2).

2. – Già la Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi presieduta dal Prof. Francesco Paolo Luiso ha dedicato particolare attenzione al ruolo del minore nei giudizi che lo riguardano. Nella parte relativa alle proposte in materia di procedimenti di famiglia e di riforma ordinamentale, la Commissione ha qualificato come «urgenti alcune modifiche dei poteri del curatore speciale del minore al fine di recepire e diffondere nell'intero territorio nazionale alcune indicazioni provenienti dal diritto vivente» (3). Di qui la necessità «di inserire nelle norme generali in materia di nomina di un curatore speciale, una disposizione che consenta al giudice di vagliare la possibilità, in tutti questi casi gravi non necessariamente configuranti un procedimento *de potestate* che però pongono i genitori in concreto in una situazione di conflitto di interessi con il figlio, di ricorrere alla figura del curatore speciale per consentire al minore di divenire parte processuale e come tale portatore dei propri interessi»; nonché l'opportunità di «puntualizzare il dovere del curatore del minore di procedere all'ascolto dello stesso secondo le regole generali che vengono richiamate, ciò per superare diversi orientamenti rilevati nei giudizi di merito». La Commissione ha, inoltre, ravvisato la necessità di colmare la lacuna della disciplina in punto di revoca del curatore attraverso un procedimento di competenza del presidente del tribunale e l'attribuzione della legittimazione attiva per la proposizione dell'istanza ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale, al rappresentante legale del minore, al pubblico ministero o al minore medesimo.

La legge delega n. 206 del 2021 ha parzialmente recepito le indicazioni della Commissione e, all'art. 1, comma 30 e 31, ha rivisitato la disciplina della curatela speciale attraverso il rafforzamento della rappresentanza del minore (4).

---

(2) Le disposizioni in esame hanno effetto, ai sensi dell'art. 35 d.lgs. 149 del 2022, a decorrere dal 30 giugno 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 30 giugno 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti.

(3) 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*.

(4) Sulla tema della riforma di curatore speciale si veda, tra gli altri, F. Tommaseo, *La nuova giustizia familiare: le norme di legge ordinaria previste dalla riforma*, in *La legge delega*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il curatore speciale assume un ruolo chiave per garantire un'adeguata rappresentanza processuale e la salvaguardia dei diritti dei minori, nell'ambito dei procedimenti civili che li vedono coinvolti.

La valorizzazione di questa figura si pone in linea con l'impianto della riforma del processo di famiglia e minorile, caratterizzato dalla natura non dispositiva del processo, allorché l'oggetto di questo sia costituito dai diritti ed interessi dei soggetti vulnerabili, minori, incapaci e soggetti vittime di violenza.

In quest'ottica si colloca la c.d. *disclosure* (art. 1, comma 23, lett. f) legge delega n. 206 del 2021 ed i nuovi artt. 473 *bis*.12 c.p.c. e. 473 *bis*.18 c.p.c., introdotti dall'art. 3, comma 33, d.lgs n. 149/2022) – già prevista dalla giurisprudenza delle corti di merito e recepita in diversi protocolli adottati dai tribunali per la redazione degli atti processuali in materia di famiglia – che impone alle parti, ai fini dell'assunzione dei provvedimenti a contenuto patrimoniale nell'interesse dei minori, l'obbligo di depositare la documentazione necessaria ad accertare la condizione reddituale e patrimoniale, pena, in difetto, la valutazione del comportamento ai sensi del secondo comma dell'articolo 116 c.p.c., nonché ai sensi del primo comma dell'art. 92 c.p.c. e dell'art. 96 c.p.c. Nella medesima prospettiva si pone la previsione del deposito di un piano genitoriale avente ad oggetto gli impegni e le attività quotidiane dei minori, con riguardo alla scuola frequentata, al percorso educativo, alle eventuali attività extrascolastiche a carattere sportivo, culturale o ricreativo, alle frequentazioni parentali e amicali, ai luoghi abitualmente frequentati, alle vacanze normalmente godute; e ciò sempre al fine di consentire al giudice di emettere provvedimenti conformi all'interesse del minore attraverso il concreto apprezzamento del caso specifico. Così deve essere letta anche la differenziazione del modulo procedimentale, in relazione alle facoltà ed agli oneri delle parti in virtù del quale le barriere preclusive scattano solo per le domande aventi ad oggetto diritti disponibili, confermata dalla facoltà di proporre in corso di

---

per la riforma del processo civile: una nuova giustizia per la famiglia e per i minori, in *Fam e dir.* 2022, 422 ss., ivi 426 ss.; R. Donzelli, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile,* in *www.judicium.it*; B. Poliseno, *Il curatore speciale del minore*, in *Le riforme del giudice e del processo per le persone i minori e le famiglie, Legge 26 novembre 2021, 206*, a cura di C. Cecchella, Torino 2022; G. O. Cesaro, *L'estensione e valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2022, 1, 48; G. Sapi - A. Simeone, *Il nuovo processo per le famiglie e i minori*, Milano 2022; A. Cagnazzo, (a cura di), *Il curatore speciale del minore, Nuovi orientamenti giurisprudenziali nella rappresentanza del minore*, Milano 2022; A. Cecatiello, Il *Curatore speciale alla luce delle modifiche della riforma del processo civile: il minore al centro*, *il Familiarista*, 3 febbraio 2022.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

causa domande nuove relative all'affidamento dei figli o al loro mantenimento e di allegare fatti, depositare documenti e richiedere l'ammissione di prove preordinate all'adempimento dell'onere della prova di tali fatti (art. 1 comma 23, lett. f) e g) legge delega n. 206 del 2021 e nuovo art. 473 *bis.*19 c.p.c.); ed il potere del giudice di decidere nell'interesse dei minori in via provvisoria ed urgente, o definitiva, anche in assenza di istanze formulate dalle parti, nonché di assumere prove d'ufficio nel loro interesse, pur nella salvaguardia, a pena di nullità, del contraddittorio e della prova contraria (art. 1, comma 23, lett. m) e t) legge delega n. 206 del 2021e nuovi artt. 473 *bis*.15 c.p.c, 473 *bis*.22 c.p.c.).

In questo rinnovato scenario si inserisce la disciplina del curatore del minore rivisitata dalla riforma.

Va subito detto che la riforma fa tesoro del diritto vivente e dell'elaborazione dogmatica della dottrina (5), che ruota intorno al ruolo del curatore speciale, in attuazione dei principi imposti dalla normativa sovranazionale, in punto di partecipazione dei minori nei procedimenti che li riguardano.

Sul punto viene in rilievo la Convenzione Europea sull'esercizio dei Diritti del Minori, adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, resa esecutiva dall'Italia con la l. 20 marzo 2003, n. 77, che, all'art. 5 ed all'art. 9, prevede che gli Stati attuino le modalità con cui riconoscere ai minori il diritto di esercitare, completamente o parzialmente, le prerogative di una parte laddove gli stessi siano interessati da un procedimento giurisdizionale; e che, in caso di conflitto di interessi tra il minorenne ed i suoi genitori, o comunque tra il minorenne e chi esercita su di lui la responsabilità genitoriale, il giudice nomini al minore un rappresentante. Come pure va richiamato l'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo

---

(5) Sull'argomento la letteratura è vastissima: si veda, tra gli altri, C. Punzi, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in questa *Rivista* 1972, 661; G. Ruffini, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. pers*. 2006, 1258-1259; A. Graziosi, *La sentenza di divorzio*, Milano 1997, 217; A. Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale* ex *art. 737 ss. c.p.c., Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione degli interessi coinvolti* [1990], anche in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003, 603 s.; F. Tommaseo, *Sulla tutela dei diritti del minore nell'azione dei suoi rappresentanti*, in *Studium iuris* 2016, 1130; L. Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna 2010, F. Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Schlesinger*, Milano 2015; B. Poliseno, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Bari 2017; C. Cecchella, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna 2018. Deve, inoltre, essere ricordato il ruolo delle associazioni che si occupano di diritto di famiglia, le quali hanno fornito, in questi anni, un notevole contributo, segnalando le criticità e le lacune della disciplina sostanziale e processuale, ed offrendo, *de iure condendo*, proposte normative atte a superare le problematiche individuate.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del 20 novembre 1989, resa esecutiva dall'Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176, che ha sancito il diritto del minore ad essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda, o personalmente o tramite un rappresentante o un organo appropriato.

Il *focus* sul diritto del minore ad essere rappresentato nei giudizi che culminano in un provvedimento che lo riguarda è stato posto anche dalle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010: in particolare il par. 37 stabilisce che «i minori dovrebbero avere il diritto di essere rappresentati da un avvocato in nome proprio, nei procedimenti in cui vi è, o vi potrebbe essere, un conflitto di interessi tra il minore e i genitori o altre parti coinvolte» mentre ai sensi del par. 42 «nel caso di conflitto di interessi tra i genitori e i minori, l'autorità competente dovrebbe designare un tutore *ad litem* o altra figura indipendente atta a rappresentare i punti di vista e gli interessi del minore».

In via interpretativa, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha inciso sulla materia della rappresentanza dei minori (6), così come la nostra Corte costituzionale, la quale ha sancito il principio in forza del quale il giudice, anche al di fuori di previsioni legislativamente tipizzate, può procedere, anche d'ufficio, alla nomina del curatore speciale, in caso di conflitto di interessi con i genitori o comunque con i soggetti che lo rappresentano (7).

Su questa scia, la corte di legittimità e le corti di merito hanno previsto la nomina del curatore speciale del minore, pur non espressamente contemplata dalla legge, in tutte le fattispecie in cui il minore medesimo si fosse trovato in conflitto di interessi, anche solo potenziale, con i suoi rappresentanti legali, ovvero genitori o tutori (8).

---

(6) Si veda, *ex multis*, Corte EDU 29 gennaio 2013, Lombardo c. Italia. Per altri riferimenti si veda, ampiamente, G. O. Cesaro, *La corte europea dei diritti dell'uomo e la figura del curatore speciale del minore*, in *Fam. e dir.* 2019, 937 ss.

(7) Cfr. sul punto Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83, in *Fam. e dir.* 2011, 545 ss., con nota di F. Tommaseo, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*; e in questa *Rivista* 2012, p. 802 ss., con nota di A. D'Alessio, *Sulla necessità della nomina del curatore speciale del minore infrasedicenne nel procedimento* ex *art. 250 c.c.* - ai sensi della quale la rappresentanza del minore nel giudizio di cui all'art. 250 c.c., che spetta di regola al genitore che ha effettuato il riconoscimento, dovrà essere affidata ad un curatore speciale nell'ipotesi in cui sussista un conflitto di interessi tra il minore e detto genitore.

(8) In relazione ai procedimenti *de potestate*, in sede giurisprudenziale si è consolidato il principio per cui nei giudizi che possono condurre alla sospensione, limitazione o deca-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il punto di approdo è quello di considerare il minore titolare di diritti soggettivi e di interessi prevalenti rispetto agli altri interessi portati in giudizio ed a riconoscere a costui il diritto ad essere ascoltato nei giudizi che lo coinvolgono.

La novella pone, dunque, il minore in una posizione di rinnovata centralità nel processo. Muovendo dalla regola generale secondo cui la rappresentanza processuale del figlio spetta ai genitori, quale diretta espressione della responsabilità genitoriale di cui sono titolari – che trova fondamento nell'art. 8 CEDU, nell'art. 30 Cost. e nell'art. 320 c.c. (9) –, essa definisce, con maggior precisione rispetto alla disciplina previgente, le fattispecie in cui il minore ha diritto ad essere rappresentato in giudizio da un soggetto diverso.

In altri termini, posto che il minore, nei procedimenti che incidono sui suoi diritti o interessi, laddove non sia riconosciuto dalla legge parte in senso processuale, deve comunque essere sempre considerato parte in senso sostanziale (10), la disciplina della curatela, oggi ancor meglio che

---

denza della responsabilità genitoriale, il minore è «parte» ed assume una posizione sempre contrapposta a quella dei genitori: cfr. in termini Cass. civ., ord., 25 novembre 2020, Cass. 25 gennaio 2021, n. 1471; Cass. 13 marzo 2019, n. 7196; Cass. 12 novembre 2018, n. 29001; Cass. 31 marzo 2014, n. 7478; Cass. 6 marzo 2018, n. 5256, secondo cui l'art. 336, comma 4°, c.c., così come modificato con l. 28 marzo 2001, n. 149, nel prevedere la nomina di un difensore per i genitori e per il minore, impone che all'atto di apertura del procedimento sia stato nominato un tutore provvisorio del minore, nei confronti del quale instaurare il contraddittorio, o la nomina, anche d'ufficio, di un curatore speciale, pena, in difetto, la nullità dell'intero procedimento. Già la Corte costituzionale, pur senza configurare un conflitto di interessi tra minore e genitori *in re ipsa*, aveva riconosciuto al minore la qualità di parte in tali procedimenti, prevedendo, laddove necessaria, la nomina di un curatore speciale per renderne concreta la partecipazione: cfr. Corte cost. 22 novembre 2000, n. 528 e Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1. La giurisprudenza *ante*riforma interpretava, dunque, in senso maggiormente garantista della posizione del minore il testo dell'art. 336, ultimo comma, c.c. che prevede solo la difesa tecnica del minore mediante l'assistenza di un difensore. In caso di separazione e divorzio cfr., tra le altre, Cass. 24 maggio 2018, n. 12957, secondo cui l'elevata conflittualità dei genitori non determina automaticamente una situazione di conflitto d'interesse fra costoro ed i figli. Deve piuttosto ritenersi che essa può determinarsi in concreto in relazione a comportamenti processuali delle parti che tendano a impedire al giudice un'adeguata valutazione dell'interesse del minore, ovvero a frapporsi alla libera prospettazione dal punto di vista del minore in sede di ascolto da parte del giudice; in questi casi è necessaria la nomina di un curatore speciale del minore. Negli stessi termini si veda Trib. Torino 21 dicembre 2018; Trib. Milano 15 maggio 2014; Trib. Milano 14 aprile 2016.

(9) Vedi in questo senso F. Tommaseo, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, in *Fam. dir.* 2011, 549, nota n. 7, secondo cui tra genitori e figli minori si attua un fenomeno di interposizione soggettiva al confine tra la rappresentanza e la sostituzione processuale.

(10) Sul ruolo del minore nel processo, sul concetto di parte e della sua rappresentanza

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

in passato, chiarisce quando gli debba essere riconosciuta una posizione processuale autonoma.

3. – Entrando maggiormente nel dettaglio della riforma, il nuovo art. all'art. 473 *-bis*.8 c.p.c. stabilisce che il giudice provveda alla nomina del curatore speciale del minore, anche d'ufficio e, a pena di nullità, degli atti del procedimento: in relazione ai casi in cui il pubblico ministero abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, o in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro (primo comma, lett. a); nell'ipotesi di adozione di provvedimenti ai sensi dell'art. 403 c.c. o di affidamento del minore ai sensi degli artt. 2 ss., l. 4 maggio 1983, n. 184 (primo comma, lett. b); quando dai fatti emersi nel procedimento emerga una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori (primo comma, lett. c); nel caso in cui ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni (primo comma, lett. d).

Quale canone di chiusura è prevista la nomina facoltativa del curatore speciale del minore da parte del giudice, allorquando i genitori appaiano per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore; in siffatta ipotesi il provvedimento di nomina del curatore deve essere succintamente motivato.

Ai sensi del nuovo art. 473 *-bis*.9 c.p.c., le medesime diposizioni si applicano anche in favore dei figli maggiorenni portatori di handicap grave.

La successione tra la legge delega n. 206 del 2021 ed il decreto attuativo n. 149/2022 ha comportato il ripristino del testo degli artt. 78, 79 e 80 c.p.c. *ante* riforma – eccezion fatta per la modifica del primo comma dell'art. 80 c.p.c. ad opera della legge delega che resta in vigore su cui si tornerà a breve – che resta, pertanto, la disciplina generale di riferimento in tema di curatela: essa prevede la nomina da parte del giudice di un curatore speciale a favore dell'incapace, della persona giuridica o all'associazione non riconosciuta ogni qualvolta manchi la persona a cui spetta la

---

nel processo vedi R. Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori* ex *art. 709* ter *c.p.c.*, Torino 2018, cit., 144 ss. e ripreso in R. Donzelli, *Prime riflessioni sul minore come parte*, cit., in *www.judicium.it*; B. Poliseno, *Profili di tutela* cit., 105 ss.; L. Querzola, *Il processo minorile* cit., 83 ss., 100 s.; vedi anche F. Tommaseo, *La nuova giustizia familiare* cit., 422 ss., ivi 426 ss. e Id., *La nuova disciplina dei giudizi sull'opposizione al riconoscimento successivo dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Giur.it.* 2014, 2335 con i richiami ivi annotati. Cfr. anche Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83 cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rappresentanza e l'assistenza o vi sono ragioni di urgenza, oppure sussista un conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato.

In sintesi, le lettere a), b) e d) del primo comma del nuovo art. 473 -*bis*.8 c.p.c. impongono, a pena di nullità, la nomina del curatore del minore, sin dall'avvio del procedimento, nei casi ivi specificamente indicati.

In particolare, nella lettera a) albergano due fattispecie: la richiesta di decadenza formulata dal Pubblico Ministero nei confronti di entrambi i genitori del minore ed analoga richiesta presentata da un genitore nei confronti dell'altro.

Il primo caso integra una delle ipotesi nelle quali il Pubblico Ministero esplica appieno il ruolo al quale è chiamato nei procedimenti di famiglia e di stato delle persone, approntando tutela al soggetto vulnerabile, privo di rappresentanza legale adeguata. Il secondo caso è quello di richiesta di decadenza, proposta dall'uno nei confronti dell'altro genitore, ove si cristallizza la tipizzazione della fattispecie di nomina del curatore in presenza di un conflitto di interessi, anche solo potenziale, sulla scia dei canoni giurisprudenziali già espressi nella materia.

La lettera b) contempla la nomina del curatore quale provvedimento accessorio al provvedimento che adotta la misura, o al provvedimento di convalida della collocazione del minore in ambiente protetto ai sensi del nuovo comma 3° dell'art. 403 c.c., come modificato dal comma 27 dell'art. 1 della legge delega n. 206 del 2021, oppure quello con cui viene disposto l'affidamento familiare *ex* art. 4, l. 4 maggio 1983, n. 184.

La lettera d) estende la legittimazione del minore ultraquattordicenne a chiedere la nomina del «suo» curatore speciale per tutti i procedimenti che lo coinvolgono, laddove l'ordinamento *ante* riforma prevedeva tale legittimazione solo in specifiche fattispecie, tra cui nell'azione di disconoscimento di paternità, ai sensi dell'art. 244 c.p.c. e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità di cui all'art. 264 c.c. La casistica preciserà meglio le modalità con le quali il minore formulerà la richiesta al giudice, che potrebbe essere riportata dai genitori, ovvero sorgere in sede di ascolto (11).

---

(11) In punto di ascolto del minore il nuovo art. 473 -*bis*.4 c.p.c., in attuazione della lett. t) del comma 22 dell'art. 1, l. 26 novembre 2021, n. 206 prevede che «Il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal giudice nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Le opinioni del minore devono essere tenute in considerazione avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità. Il giudice non procede all'ascolto, dandone atto con provvedimento motivato, se esso è in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente super-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sotto quest'ultimo profilo, la disciplina dell'ascolto del minore di cui al combinato disposto degli artt. 473 *-bis* .4 e 5 c.p.c. ben si coordina con quella ora all'esame. In particolare, il nuovo art. 473 *-bis*.5 c.p.c., nel delineare le modalità di ascolto del minore – dopo aver chiarito che l'ascolto del minore è condotto dal giudice, il quale può farsi assistere da esperti e altri ausiliari, e precisato che prima di procedere, devono essere indicati i temi oggetto dell'adempimento, oltre che agli esercenti la responsabilità genitoriale, ai rispettivi difensori, anche al curatore speciale, i quali possono su autorizzazione del giudice partecipare – prevede che il minore che ha compiuto quattordici anni debba essere informato della possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'articolo 473 *-bis*.8 c,p.c.

Proseguendo nell'esegesi dei casi di nomina del curatore speciale tipizzati dall'art. 473 *-bis*.8 c.p.c. la lettera c) prevede la nomina, a pena di nullità, anche qualora, nel caso concreto, nel procedimento, emerga una situazione di pregiudizio per il minore tale da escludere che costui sia rappresentato in quel giudizio in modo adeguato da nessuno dei genitori.

In tale ultima ipotesi, la nomina viene effettuata, non nella fase di avvio, ma nel corso del giudizio.

Alla nomina facoltativa del curatore il giudice procede, invece, ai sensi dell'art.473 *-bis*.8, secondo comma, c.p.c, allorquando entrambi i genitori appaiano, per gravi ragioni, inadeguati temporaneamente a rappresentare gli interessi del figlio minore; in tal caso, il giudice deve corredare la nomina con una succinta motivazione e si applicano le regole generali in materia di curatela speciale di cui agli artt. 78, 79 e 80 c.p.c.

Il requisito della temporaneità del pregiudizio è la linea di *discrimen*, anche se non perfettamente nitida, tra la nomina facoltativa e quella obbligatoria.

Dall'esegesi della disciplina si ricava come la nomina del curatore speciale del minore sia ricondotta dal legislatore riformatore, oltre che ai casi tipizzati, alla valutazione dell'inadeguatezza di entrambi i genitori alla rappresentanza del figlio nel giudizio.

Ciò non significa che il criterio della valutazione del conflitto di interessi tra i genitori ed il minore sia stato scalzato dalla riforma (12). Invero, il

---

fluo, in caso di impossibilità fisica o psichica del minore o se quest'ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato. Nei procedimenti in cui si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice procede all'ascolto soltanto se necessario».

(12) Il conflitto di interessi tra il minore ed il genitore esercente la responsabilità

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

secondo comma dell'art. 78 c.p.c., in punto di conflitto di interessi, intorno al quale si è costruita la dogmatica del curatore speciale del minore, è ancora in vigore, non è derogato ed è per di più richiamato espressamente dalla disciplina speciale che si declina in modo maggiormente dettagliato nei riguardi del minore.

Piuttosto, la novella ha inteso rafforzare la tutela del minore nei giudizi che lo coinvolgono attraverso l'introduzione di un criterio, quello dell'adeguatezza, dai contorni più ampi di quello del conflitto di interessi, capace di ascrivere nel proprio alveo fattispecie diverse, nelle quali, pur non sussistendo nel caso concreto il conflitto di interessi del minore con entrambi i genitori, nessuno dei due appare idoneo, anche temporaneamente, a rappresentare gli interessi del figlio (13).

Di talché, la valutazione da parte del giudice della sussistenza di un conflitto di interessi tra minore e genitori, non potenziale, ma concreta, dovrebbe costituire indice di inadeguatezza dei genitori a rappresentare gli interessi del figlio tale da esigere la nomina del curatore (14). La verifica in concreto comporta che non necessariamente debba ravvisarsi tale conflitto qualora il provvedimento giurisdizionale incida sul contenuto del rapporto genitori-figli (15).

Per altro verso, la mera presenza di un elevato grado di litigiosità tra i genitori non è di per sé stessa indice sufficiente per legittimare la nomina del curatore, laddove essa non incida sull'idoneità di almeno un genitore alla rappresentanza processuale del figlio,

Il requisito dell'adeguatezza deve essere, poi, valutato in stretta correlazione alla condotta che le parti adottano nel giudizio. Più precisamente, i

---

genitoriale sussiste quando i soggetti siano portatori di interessi individuali distinti e concretamente incompatibili tra di loro; vedi in questi termini, tra le altre, Cass. 13 aprile 2001, n. 5533.

(13) Si pensi, ad esempio, al caso di patologie fisiche o psichiche.

(14) In questi termini già la giurisprudenza formatasi intorno al vecchio testo dell'art. 78 c.p.c. ravvisava un nesso tra conflitto di interessi nel caso concreto ed incapacità dei genitori a tutelare la posizione del figlio: sul punto si veda, tra le altre, Cass., ord., 11 maggio 2018, n. 11554, citata anche nella *Relazione* F. P. Luiso, secondo cui «la sussistenza del conflitto di interessi tra i genitori ed il minore ai fini della nomina del curatore speciale *ex* art. 78, comma 2°, c.p.c., in un procedimento nel quale si discuta del suo affidamento, deve essere valutata in concreto, avuto riguardo all'incapacità, anche temporanea dei genitori a tutelare la posizione del figlio, non potendosi desumere la sussistenza del conflitto di interessi dalla mera conflittualità interna tra i genitori ove risulti la loro piena capacità ed una buona relazione con il minore».

(15) Vedi, in senso contrario, R. Donzelli, *Prime riflessioni*, cit., in *www.judicium.it*, par. 5 nel testo ed alla nota 27, secondo cui nei giudizi nei quali viene emesso un provvedimento che incidere sul rapporto genitori-figli, il conflitto d'interessi sussiste sempre.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

genitori dovranno essere ritenuti inadeguati a rappresentare gli interessi dei figli laddove con il loro contegno processuale tendano a impedire l'accertamento dei fatti di causa, anche attraverso la frapposizione di ostacoli alla libera prospettazione del minore in sede di ascolto da parte del giudice.

Ad ulteriore presidio dei diritti e degli interessi del minore si pone un sistema processuale di natura non dispositiva nel quale, come si è detto, il giudice gode di ampi poteri istruttori officiosi, può emettere provvedimenti nell'interesse del minore, anche in assenza di domanda di parte ed *ultra petitum*, ed il pubblico ministero partecipa obbligatoriamente. Un sistema nel quale non deve essere sottovalutato, neppure, il ruolo dei difensori dei genitori che hanno il dovere professionale, anche sotto il profilo deontologico, di contribuire a far emergere la verità storica dei fatti, con lealtà e probità, in ossequio al principio di collaborazione con il giudice e con le altre parti, rifuggendo ad una prospettiva meramente di parte; e ciò al fine di consentire l'emissione di provvedimenti più idonei alla salvaguardia dei diritti e degli interessi dei minori (16).

Ebbene, in questo sistema, solo laddove la rappresentanza legale dei genitori non risulti adeguata alla salvaguardia della posizione del minore, anche alla luce dei presidi previsti dall'ordinamento, si accede alla nomina del curatore speciale, il quale deve svolgere il proprio ruolo nel rispetto dei principi di indipendenza, competenza, correttezza e lealtà nel primario interesse del minore e dei diritti garantiti allo stesso dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali (17).

---

(16) Per questi rilievi si veda anche R. Donzelli, *Prime riflessioni*, cit., in *www.judicium.it*, par. 5 che richiama, a tal proposito, T. Milano, 23 marzo 2016, in *www.ilcaso.it*, secondo cui il difensore del genitore non assiste mai contro il minore ma sempre in favore e nell'interesse del minore medesimo.

(17) Sull'argomento si vedano le raccomandazioni del Consiglio nazionale forense, redatte con il contributo delle associazioni specialistiche di riferimento, rivolte agli avvocati chiamati a svolgere questa funzione, consultabili su *Dirittoegiustizia.it.* Il Cnf raccomanda al curatore di mantenere rapporti costanti e improntati a correttezza e lealtà con l'eventuale tutore, con i servizi sociali, con gli educatori, con i responsabili delle comunità, con il personale sanitario, con gli affidatari (o l'ente affidatario), con gli insegnanti, nonché con tutti gli altri soggetti che a vario titolo si occupano del minore. Il curatore speciale deve rispettare i canoni deontologici di cui agli artt. 9, 14, 15 e 19 c. deont. e deve evitare incompatibilità nel rispetto dell'art. 24 cod. deontologico. In ossequio all'art. 18, comma 2°, c. deont., il curatore deve, inoltre, garantire l'anonimato dell'assistito, qualora ne ricorrano i presupposti. Il curatore può depositare, in nome e per conto del minore, istanza per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Qualora debba costituirsi in giudizio, il curatore deve assumere con tempestività le informazioni necessarie ed esaminare gli atti e i documenti di causa. Sull'avvocato, curatore speciale di minore cfr. anche B. Poliseno, *Il curatore speciale del minore*, cit., 85 ss., spec. 102.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La riforma ha, altresì, introdotto alcune disposizioni sugli aspetti procedimentali che devono essere integrate con la normativa generale di cui agli artt. 78, 79 e 80 c.p.c., colmando alcune lacune della disciplina previgente

In virtù della disciplina generale, il procedimento per la nomina del curatore speciale è soggetto al rito camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.

L'art. 79 c.p.c. indica quali soggetti legittimati alla nomina il pubblico ministero, la persona che deve essere rappresentata o assistita, sebbene incapace, dai suoi prossimi congiunti e, in caso di conflitto di interessi, dal rappresentante, nonché da qualunque altra parte in causa che vi abbia interesse. La novella ha meglio precisato, all'art. 473-*bis*.8, primo comma, lett. d), c.p.c., che tra il novero dei soggetti legittimati alla richiesta di nomina del curatore, sia incluso il minore ultraquattordicenne: in tale ipotesi, come già evidenziato, la nomina è obbligatoria, a pena di nullità.

Altre diposizioni in punto di procedimento attengono alla competenza, alla revoca del curatore ed all'obbligo di ascolto del minore.

In particolare, in punto di competenza, il primo comma dell'art. 80 c.p.c. sancisce che l'istanza per la nomina del curatore speciale si propone al conciliatore o al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale s'intende proporre la causa. Come anticipato, resta valida ed efficace la modifica a questo comma introdotta dall'art. 1, comma 31, lett. a), della legge delega 206 del 2021, secondo cui se l'esigenza di nominare un curatore speciale sorge nel corso di un procedimento, anche di natura cautelare, alla nomina provvede, d'ufficio, il giudice che procede.

Il legislatore ha, invece, trasfuso, nel nuovo art. 473 *bis*.8 c.p.c. il terzo comma dell'articolo 80 c.p.c., inserito dalla legge delega n. 206 del 2021 in tema di revoca del curatore ed ascolto minore.

Il quarto comma dell'art. 473 *bis*.8 c.p.c. colma la lacuna normativa prima esistente in punto di revoca del curatore speciale: esso prevede la facoltà da parte del minore che abbia compiuto quattordici anni, dei genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, del tutore o del pubblico ministero di chiedere la revoca del curatore per gravi inadempienze o perché mancano – o sono venuti meno – i presupposti per la sua nomina. La competenza a decidere è del presidente del tribunale, se l'istanza è proposta *ante causam*, o del giudice del procedimento in corso; il giudice provvede con decreto non impugnabile.

In tema di ascolto del minore, il terzo comma dell'art. 473 *bis*.8 c.p.c. riprende il contenuto del terzo comma dell'art. 80 c.p.c. abrogato a seguito dell'operazione di riordino. In questo passaggio, si è ritenuta opportuna apportare qualche integrazione, sempre nel rispetto della portata delle

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

norme (18): così, si è specificato che «Il curatore speciale del minore procede al suo ascolto ai sensi dell'articolo 315 *bis*, terzo comma, del codice civile, nel rispetto dei limiti di cui all'articolo 473 *bis*.4 c.p.c.».

La novella ha, così, consacrato il dovere del curatore di ascoltare il minore (19). Già la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo del 1996, riconoscono al minore capace di discernimento il diritto a essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano.

La riforma è, dunque, intervenuta, riconoscendo il diritto del minore di essere ascoltato dal «suo» curatore, in linea con gli obblighi internazionali, attraverso il deciso rafforzamento del diritto del minore ad essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano, previsto dall'art. 316 *bis* c.c. (oggi abrogato dal d.lgs. 149 del 2022 che ha disciplinato l'ascolto del minore nel nuovo art. 473 *bis*.4 c.p.c.).

La precisazione è perspicua nell'armonizzare la disciplina dell'ascolto da parte del curatore speciale da quello effettuato ad opera del giudice di cui al nuovo art. 473 *bis*.4 c.p.c. – secondo cui se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, manifestamente superfluo, in caso di impossibilità fisica o psichica del minore o se quest'ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato, il giudice può non procedervi dandone atto con provvedimento motivato – ed il terzo comma dell'art. 80 c.p.c. (introdotto dalla legge delega) che, invece, non poneva alcuna deroga (20).

In punto di modalità di ascolto, l'art. 473 *bis*.8 c.p.c. non ha effettuato il richiamo al nuovo art. 473 *bis*.5 c.p.c. relativo a quello del giudice, né ha regolamentato in modo autonomo l'istituto, forse per consentire al curatore maggiore autonomia. Questa scelta non convince fino in fondo, posta la delicatezza dell'adempimento che ha indotto il legislatore a disciplinare l'ascolto da parte del giudice e che avrebbe dovuto orientarsi analogamente con riguardo al curatore. Pur in assenza di regole precise il dato certo è che si debba procedere in totale autonomia dai genitori, laddove la nomina sia correlata al conflitto di interessi tra costoro e il minore.

---

(18) Vedi sul punto la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo.

(19) Sul tema dell'ascolto del curatore si veda, tra gli altri, R. Russo, *Il curatore speciale del minore: prospettive* de iure condendo, in *IlFamiliarista.it*; A. Cecatiello, Il *Curatore speciale*, cit., in *il Familiarista.it*; A. Lubrano Lavadera, *Il colloquio del curatore con il minore*, in A. Cagnazzo, (a cura di), *Il curatore speciale del minore* cit., 417 ss.

(20) Sull'ascolto da parte del giudice vedi *supra* nel testo ed alla nota 11.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In soccorso vengono, poi, le raccomandazioni pubblicate dal Consiglio nazionale forense, rivolte agli avvocati chiamati a svolgere questa funzione (21): il Cnf raccomanda al curatore di procedere all'ascolto del minore capace di discernimento, con modi e termini a lui comprensibili, fornendogli, in relazione all'età e al suo sviluppo psicofisico, le informazioni ritenute più utili.

La riforma ha operato pure sul piano sostanziale, modificando prima l'art. 80 c.p.c. ed ora inserendo nel nuovo terzo comma dell'art. 473 *bis*.8 c.p.c. la possibilità di attribuzione al curatore, da parte del giudice, nel corso del giudizio e con provvedimento non impugnabile, di specifici poteri di rappresentanza sostanziale.

Trattasi del recepimento di un potere rappresentativo non solo processuale, ma a tutto campo, già riconosciuto al curatore dalla legge, e segnatamente dagli artt. 320, comma 6 e 321 c.c., limitatamente al caso di conflitto di interessi patrimoniale tra i genitori e i loro figli minori spetta al giudice; e dalla giurisprudenza in fattispecie quali, ad esempio, l'iscrizione scolastica, la scelta del medico curante, la sottoposizione a particolari trattamenti medici, la sottoscrizione di moduli per le attività sportive. Il curatore, a cui è conferita la rappresentanza sostanziale del minore, deve attivarsi affinché il giudice specifichi, in concreto, i poteri e gli obiettivi specifici ai quali siano finalizzati (22).

Alla figura del curatore speciale del minore si riferisce anche il nuovo art. 473 *bis*.7 c.p.c. La norma, al primo comma, prevede la nomina da parte del giudice, anche d'ufficio, di un tutore del minore, quando dispone, anche con provvedimento temporaneo, la sospensione o la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori. Il comma 2 dell'art. 473 *bis*.7 c.p.c. accorda al giudice la facoltà di nomina del curatore del minore quando pone, all'esito del procedimento, limitazioni della responsabilità genitoriale; il provvedimento di nomina deve contenere l'indicazione della persona presso cui il minore ha la residenza abituale; degli atti che il curatore ha il potere di compiere nell'interesse del minore, e di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare; degli atti che possono compiere i genitori, congiuntamente o disgiuntamente; degli atti che può compiere la persona presso cui il minore ha la residenza abituale; della periodicità con cui il curatore riferisce al giudice tutelare circa l'an-

---

(21) Vedi sul punto *supra* nota 17.

(22) Vedi sul punto ancora la raccomandazione del Consiglio nazionale forense cit., *supra* nota 17.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

damento degli interventi, i rapporti mantenuti dal minore con i genitori, l'attuazione del progetto eventualmente predisposto dal tribunale.

A differenza della figura generale di cui all'art. 473 *bis*.8 c.p.c., il curatore del minore, la cui nomina è prevista dall'articolo in esame, opera nell'ambito «sostanziale»; tale figura, nel caso in cui siano state adottate misure limitative della responsabilità genitoriale, è chiamato ad esercitare specifici compiti, attribuitigli nei provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale.

Il richiamo alla figura del curatore speciale del minore si ritrova anche nell'art. 336 c.c., modificato dall'art. 1, comma 4, lett. d) del d.lgs. n. 149 del 2022, il quale estende al curatore, se già nominato, la legittimazione ad agire per ottenere i provvedimenti che incidono sulla responsabilità genitoriale.

Restano escluse dall'ambito applicativo della disciplina esaminata, le fattispecie nelle quali la nomina del curatore speciale del minore è predeterminata dal legislatore quali le azioni di stato e di adottabilità; in questi casi, il conflitto di interessi, anche solo potenziale, tra il figlio ed entrambi i genitori, è considerato *in re ipsa*, con conseguente necessità di nomina del curatore speciale a pena di nullità del procedimento per violazione del principio del contraddittorio.

Trattasi delle azioni di adottabilità di cui all'art. 8 e degli artt. 15 e 16, l. 4 maggio 1983, n. 184; dell'azione di disconoscimento della paternità, nelle quali è prevista la nomina del curatore speciale in favore del figlio minorenne, ai sensi dell'art. 244, comma 6, c.c. nel caso in cui costui assuma la veste di attore, e, ai sensi dell'art. 247, comma 2, c.c., se convenuto in giudizio. In questo ambito si collocano anche le azioni di contestazione dello stato di figlio di cui all'art. 248 c.c. e di reclamo dello stato di figlio di cui all'art. 249 c.c. Anche nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, l'azione può essere promossa, ai sensi dell'art. 264 c.c., dal curatore speciale del minore. Con riguardo alla dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità del figlio nato fuori del matrimonio, l'art. 273 c.c. prevede la possibilità che il giudice nomini un curatore speciale del minore quando l'azione è promossa dal tutore.

4. – L'esegesi della disciplina del curatore speciale del minore fa emergere alcune lacune, non del tutto marginali.

In primo luogo, è rimasta priva di regolamentazione il profilo della formazione professionale. Aspetto, questo, la cui importanza è emersa anche a livello sovranazionale: basti pensare alle Linee Guida del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore del 17 novembre 2010, la cui

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sezione D, punto 2-39, così recita: «gli avvocati che rappresentano minori dovrebbero essere formati e avere una competenza adeguata nel campo dei diritti dei minori e nelle questioni ad essi connesse, dovrebbero ricevere una formazione continua e approfondita ed essere in grado di comunicare con i minori secondo il loro livello di comprensione» (23); ed è utile richiamare, anche sotto questo profilo, la raccomandazione del Consiglio nazionale forense, secondo cui il curatore deve affinare la propria competenza con una formazione multidisciplinare, adeguata e costantemente aggiornata (24). Parimenti non disciplinato il profilo del compenso, tema che appare critico soprattutto nelle ipotesi in cui il curatore speciale è soggetto estraneo al minore e non ha vincoli di sangue (25).

La disciplina complessiva appare, inoltre, non del tutto organica: invero, la normativa in tema di curatore speciale del minore deve essere coordinata con quella generale di cui agli artt. 78, 79 e 80 c.p.c. In più, tali ultime disposizioni, nel passaggio tra legge delega e decreto attuativo, sono state dapprima modificate per poi essere «spacchettate», provocando qualche difficoltà esegetica. La frammentazione è resa più evidente dalla «convivenza» dell'art. 473-*bis*.8 c.p.c., sul curatore speciale del minore, con le altre norme speciali che prevedono la nomina del curatore del minore *ex lege* (26).

Si tratta di criticità che, tuttavia, non scalfiscono il pregio di una riforma che, con lo scopo precipuo di tutelare i soggetti vulnerabili pone, a giusta ragione, al centro della scena il tema cardine della rappresentanza processuale (e sostanziale) del minore nei procedimenti che lo coinvolgono.

L'acquisita centralità del curatore non deve, però, mai sfociare nell'«abuso» di utilizzo di questa figura. L'esigenza di delimitare l'ambito di

---

(23) Sul punto cfr. G. O. Cesaro, *L'estensione e valorizzazione*, cit., par. 4, che ravvisa l'opportunità che la decretazione delegata colmi tale lacuna, prevedendo un esplicito richiamo a tali fonti internazionali e comunque prescrivendo la necessità di una formazione specialistica, da coniugarsi con la normativa sulla specializzazione, multidisciplinare adeguata al ruolo dell'avvocato-curatore speciale del minore. Si veda anche R. Russo, *Il Curatore*, cit., in *ilFamiliarista.it*, che ha segnalato la necessità di prevedere la creazione di albi speciali dei curatori speciali da tenersi presso ciascun tribunale e, in futuro, presso ogni sezione circondariale del tribunale per le persone, i minorenni e per le famiglie.

(24) Cfr. sul punto *supra* la nota 17.

(25) Cfr. sul punto B. Poliseno, *Il curatore speciale del minore*, cit., 85 ss. che fa l'analogia con la tutela in relazione alla quale è sancita, ai sensi dall'art. 379 c.c., la gratuità dell'incarico derogata solo nell'ipotesi di patrimoni ingenti e difficoltà di amministrazione che potrebbero dare diritto al riconoscimento al tutore, da parte del giudice tutelare, di un'equa indennità.

(26) Per questi rilievi si veda F. Tommaseo, *La nuova giustizia familiare*, cit., 426.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

operatività dell'istituto si fonda non solo su ragioni economiche, correlate ai relativi costi posti a carico dello Stato, nel caso di ammissione del minore al gratuito patrocinio (27), ma soprattutto sul rilievo che la curatela apporta una significativa deroga alla regola generale della rappresentanza del figlio da parte dei genitori, diretta espressione della responsabilità genitoriale di cui sono titolari.

(27) Si veda sul punto la *Relazione* della Commissione Luiso cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

RICORDI

VIRGINIO ROGNONI

Si è spento a Pavia il 20 settembre 2022, all'età di 98 anni, Virginio Rognoni. La stampa lo ha naturalmente ricordato come uomo di Stato di altissima levatura morale e intellettuale, che nel corso della lunga carriera ha ricoperto tra l'altro le cariche di Ministro degli Interni (si colloca in quel periodo, assai difficile per la storia del Paese, la c.d. Legge Rognoni-La Torre, n. 646/1982), di Ministro di Grazia e Giustizia, di Ministro della Difesa, di Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura: sempre rispettato e sinceramente stimato anche dagli avversari politici.

La nostra *Rivista* vuole però ricordarlo come finissimo studioso del processo civile. Alunno a Pavia di Enrico Tullio Liebman nel primo anno del suo insegnamento italiano dopo il ritorno dal lungo esilio sudamericano (1946-1947), poi suo assistente, e incaricato, dopo la libera docenza, dei corsi di Istituzioni di diritto processuale nell'Ateneo pavese, autore di due pregevolissime monografie (*La condanna in futuro*, 1958 e *Condanna generica e provvisionale ai danni*, 1961), recensite più che benevolmente nel temuto *Indice bibliografico* di Carnelutti, e tuttora indispensabili per lo studio dei relativi temi.

Alla nostra *Rivista* Egli contribuì con diversi articoli e note a sentenza tra il 1952 e il 1959.

Nei successivi decenni la Sua attività didattica e scientifica assunse inevitabilmente le dimensioni più ridotte consentite dai gravosi e assorbenti impegni politici e istituzionali, e solo i preziosi contributi da lui dati al Paese nel loro assolvimento possono attenuare il conseguente rammarico dei processualisti delle successive generazioni.

La Direzione e la Redazione della *Rivista* partecipano sentitamente al dolore della famiglia.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Andrea Proto Pisani, *Processo e valori*, *giustizia amministrativa e altri studi*, Jovene, Napoli 2022, pp. 517.

Si deve essere grati ad Andrea Proto Pisani per aver raccolto in questo volume scritti pubblicati in un grande arco di tempo o addirittura inediti che senza questa pubblicazione sarebbe difficile se non impossibile leggere.

Come avverte lo stesso a., il volume offre al lettore una prima parte dedicata ai «valori», con riferimento particolare alla Costituzione del 1948 ed alla sua attuazione. Segue una seconda parte, in cui sono pubblicati alcuni saggi sulla giustizia amministrativa, nei quali l'a., tra l'altro, prende posizione nei confronti della giurisdizione «speciale» del giudice amministrativo e ne denuncia l'estensione arbitraria, ben al di là dei limiti fissati dalla Costituzione. Proto Pisani, afferma, in particolare, che questa giurisdizione «speciale» del giudice amministrativo estensibile in «determinate» (e quindi poche ed eccezionali) materie anche ai connessi diritti soggettivi, sarebbe stata estesa ben al di là del «senso proprio fatto palese dalle parole» richiesto dal primo comma dell'art. 103 Cost. L'a. aggiunge che, ciò che è peggio, è che la Corte costituzionale non ha avuto il coraggio di dichiarare la palese incostituzionalità del tutto.

Particolare interesse suscita, in particolare, la terza parte del volume, intitolata «ultimi saggi e ricordi di amici».

Questa parte si apre con alcune pagine dedicate alla «storia» della facoltà di giurisprudenza, l'a. prende le mosse dalle vicende legislative relative alla «carriera» di professore ordinario nelle materie giuridiche, sino all'esame del regime introdotto negli ultimi decenni, con l'analisi dei vari sistemi di composizione delle commissioni di valutazione dei concorsi.

Seguono poi quattro brevi lezioni di introduzione al processo civile, che si aprono con la risposta alla domanda «a cosa serve il processo civile» e si concludono con l'illustrazione degli interventi che – secondo l'a. – sarebbero necessari per aggredire i mali della giustizia.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Alla felice esperienza dell'incontro con Virgilio Andreoli, sin dagli anni dell'Università, frequentata a Napoli, al suo impegno nell'insegnamento e nella ricerca nonché alla sua posizione sul «fenomeno religioso», è dedicata la bella intervista di Vincenzo Antonio Poso, che viene riprodotta nel volume, inserendo nel titolo la premessa «ancora oggi in compagnia e a colloquio con il mio maestro Virgilio Andreoli».

L'ultima parte del volume è dedicata al «ricordo di amici». Ricordo che offre ai lettori pagine ricche di sentimento di affetto e di stima nei confronti di Natale Giallongo, «sempre pronto a farsi prossimo ad aiutare gli altri»; di Michele Costantino, con cui aveva condiviso nel 1968 l'esperienza di insegnamento presso l'Università di Siena; di Giuseppe Borrè, la cui vita «è stata spesa nel senso di favorire l'effettività della tutela giurisdizionale, come giudice, come studioso, come aiutante del legislatore; di Giovanni Fabbrini, con cui Proto Pisani ricorda di aver condiviso dal 1979 al 1988 gli anni migliori del suo insegnamento universitario.

Il volume si conclude con il «ricordo di un amico, Sergio Chiarloni», che l'a. qualifica «processualista di razza» appartenente «al ristretto nucleo dei più validi studiosi del processo civile italiano e straniero della sua generazione» (Carmine Punzi).

Francesco Campione, *Divorzio su domanda congiunta, attribuzioni patrimoniali e tutela dei creditori del coniuge*, Pacini Giuridica, Pisa 2022, pp. 1-145.

Il volume segnalato, inserito nella collana Quaderni di *Judicium*, si confronta con il tema relativo alla tutela dei creditori a fronte di pattuizioni pregiudizievoli dei coniugi convenute in occasione della gestione concordata in sede giurisdizionale della crisi coniugale.

Il lavoro si articola in tre capitoli, seguiti da un'appendice conclusiva.

Nel primo capitolo, sono ripercorse le soluzioni offerte da dottrina e giurisprudenza in relazione ai patti dispositivi conclusi nell'ambito della separazione consensuale, nei confronti dei quali è riconosciuto che il creditore possa esperire l'azione revocatoria.

L'a. si interroga poi, per un verso, se possa trovare applicazione l'art. 2929 *bis* c.c., permettendo al creditore di agire esecutivamente contro il coniuge debitore senza il previo esperimento dell'azione revocatoria, e, per altro verso, quale sia la disciplina applicabile in caso di apertura della liquidazione giudiziale a carico del coniuge debitore in relazione agli atti dispositivi a titolo gratuito convenuti nell'ambito della separazione consensuale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Infine, viene posto il tema della possibilità di esperire l'azione di simulazione da parte dei creditori e degli stessi coniugi.

Il secondo capitolo rappresenta il fulcro dell'indagine.

Secondo l'a., i contenuti dei rapporti patrimoniali, pur stabiliti dai coniugi nella domanda congiunta di divorzio, trovano fonte regolamentare nella sentenza (non in un accordo, come accade nel procedimento di separazione), sicché contro il provvedimento giudiziale i creditori – o il liquidatore giudiziale nel caso di apertura della liquidazione giudiziale a carico di uno dei coniugi – potrebbero proporre l'opposizione di terzo revocatoria.

Lo studio prosegue proponendosi di individuare i presupposti oggettivi e soggettivi del rimedio previsto dall'art. 404, comma 2°, c.p.c., ponendoli a confronto con quelli previsti per la revocazione *ex* art. 2901 c.c. Viene dunque esaminata l'opinione per la quale sarebbe richiesto un pregiudizio sovrapponibile all'*eventus damni* previsto per la revocazione; viene sottoposta a verifica la tesi che vorrebbe estensibile all'opposizione di terzo l'esenzione dalla revocatoria di debiti scaduti prevista dall'art. 2901, comma 3°, c.c.; viene criticata l'idea per la quale l'opposizione di terzo revocatoria si dovrebbe indirizzare nei confronti di una sentenza ingiusta, posto che una sentenza, quale quella di divorzio, che recepisce conclusioni aventi ad oggetto pattuizioni delle parti, non sarebbe predicabile di giustizia o ingiustizia; viene posta la questione se il dolo contemplato dall'art. 404, comma 2°, c.p.c. debba essere bilaterale o anche solo unilaterale, con preferenza dell'a. per tale seconda soluzione.

L'ultima parte del capitolo è dedicata ai profili processuali dell'opposizione di terzo revocatoria. In primo luogo, si affronta la questione relativa al rito applicabile all'opposizione di terzo avverso una sentenza resa all'esito di un giudizio regolato dal rito speciale di cui all'art. 4, comma 16°, l. 1° dicembre 1970, n. 898. In secondo luogo, è posto l'interrogativo se, qualora la sentenza si limiti ad accertare un obbligo in capo ad uno dei coniugi, il pregiudizio sia da ricondurre alla sentenza o al suo successivo adempimento.

La soluzione cui l'a. approda è nel senso che il pregiudizio sarebbe da ricondurre a detto successivo momento, sicché, prima dell'adempimento, il pregiudizio andrebbe negato: il creditore, in questo caso, non potrebbe impugnare la sentenza con l'opposizione di terzo revocatoria, ma soltanto proporre revocazione nei confronti del successivo atto di adempimento dell'obbligo accertato dalla sentenza.

Nel terzo capitolo, che chiude l'indagine, l'a. si preoccupa di verificare se le conclusioni raggiunte in relazione ai rimedi dei creditori avverso la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sentenza di divorzio su domanda congiunta siano estensibili anche ad altre ipotesi di gestione della crisi familiare. Vengono presi in considerazione il procedimento di modifica e revisione delle condizioni di separazione e divorzio, quello di scioglimento su domanda congiunta delle unioni civili, quello avente ad oggetto il mantenimento (o la revisione di condizioni precedentemente stabilite) del figlio nato fuori dal matrimonio: si giunge alla conclusione che i provvedimenti pronunciati all'esito di questi procedimenti siano impugnabili dai creditori con l'opposizione di terzo revocatoria.

Segue infine una breve appendice, ove l'a. dà atto che la tenuta dei risultati raggiunti dovrà essere verificata alla luce della riforma del processo civile da approvarsi a seguito della l. 26 novembre 2021, n. 206, la quale, nel riformare il rito applicabile in materia di famiglia, ha indicato quale modello procedimentale da seguire per i giudizi a domanda congiunta, il procedimento di separazione consensuale (Martino Zulberti).

Luigi Paolo Comoglio, *Mito, fantasia e realtà del giudice imparziale*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2021, pp. 1-343.

Già dalle prime parole della densa e profonda *Prefazione* di Piercamillo Davigo si comprende il valore di quest'opera: «Questo pregevole lavoro di Luigi Paolo Comoglio approfondisce e illumina il tema più importante fra quelli che attengono alla figura del giudice: la sua imparzialità. Un giudice non imparziale, a ben vedere, non è neppure un giudice».

Nel *Prologo* l'a. apertamente dichiara che «Questo lungo saggio – al di là dell'impegno scientifico nella trattazione di temi assai controversi e delicati – vuol essere un riconoscente omaggio alla funzione giurisdizionale in sé», da lui stesso esercitata per ventun anni (dall'aprile del 1967 al marzo 1988, quale Magistrato giudicante, presso il Tribunale e la Pretura di Vercelli), ed oltre, sino al 2007 (in veste di Magistrato tributario d'appello, in qualità di Presidente di Sezioni di secondo grado, a Vercelli e a Torino). Orbene, la magistratura, mai come oggi, dopo le note vicende emerse nel 2020 dalle indagini sul noto «caso Palamara», necessita di ritrovare se stessa, nell'«emergenza etica» che l'ha travolta, sì da poter riacquisire credibilità e fiducia dei cittadini, fruitori della giustizia; tant'è che lo stesso Presidente Mattarella ha denunciato la «degenerazione del sistema correntizio» e l'«inammissibile commistione fra politici e magistrati» (nota dell'ufficio Stampa della Presidenza delle Repubblica, pubblicata il 29 maggio 2020).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Attraverso i «ricordi indelebili» delle proprie esperienze, descritte senza sfoggi auto-celebrativi, ma ad avallo di soluzioni teorico-sistematiche (o anche come meri, ma preziosi, spunti di riflessione operativa), Luigi Paolo Comoglio conduce il lettore in un affascinante viaggio intellettuale, grazie anche ai numerosissimi richiami ad ordinamenti stranieri, nell'inquadramento della figura del giudice imparziale, fra mito e realtà. Ed è proprio la realtà delle aule giudiziarie che, sin dai primi casi seguiti durante il tirocinio, ha portato l'a. a comprendere «l'estrema vulnerabilità del processo di formazione» dell'imparzialità per effetto della sua inevitabile, a volte subdola, esposizione, diretta o indiretta, consapevole o inconsapevole, a «condizionamenti» di «matrice ideologica in senso lato, ma spesso dotati di un'imprevedibile, e decisiva, incidenza causale» (p. 37).

Lo studio monografico si articola in sei Capitoli, ai quali seguono un *Epilogo* e un'*Appendice* (dedicata alle prossime riforme, ed in particolare alle proposte normative e alle norme illustrative che la Commissione ministeriale Presieduta dal Prof. Luiso ha rassegnato al Ministero della giustizia in data 24 maggio 2021).

All'introduzione del complesso tema è riservato il I Capitolo («L'imparzialità come fondamentale questione di coscienza»), in cui – avvertendo della *mission impossible* (eppure raggiunta) che ci si prefigge (coniugare appunto esperienze personalmente vissute con riflessioni scientifiche rigorose) – si rivelano i problemi definitori e i profili costituzionali di un canone che, una volta acquisito, condiziona per sempre («L'*habitus* mentale dominante e la coscienza interiore del magistrato si compendiano, infatti, quali requisiti essenziali della sua stessa «esistenza», nella sua «imparzialità», ossia in quel «dover essere» *super partes*, che ne decreta l'insopprimibile (e non negoziabile) «qualità morale». Si tratta dunque, in altre parole, di un valore così penetrante e radicato, da divenire, non appena acquisito, soggettivamente incancellabile, anche a prescindere dalla successiva dismissione di quel medesimo *habitus*», p. 7). Dall'esame dei principi internazionali di giustizia, dei relativi orientamenti giurisprudenziali, nonché delle norme deontologiche integrative (Codici internazionali sullo *status*, sulle guarentigie e sulla deontologia dell'Ordine giudiziario), emergono tre considerazioni: l'imprescindibilità dell'«apparenza» di imparzialità, come valore «formale» essenziale al pari di quello «sostanziale»; la collocazione istituzionale del giudice come «terzo» *super partes*, che gli impone in ogni fase del giudizio «il sacrale rispetto di una 'terzietà' e di un''equidistanza' effettive (o nel comune sentire di un'effettiva 'neutralità' nei confronti sia delle parti litiganti e dei loro difensori, sia dei rispettivi interessi da tutelare)» (p. 26); e, infine, la motivazione decisoria, come

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

momento di attuazione concreta e finale dell'imparzialità (non a caso, del resto, nella terminologia angloamericana si parla di *reasoned decisions*).

Il Capitolo lascia poi spazio alla fantasia (già anticipata nel titolo) e procede con dotti richiami alla cinematografia, con una sapiente e trascinante panoramica su pellicole d'oltreoceano e nazionali, nelle quali la protagonista in senso lato è ancora una volta l'imparzialità del giudice, con i drammi sottesi.

Lo studio prosegue quindi in un *excursus* sugli imperativi etico-religiosi, in particolare quelli contenuti nel Deuteronomio e specificamente rivolti ai giudici, fino ad arrivare – sorprendentemente, senza soluzione di continuità – ai dilemmi collegati al progresso tecnologico e alla giustizia predittiva («Avremo davvero la capacità di esorcizzare l'incubo del 'giudice robot', impersonale ed atarassico?», l' a. si chiede perciò se si potrà ancora contate sull'«imparzialità» umana e fragile del «giudice-persona», pp. 74-75).

L'intero II Capitolo è dedicato ad un'analisi ricca e dettagliata delle disposizioni costituzionali e all'inquadramento sistematico dell'imparzialità, attraverso lo studio, anche con riferimenti a casi ed ordinamenti stranieri, dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura; garanzie senza le quali l'imparzialità è solo di facciata.

Nel III Capitolo, intitolato «Indipendenza, 'creatività' e 'precedente' giurisprudenziale», l'attenzione è al principio di legalità (art. 101, comma 2°, Cost.: «i giudici sono soggetti soltanto alla legge») e all'«autorità» incerta del «precedente» giurisprudenziale. Dallo *stare decisis* delle tradizioni angloamericane si passa ai più recenti indirizzi giurisprudenziali interni, che subiscono il fascino di quel «seducente richiamo» (p. 145). Ancora una volta la visione è allargata in prospettiva comparata con il richiamo alla *súmula vinculante* dell'ordinamento brasiliano.

L'a. affronta poi la complessa questione dell'equità, dalle classiche distinzioni fra equità «necessaria» ed equità «integrativa», riprendendo argomenti dalle origini storiche della nozione e dalle tradizioni medioevali, per giungere alla conclusione che la stessa sia da intendersi come «superiore criterio di giustizia», capace di indirizzare l'organo giudicante nell'interpretazione ed applicazione della legge, segnatamente nelle ipotesi di lacune del sistema normativo, ove si deve far ricorso ai «principi generali». Del resto, se «è vero che grava inderogabilmente sul giudice il dovere di sottrarsi, in fatto o in diritto, a qualsiasi pronuncia di *non liquet* (pari ad un 'diniego di giustizia'), di per sé 'ingiusto' è altrettanto vero che – nel nome della 'legalità'... – non v'è spazio, nel nostro Stato di diritto per alcun

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

'creazionismo giurisprudenziale' o, tantomeno, per la correlata teorizzazione di un 'giudice legislatore'» (p. 167).

Il IV Capitolo declina, sempre in un'ottica feconda di diritto comparato, l'imparzialità come canone direttivo del giudizio. Il ruolo primario e proattivo del giudice «giusto», il quale dirige il processo fissandone il calendario (art. 81 *bis* disp. att. c.p.c.), coopera con le parti ed i difensori nella ricerca della verità materiale, tra iniziative istruttorie delle parti e poteri d'ufficio, viene esaminato anche alla luce del recente art. 185 *bis* c.p.c., disciplinante la «proposta conciliativa» del giudice. Moderno e di stretta attualità è l'ultimo paragrafo del medesimo capitolo che affronta il complesso rapporto fra le informazioni rinvenibili dal giudice *online*, il contraddittorio e il divieto di scienza privata.

Nel Capitolo V l'imparzialità viene declinata nell'esperienza concreta: dal processo civile, a quello penale, passando per la giurisdizione di sorveglianza, al processo del lavoro, tributario, per poi offrire brevi cenni all'imparzialità dell'arbitro.

La formulazione delle garanzie di controllo e delle forme di responsabilità si ritrovano nel VI Capitolo, nel quale l'a. porta a compimento le considerazioni introduttive, dimostrando come fra le molteplici funzioni della motivazione decisoria (garantita a tutti i provvedimenti dalla Costituzione, sia pur con un progressivo indebolimento ad opera delle più recenti riforme) vi sia quella di comprovare l'imparzialità del giudice, come imprescindibile fattore costitutivo dell'intero suo agire.

Si esaminano infine gli istituti dell'astensione e della ricusazione, nonché della responsabilità dei magistrati, con indicazioni comparatistiche.

Nell'*Epilogo* l'a. torna brevemente all'elemento autobiografico, nel desiderio di allontanare da sé ogni sospetto di vanità, ed offrendo, piuttosto, il proprio vissuto personale a riprova della centralità del tema affrontato.

L'affascinante – ma al contempo arduo e sfuggente – tema dell'imparzialità trova nella monografia di Luigi Paolo Comoglio uno studio completo, appassionato, che si presenta come lettura fondamentale non solo per gli studiosi della materia, ma anche, e soprattutto, per i tanti giudici che amministrano la giustizia in nome del popolo italiano, ogni giorno, con impegno e sacrificio, nei propri uffici, lontano dalla ribalta mediatica, mossi solo dal senso del dovere (Chiara Spaccapelo).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Cécile Chainais, Jean-François van Drooghenbroeck, Achille Saletti, Burkhard Hess (diretto da), *Quel avenir pour les Juridictions Suprêmes?* Bruylant, Bruxelles 2021, pp. 509

Molti anni fa Giuseppe Tarzia lanciò - fra le molte iniziative che si dovevano al suo essere Maestro nel senso più alto e fecondo della parola - un Gruppo di lavoro comparatistico, coinvolgendo colleghi ed amici di varie Università europee (specialmente ma non solo di area francofona) primo fra tutti J. Van Compernolle. Ne sortirono con continuità incontri, formali e informali, scambi di informazioni e progetti, pubblicazioni a più mani.

L'iniziativa di Tarzia e dei suoi consorti di allora ha dato frutti e si è arricchita grazie ai rispettivi allievi ed a numerosi studiosi che in quella iniziativa hanno trovato ispirazione e si sono così aggregati a quella sorta di Carro di Tespi (e chi conosce un poco di storia del teatro sa bene che tale espressione è particolarmente lusinghiera) del diritto processuale civile comparato.

Oggi abbiamo, quale erede universale del «Gruppo Tarzia», un più istituzionale «Seminario Inter-universitario» cui aderiscono oltre alla Statale di Milano ed alla Université Catholique de Louvain (culle originarie della intrapresa), il Max Planck Luxembourg, le Università di Heidelberg e di Tübingen, l'Université Pantheon-Assas di Parigi, e per l'Italia l'Università di Roma Tor Vergata e quelle di Bergamo e di Trieste.

L'ultimo esito dei lavori seminariali, svoltisi più riprese dal 2017 al 2019 fra Parigi, Roma e Lussemburgo, è la pubblicazione degli Atti intitolati «*Quel avenir pour les Juridictions Suprêmes*? - *Études de droit comparé sur la Cassation en matière civile*», per i tipi della Bruylant (Bruxelles, 2021) a cura di Cécile Chainais, Jean-François Drooghenbroeck, Burkhard Hess e Achille Saletti (il quale assicura, per ovvie ragioni, più di ogni altro la continuità di intenti rispetto al fondatore, ed ha trovato da un po' di tempo infaticabile supporto, quanto all'Italia, in Bruno Sassani, autentica anima provocatrice degli incontri sulla Cassazione).

Non sarebbe davvero possibile dar conto specifico dei singoli e numerosi contributi, tutti accomunati da una *intentio* comparatistica autentica, semplice ma non mai dimenticabile: capire l'altrove e farsi capire, ben al di là delle disposizioni formali ed invece in dimensione concreta e *practice-oriented*.

Deve invece darsi conto della pregevole impostazione generale dei seminari, che si riflette ora in un volume che esibisce anche una intelligente sistematica.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si comincia con «l'accesso alle corti superiori» (con scritti di A. Fettweis, L. Mayer, B. Sassani, S. Huber, ed un saggio in qualche modo a sé stante di M. Giorgetti su quel filtro all'italiana («vorrei ma non posso») che è stato ed è il nostro art. 360 *bis* c.p.c., ben decrittato, nei limiti del possibile, ad uso di chi italiano non è.

Segue un interessantissimo capitolo sui «poteri officiosi delle corti supreme». Ivi i contributi di L. Boré, ancora L. Mayer, J.F. van Drooghenbroeck, A. Saletti e Francesca Locatelli, B. Hess insieme a S. Huber e J. Kleinschmidt; un sottilmente connesso sotto-capitolo si occupa del «formalismo procedurale in Cassazione», che è poi il potere officioso in rito utilizzato a (spesso malinteso) scopo deflattivo: dialogano a riguardo D. Mougenot a quattro mani con van Drooghenbroeck, nonché, con la consueta veemenza, Bruno Sassani.

Assai interessante anche la Parte terza. La apre un capitolo generale sulle «sentenze delle corti supreme e sui loro effetti» (B. Hess sul *Bundesgerichtshof*, e poi L. Borè, Achille Saletti insieme a G. Felloni, ancora van Drooghenbroeck sul giudizio di rinvio nel sistema belga, e lo stesso insieme a D. Mougenot sulla estensione e la portata della pronuncia cassatoria belga).

Un ampio saggio di C. Chainas sugli «effetti nel tempo» occupa per intero il capitolo successivo. Mentre nel terzo ci si allontana dalla Cassazione di ascendenza francese e si ritorna agli effetti della pronuncia della corte di *Revision* tedesca con un saggio di J. Kleinschmidt.

Concludono il volume una sezione sullo «stile e la motivazione» delle pronunce delle corti supreme (saggi di S. Huber per la Germania, di J. F. van Drooghenbroeck per il Belgio, e della Chainais per la Francia) ed un'altra sul dialogo fra corte supreme nazionali e corte di giustizia europea (con saggi di F. Locatelli e M. Giorgetti) (Antonio Briguglio).

Edoardo F. Ricci, *Scritti*, Milano, Giuffrè Lefebvre 2020, 8° tomo I, p. XXX 11 – 1224; Tomo II, pp. VIII 1225 – 2766 Tomo III, p. VIII – 2767 – 4338.

Non è facile dar conto dei tre volumi di scritti di Edoardo F. Ricci, nei quali è stata raccolta, con l'impegno affettuoso dei suoi allievi (Guido Canale, Angelo Castagnola, Elena Marinucci, Michelle Vanzetti, Simonetta Vincre) tutta la sua produzione scientifica.

E si deve essere grati a questi allievi di Edoardo Ricci per aver offerto a tutti gli studiosi del processo, italiani e stranieri, la possibilità di ripercor-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rere la vicenda scientifica di questo Maestro e caro Collega, con cui ho avuto la ventura di condividere la direzione di questa Rivista.

Il primo volume si apre con la ristampa integrale della prima monografia di Ricci, dedicata al giudizio civile di rinvio, nella quale l'a. dimostra la sua grande capacità di approfondire anche gli aspetti di diritto comparato degli istituti oggetto della sua indagine, prendendo le mosse, nel caso specifico, dallo studio del giudizio civile di rinvio nel diritto francese e tedesco. A questa indagine di diritto comparato fa seguito, in particolare, l'approfondimento del giudizio di rinvio nell'esperienza italiana, nelle sue manifestazioni di rinvio con funzione prosecutoria e di rinvio con funzione restitutoria, pluralità strumentale che, secondo l'a., non permette la loro *reductio ad unum*.

L'interesse di Ricci per lo studio dell'arbitrato si manifesta già nella sua seconda monografia, dedicata appunto alla prova nell'arbitrato rituale, ma alla materia dell'arbitrato l'a. dedica anche altri studi nei quali prenderà posizione sulla polemica relativa alla natura dell'arbitrato e del lodo che lo conclude, polemica che ha coinvolto non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza della Corte di cassazione.

Questo primo tomo si conclude con la riproduzione delle ampie e approfondite ricerche condotte dall'a. in materia fallimentare e, in particolare, dello studio relativo al problema dell'accertamento del credito ed alla formazione del passivo fallimentare. Fa quindi seguito la ristampa delle sue «lezioni sul fallimento», raccolta in due volumi pubblicati rispettivamente nel 1992 e nel 1998.

Nel primo di questi due volumi, dopo un'attenta indagine sui presupposti sostanziali del fallimento, vengono approfonditi la tematica dell'apertura del fallimento e quindi lo studio degli organi del fallimento: curatore, giudice delegato, tribunale fallimentare e comitato dei creditori.

Il secondo volume è dedicato al patrimonio attivo oggetto della procedura e tratta sia del vincolo fallimentare sul patrimonio iniziale sia dei beni sopravvenuti e della loro acquisizione alla procedura.

Il volume si conclude con l'esame delle controversie sulla composizione del patrimonio fallimentare.

Nel secondo tomo sono raccolti gli scritti dell'a. pubblicati dal 1959 al 1995 e, nel terzo volume, quelli pubblicati successivamente e, quindi, dal 1996 all'anno della sua scomparsa avvenuta, prematuramente, nel 2010.

Si tratta di una produzione scientifica che ha visto la luce nell'arco di oltre mezzo secolo e della quale è ben difficile offrire un quadro completo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Già nel primo decennio (1959 – 1969) appaiono due saggi in materia di arbitrato, che affrontano il primo l'ampia problematica dell'arbitrato estero e il secondo l'istruzione nel giudizio arbitrale.

Nel secondo decennio (1970 – 1980) l'a. affronta, tra gli altri, i temi della natura della revocatoria fallimentare, che verranno ripresi negli anni successivi (1981 – 1985).

Ricci interviene quindi nel dibattito relativo alla riforma dell'arbitrato, che interessa gli studiosi negli anni a cavallo di due secoli. E prende posizione contro l'orientamento che si era manifestato sino ai primi anni del XXI secolo a favore della natura «negoziale» del lodo arbitrale.

Appartiene, infine, all'ultima stagione dell'attività scientifica e, purtroppo, della vita di Edoardo Ricci lo studio relativo alla nuova «azione di classe» italiana.

Questi brevi riferimenti al contenuto dei tre volumi di scritti di Edoardo Ricci dimostrano certamente l'importanza del contributo da lui offerto nell'arco di mezzo secolo agli studi sul processo civile e – come si è visto – sull'arbitrato.

E questa Rivista è orgogliosa di poter vantare di averlo annoverato tra i suoi direttori, sia pure per un arco di tempo limitato, per la sua prematura e dolorosa scomparsa (Carmine Punzi).

Maria Martello, *Una giustizia alta ed altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Paoline Editoriale Libri, Milano 2022, pp. 151.

Preceduto dalla raffinata prefazione di Cristina Simonelli, *Una giustizia altra ed alta* di Maria Martello è uno scritto che si approccia al tema delle a.d.r., e della mediazione in special modo, in termini inusuali per il lettore processual-civilista; epperò, proprio per questo, svela un'inedita importanza per chiunque voglia cogliere le profonde implicazioni etiche e filosofiche dell'istituto. Del tutto coerentemente con la propria formazione, di matrice (appunto) filosofica e psicologica, l'a. si astiene invero dalla considerazione dello strumento nei suoi aspetti tecnico-procedimentali. Preferisce illustrarne un modello ideale, concepito – anzitutto – funzionalmente intorno al «conflitto» ed al modo nel quale, in antitesi alla tutela eteronoma giusdicente, comporlo.

L'elaborazione personale del conflitto, nei termini psicologicamente evoluti di chi non ne fa l'occasione per consolidarsi nelle proprie pulsioni vittimistiche o aggressive, costituisce il punto di partenza per il corretto innesco del procedimento mediativo concepito in chiave propriamente alternativa al modello contenzioso: primo segno di una originalità del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

discorso della Martell suffragata dalla illustrazione dei valori che l'esperienza conciliativa, per come da lei auspicata, può realizzare. Nella visione dell'Autrice, infatti, la mediazione nega alcun elemento di coercitività ed ogni scoria di «valutazione» simbolicamente «normativa»; per proporsi quale sede nella quale, creativamente, responsabilità etica, riconoscimento di «sé» quanto dell' «altro», un linguaggio improntato equanimemente alla schietta espressione dei propri bisogni quanto all'ascolto di quelli della controparte, sappiano sortire un «giudizio che non giudica», e, con esso, la riparazione più profonda alle ferite, anche esistenziali, che ciascuno dei contendenti ha sperimentato nella crisi di relazione. Vi è, in tale visione, una radicalità di approccio ed un non celato tratto di utopismo. È la sola visione, tuttavia, cha sappia fare della mediazione il segnale di un nuovo Umanesimo, che i tempi reclamano a gran voce; e, al contempo, affrancare lo strumento dalle angustie della concezione asfitticamente economica e deflattiva che la disciplina italiana – come noto, sotto più aspetti – ha tradito voler principalmente perseguire. In riuscito contrasto con la detta radicalità, un linguaggio sempre misurato e piano, che non teme, tuttavia, di dar spazio alle parole (poco frequenti fra i giuristi) del sentimento e delle emozioni; né di rievocare San Francesco, ed il celeberrimo miracolo del lupo di Gubbio, quale paradigma *ante litteram* della mediazione: a manifesta conferma della «altezza» e della «alterità» cui il felice titolo dell'opera si richiama (Giovanni Raiti).

Nicoletta Minafra, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, pp. 1-546.

L'opera segnalata si apre con un primo capitolo, di taglio introduttivo, in cui l'a., oltre a tratteggiare con chiarezza le linee fondanti della ricerca (pp. 1 ss.), osserva che, nel processo civile, in difetto di una norma analoga all'art. 191 c.p.p., la soluzione ai numerosi e complessi interrogativi posti dalla problematica della prova illecita deve necessariamente passare per un bilanciamento di esigenze e di valori tutti astrattamente meritevoli di tutela: da un lato il rispetto di diritti e prerogative costituzionalmente garantiti, specialmente dagli Artt. 13, 14, 15 e 111 Cost.; dall'altro lato, l'esigenza che il processo si concluda con una sentenza conforme alla verità c.d. «materiale» e, pertanto, «giusta» (pp. 16 ss.).

Proprio il tema della ricerca della verità, peraltro, è al centro della riflessione dell'a. All'argomento viene dapprima dedicata, al secondo capitolo (pp. 25 ss.), una dotta indagine comparatistica con gli ordinamenti di *common law* (specialmente con gli Stati Uniti d'America), e, poi, la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prima sezione dell'amplissimo quarto capitolo, ove il tema della ricerca della verità viene affrontato nella prospettiva dell'ordinamento italiano (pp. 178 ss.). Rilevato che nemmeno nel modello processuale c.d. «*adversarial*», con i suoi connotati strettamente «privatistici», l'accertamento della verità appare effettivamente essere il fine ultimo del processo civile (e ciò anche in considerazione del fatto che, negli ordinamenti di *common law*, esiste, come è noto, una fitta rete di «*rules of exclusion*» idonea, fra l'altro, a escludere proprio l'ammissibilità di prove illecite; p. 24), l'a. trae la conclusione che, in generale, «non può esistere un processo che persegua esclusivamente l'obiettivo dell'accertamento della verità ad ogni costo, senza contemperare esigenze diverse e a volte divergenti» (pp. 217 s.).

Nel terzo capitolo (pp. 101 ss.) viene circoscritta la nozione di prova «illecita», distinguendola dalle figure, concettualmente vicine, di prova «atipica» e di prova «illegittima». Definita la prova atipica come quella prova la cui fonte non è prevista espressamente dalla legge, nonché quella prova che si sia formata in modo difforme dal modello legale (pp. 169 e ss.), e la prova illegittima come quella assunta o formata in violazione di norme *processuali* (pp. 174 ss.), l'a. individua il tratto caratterizzante della prova *illecita* nella violazione di norme *sostanziali*, siano esse norme di diritto penale, di diritto civile o di diritto amministrativo (pp. 113 ss.). Attenta riflessione viene poi dedicata alle prove «incostituzionali», intese, queste ultime, come una *species* del *genus* della prova illecita, le quali si contraddistinguono per il fatto di essere state assunte o comunque formate violando le norme previste dalla Costituzione a tutela dei diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo (pp. 135 ss.).

Il quarto capitolo della monografia, come detto, assai ampio, è diviso in tre sezioni. Mentre nella prima si analizzano i rapporti fra la tematica della prova illecita e il problema della ricerca della verità, la seconda sezione contiene una completa ricostruzione dello stato dell'arte della dottrina che ha affrontato il tema della prova illecita, con una puntuale esposizione delle tesi a favore o contro l'ammissibilità (o utilizzabilità) della prova illecita nel processo civile (pp. 225 ss.). L'a., in proposito, si allinea al pensiero della dottrina maggioritaria, e osserva che per quanto nel codice di procedura civile manchi un'espressa regola di esclusione della prova illecita equiparabile all'art. 191 c.p.p., attraverso un'interpretazione «costituzionalmente orientata» delle norme ordinarie sarebbe comunque possibile ricavare, seppur indirettamente, un'analoga regola di esclusione della prova illecita (p. 293). La terza sezione di questo quarto capitolo, invece, affronta gli aspetti del «regime sanzionatorio» della prova illecita, con particolare riferimento alla questione dell'interesse della parte

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pregiudicata da una decisione fondata su una prova di questo tipo a impugnare tale decisione in appello e in cassazione (pp. 375 ss.).

Completano la trattazione un quinto capitolo, di taglio casistico, in cui si dà conto dei settori in cui è più frequente il ricorso a prove illecite nel processo penale, nel processo tributario, e, ovviamente, nel processo civile (in quest'ultimo, in particolare, la deduzione di prove illecitamente formate o comunque sottratte alla controparte avverrebbe più spesso nei giudizi di separazione e divorzio, nel processo del lavoro e nelle controversie relative al diritto d'autore) (pp. 385 ss.), e un sesto capitolo in cui l'a. tira le fila del lungo discorso svolto, evidenziando sinteticamente le conclusioni dell'indagine e prospettando, *de iure condendo*, alcune possibili modifiche all'art. 115 c.p.c. finalizzate a elevare la norma in questione a espressa regola di esclusione delle prove illecite (Mattia Garavaglia).

Paola Chiara Ruggieri, *Pronuncia oggettivamente complessa e onere di impugnazione*, 2ª ed., Giappichelli Editore, Torino 2020, pp. IX-237.

In un'epoca segnata dal generale anelito all'economia processuale, talvolta pur a costo di vulnerare importanti garanzie difensive, può accadere che un giudice, sprezzante del dispendio di risorse, dica più di quanto necessario; e che, pur offrendosigli l'occasione per una rituale pronuncia di assorbimento su domande, o questioni, ceda alla tentazione di non renderla (senza con questo cadere nel vizio di extrapetizione).

L'interessante volume di Paola Chiara Ruggieri mette a fuoco questo variegato e non infrequente fenomeno, connotato dalla «pluralità non necessaria di pronunce»: insieme capace di includere anche la pluralità non necessaria di argomenti motivazionali, una volta ritenute, secondo la sistematica prescelta dall'a., non tutte le pronunce ultronee riconducibili alla nozione di «parte» della sentenza propriamente detta.

Nella prima porzione del lavoro l'obiettivo consiste appunto nel chiarire quando la pluralità non necessaria di pronunce abbia luogo, circoscrivendo il tema in ragione del perimetro di quello che Ruggieri chiama il «principio di assorbimento». Ove il rispetto di tale principio non ricorra siamo fuori dal terreno di analisi dell'opera. Come quando si verta, ad esempio, su un cumulo reciprocamente condizionale di domande, tal che l'accoglimento dell'una implica il necessario (seppur, se del caso, implicito) rigetto dell'altra, mentre il rigetto della prima impone la cognizione sulla seconda; o quando ricorra un caso di domanda patologicamente connotata dalla duplicità di *petita*, la quale imporrebbe una pronuncia di inammissibilità, che, per ipotesi mancata, darebbe luogo ad una patologia speculare

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

a quella della domanda, con pronuncia irrazionalmente duplice, come tale estranea allo scenario della violazione del principio di assorbimento; o quando, ancora, ci si trovi dinanzi ad una pronuncia contenente un rigetto in rito cui segua l'accoglimento nel merito della domanda.

Ben diverse le ipotesi di violazione al principio di assorbimento: nel contesto del cumulo alternativo processuale, anzitutto, caratterizzato dalla gradazione nella proposizione delle più domande, l'accoglimento di una delle quali non comporti il necessario rigetto dell'altra; o nel caso di pluralità di argomentazioni giustificative concorrenti, allorché ciascuna di esse sia da sola capace a giustificare l'asserzione motivata; o quando ricorra l'ipotesi – espressione di grave patologia giudiziale – del rigetto in rito della domanda cui segua anche quello di merito; o quando, infine, la pluralità non necessaria sia determinata dal doppio rigetto di merito.

La penultima ipotesi considerata rappresenta indubbiamente il tema cui l'a. dedica il maggior impegno ricostruttivo, con esiti scaturiti dall'attenta analisi delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali (italiane e tedesche) tendenti a definire lo statuto processuale di tale peculiare fattispecie di pluralità non necessaria di pronunce. Le soluzioni possono forse, talvolta, lasciare spazio a perplessità, ma il rigore scientifico e documentale dell'Autrice resta elevatissimo. Non pienamente convincente, ad esempio, la tesi (entro il condivisibile contesto sistematico di ritenuta nullità della sentenza connotata dal doppio rigetto in rito e in merito con riconduzione nell'alveo dell'art. 161, comma 1°, c.p.c.) secondo la quale la parte soccombente avrebbe da appellare necessariamente anche il capo sull'inammissibilità della domanda per scongiurarne il passaggio in giudicato, sì da ottenere cognizione sul merito, quando potrebbe diversamente bastare, direi, a quel fine, l'evidenza dell'irrituale esercizio della *potestas judicandi* del giudice di primo grado a giustificare l'accesso al merito anche in appello: perché se è vero che quella contraddittorietà non ha privato il giudice di potestà decisoria – come la studiosa ritiene – non potrà poi pretendersi l'erroneità intrinseca alla pronuncia in rito per ambire a rimuovere gli effetti dell'ultronea cognizione di merito.

All'opera l'indubbio merito di aver provato a colmare una lacuna di disciplina (il variegato spettro della pluralità non necessaria di pronunce è privo di alcuna disposizione che lo regoli) mai adeguatamente avvertita fra gli studiosi, o, quanto meno, mai prima così ben focalizzata sistematicamente (Giovanni Raiti).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

NOTE A SENTENZA

Consiglio di Stato, sez. IV, decreto presidenziale 4 luglio 2022, n. 3114

Pres. Ermanno de Francisco

G.D.B. c. Comune di Fontegreca

Secondo il disposto dell'art. 56 c.p.a., il decreto cautelare presidenziale è «non impugnabile» e come tale non è suscettibile di appello includendo il concetto di non impugnabilità certamente quello di non appellabilità (massima non ufficiale).

(*Omissis*) Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente, ai sensi degli artt. 56, 62, comma 2° e 98, comma 2°, c.p.a.;

Considerato che – nella presente fase monocratica – viene in decisione l'appello avverso il decreto cautelare monocratico del presidente del Collegio di primo grado meglio indicato in epigrafe;

Rilevato trattarsi, appunto, di appello proposto avverso un decreto reso ai sensi dell'articolo 56 c.p.a. e dunque espressamente qualificato, dal relativo comma 2, come «non impugnabile»;

Visto, in argomento, il decreto di questa Sezione 29 aprile 2022, n. 1962, e ritenuto, in piena conformità e continuità all'orientamento espresso con tale decreto, che merita completa condivisione in ciascuna sua parte – fatta eccezione solo per l'ultimo periodo della relativa parte motiva, laddove si «esclude che, alla presente determinazione presidenziale di inammissibilità, debba seguire la fissazione di una inconfigurabile trattazione in sede camerale-cautelare in grado di appello» – il decreto del Presidente della Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato 18 febbraio 2022, n. 798, che di seguito si trascrive (omesso il prefato ultimo periodo):

«Considerato che la Quinta Sezione nella sua più attuale linea giurisprudenziale (D.P. n. 6534/2021) considera, nell'interpretazione più aderente al testo ed alla sistematica del c.p.a., inappellabile il decreto cautelare *ex* art. 56 c.p.a., superando altri precedenti orientamenti di altre Sezioni (ed anche l'esigenza di vagliare, rispetto a tali precedenti, altri profili di inammissibilità comunque affermati, in un primo momento, dalla stessa Quinta Sezione cfr.; D.P. n. 4377/2021);

Alla luce di ciò, va ribadito che:

a) in base all'art. 56, comma 2°, c.p.a., il decreto che provvede sull'istanza cautelare proposta anteriormente alla sua trattazione da parte del collegio (comma 1°), è espressamente dichiarato «non impugnabile», mentre, peraltro, il seguente comma 4° dello stesso articolo, stabilisce che «Fino a quando conserva efficacia, il decreto è sempre revocabile o modificabile su istanza di parte notificata» (dunque, prima della trattazione in sede collegiale della «cautela», – limite che segna la perdita di efficacia del decreto presidenziale – e, in effetti, secondo la lettera della norma, ad iniziativa di qualsiasi parte, compresa quella ricorrente e già istante, che può sempre addurre elementi di fatto e di periculum sopravvenuti o non adeguatamente ponderati, nel decreto da revocare o modificare, da parte dello stesso organo giurisdizionale emanante, compresa la stessa incidenza negativa degli effetti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del provvedimento amministrativo impugnato in relazione alla data di fissazione della camera di consiglio);

b) a sua volta, l'art. 61 c.p.a, relativo all'ipotesi di decreto cautelare presidenziale «anteriore alla causa», al comma 4°, dispone parimenti che lo stesso non sia impugnabile, facendo salva, altrettanto, la possibilità che l'istanza possa essere «riproposta dopo l'inizio del giudizio con le forme delle domande cautelari in corso di causa», ricorrendo le stesse potenziali ipotesi di deduzione, - ed ulteriore offerta di adeguata e specifica prova -, di elementi di revoca o modifica già illustrati nel precedente punto a).

A «chiusura» coordinata del sistema così chiaramente delineato, risalta l'art. 62 c.p.a. che ammette l'appello al Consiglio di Stato esclusivamente «contro le ordinanze cautelari», previsione che va letta alla luce del principio di stretta tipicità legale del sistema delle impugnazioni, volto al buon governo del processo e del contraddittorio.

Nel complesso, il sistema vigente risulta complessivamente congegnato in modo da prevedere che la tutela monocratica cautelare in primo grado sia, sussistendone consistenti presupposti, revocabile o modificabile all'interno del grado di giudizio in cui essa è attivata, senza violare il principio di «non impugnabilità» (davanti al giudice di secondo grado), chiaramente espresso dal legislatore; e ciò, in un'evidente armonica e razionale considerazione del doppio grado di giudizio, al fine di evitare interferenze tra la trattazione dell'incidente cautelare in sede camerale di prime cure e l'inevitabile anticipazione, sulla stessa vicenda, dell'orientamento del giudice d'appello, sia monocratico-presidenziale sia, a fortiori, ancorando ad esso una successiva trattazione collegiale in appello, anticipata rispetto alla stessa proposizione dell'appello avverso l'ordinanza cautelare di primo grado»;

Richiamato altresì – in relazione a precedenti ermeneusi espresse in sensi diversi da questo Consiglio – l'articolo 101, comma 2°, della Costituzione, ai sensi del quale «I giudici sono soggetti soltanto alla legge», e ritenuta, pertanto, la prevalenza della piena soggezione a essa, per insuperabile disposto costituzionale vieppiù al cospetto, com'è nella specie, d'una preclara formulazione testuale della normativa applicabile, rispetto a ogni altra opzione esegetica da chiunque espressa – salvo che dalla Corte costituzionale a mezzo di sentenza di accoglimento (pur se manipolativa, ma comunque purché non reiettiva), essa costituendo l'unico strumento interpretativo idoneo, nel vigente ordinamento giuridico, a modificare il diritto oggettivo nazionale – e pur se richiamata da una legge sull'interpretazione delle altre leggi (la quale, per il principio di gerarchia delle fonti, giammai potrebbe assolvere il giudice dall'obbligo di sottostare al principio della sua diretta soggezione solo alla legge che è chiamato ad applicare; e perciò non anche alla legge per come vincolativamente interpretata da altri, ove ciò non sia normativamente idoneo a provocare una conforme definitiva modificazione del diritto oggettivo statuale);

Ritenuto, dunque, ai sensi del preclaro disposto dell'articolo 56 c.p.a.

– della cui piena conformità a costituzione non si scorge ragione per dubitare, anche alla stregua delle surriferite considerazioni di sistema

– che il decreto cautelare qui impugnato sia, in ultima analisi e

indubitabilmente, «non impugnabile», con rinveniente ineludibile inammissibilità dell'impugnazione per quale nella specie proposta (il concetto di non impugnabilità certamente includendo quello di non appellabilità);

Rilevato, pur se solo ad abundantiam, che nella specie certamente non v'è luogo a rinvenire alcun profilo di eventuale «abnormità» dell'appellato decreto che – invero nella sola ipotesi di sua inettitudine a potersi sussumere nella fattispecie legale di cui al citato art. 56 c.p.a. – per qualsiasi verso possa indurre a dubitare della sua qualificazione normativa nei surrilevati termini di intrinseca non impugnabilità;

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Rilevato, in proposito, che il decreto del Presidente della VII Sezione del T.A.R. Napoli ha fissato per la trattazione cautelare, in effetti, «la camera di consiglio di cui all'articolo 55, comma 5°», c.p.a., sicché il decreto si dimostra conforme alla fattispecie normativa e, come tale, non può qualificarsi in termini di abnormità; e che, peraltro, pur nelle more di detta camera di consiglio, non è precluso alla parte interessata:

a) né adire lo stesso organo giurisdizionale emanante, ai sensi dell'art. 56, comma 4, ultimi due periodi, come già rilevato dal sopra trascritto decreto della Quinta Sezione, per ivi riproporre le stesse ragioni inammissibilmente veicolate nel presente appello ai fini della modifica del decreto cautelare (istanza che *ex se* radica l'obbligo presidenziale di riprovvedere, ma certamente senza alcun vincolo in ordine al relativo esito);

b) né adire, secondo l'indicazione rinveniente dalla *summarissima cognitio* sin qui svolta dal primo giudice, il tribunale ordinario (eventualmente anche in sede possessoria) – parimenti senza alcun vincolo circa l'esito dell'azione, anche in punto di sussistenza della relativa giurisdizione – posto che nei rapporti tra giurisdizioni diverse non è dato configurare alcuna situazione ostativa derivante dalla pendenza della lite in un diverso plesso;

Rilevato, nondimeno, che, sotto diverso profilo organizzatorio:

1) nel caso di specie la camera di consiglio *ex* artt. 56, comma 4°, e 55, comma 5°, c.p.a., è quella del 7 settembre 2022, giacché, per quanto consta da informazioni di Segreteria, detta Settima Sezione non ha in calendario alcuna udienza camerale feriale per tutto il mese di agosto (così come, del resto, l'intero T.A.R. di Napoli), né nella seconda metà di luglio, con l'effetto pratico che per tutti i ricorsi cautelari notificati a partire 22 giugno risulta interdetto alle parti l'accesso ai collegi della VII Sezione fino al 7 settembre 2022;

2) in ragione di tale circostanza fattuale – ferma restando la non abnormità dell'impugnato decreto e la conseguente inammissibilità del presente appello – si ritiene opportuno demandare alla Segreteria di trasmettere copia del presente decreto al Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, affinché l'Organo di autogoverno, reso formalmente edotto di tale situazione organizzativa, sia posto in grado di eventualmente valutare – nell'esercizio dei suoi poteri *ex* art. 13, comma 1°, n. 3, e comma 2°, n. 4, della legge 21 aprile 1982, n. 186 – l'opportunità di impartire disposizioni affinché, quantomeno de futuro, anche presso il T.A.R. Napoli siano previste camere di consiglio feriali (eventualmente intersezionali) che, a fortiori per i ricorsi rinvenienti da provvedimento decretale, consentano, anche nel periodo estivo, l'accesso al collegio entro un termine ragionevole (che, ipoteticamente, si potrebbe immaginare dell'ordine di 30 giorni) decorrente dalla scadenza del termine dilatorio di cui all'articolo 55, comma 5°, c.p.a. (così come già avviene, per quanto consta, in altri grandi tribunali, tra cui Roma, nonché in Consiglio di Stato);

Ritenuto, infine, che, sempre in ossequio alla dichiarata doverosità della soggezione di ogni giudice alla legge, resta in ogni caso fermo, giacché così dispone il comma 4 del citato articolo 56, che nel presente decreto «deve essere comunque indicata la camera di consiglio di cui all'articolo 55, comma 5°» (che è, appunto, quella che si fissa in dispositivo), quale mezzo al fine di consentire sempre e in ogni caso al Collegio di esercitare i poziori poteri cognitori di sua pertinenza, rispetto a quelli monocratici qui dispiegati (vieppiù innanzi a un giudice intrinsecamente collegiale, quale in ogni caso è quello amministrativo). (*Omissis*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Appello cautelare e rimedi avverso i decreti presidenziali monocratici dei T.A.R.

1. – Nel 2009, prima dell'approvazione del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza ha ammesso (1) l'appello contro un decreto cautelare presidenziale di rigetto della richiesta di misure cautelari emanato in primo grado (2). Dopo l'entrata in vigore del c.p.a., l'orientamento favo-

---

(1) Decreto Presidente della V sezione del Consiglio di Stato, n. 1223/2009. Nello stesso senso v. il decreto del Presidente della V Sezione, n. 4628/2009, con nota C. E. Gallo, *L'appellabilità del decreto cautelare monocratico*, in *Foro amm.- Cons. Stato* 2009, p. 2615 ss. V, anche la nota di F. Satta, *Il sonno delle marmotte*, in *ApertaContrada.it*, 27 ottobre 2009.

(2) Dopo l'entrata in vigore del c.p.a., l'appello è stato ritenuto ammissibile anche in diverse altre occasioni: si vedano, ad es., i decreti del Presidente della III Sezione, n. 5650/2014, n. 1553/2020, n. 1611/2020, 6454/2020, n. 6795/2020, n. 18/2021, n. 749/2021, n. 1031/2021, n. 1034/2021, n. 1224/2021, del Presidente della II Sezione n. 2289/2021, del Presidente della IV Sezione n. 5971/2018, in *Foro it.*, III, 2019, 117 ss., con nota critica di A. Travi, del Presidente della III Sezione n. 6795/2020, in *Foro it.*, 2021, III, 1 ss, con nota critica di A. Travi, *Considerazioni minime sull'appello contro i decreti cautelari dei tribunali amministrativi regionali*, il quale richiama il principio del giusto processo sancito dall'art. 111 Cost e ricorda che la Corte costituzionale; del Presidente della V Sezione n. 4377/2021 che, tuttavia, ha respinto l'appello, tra l'altro, perché non sussistono nella specie i requisiti che devono ritenersi determinare l'impugnabilità in appello del decreto cautelare presidenziale.

In dottrina si vedano anche i contributi di E.M. Barbieri, *La normativa sull'emergenza epidemiologica da COVID-19 e l'appello contro i decreti cautelari monocratici del giudice amministrativo*, in *L'aula civile* 2022, n. 4, p. 24 ss. che esprime un'opinione contraria all'appellabilità di tutti i decreti monocratici ma rileva anche che tali decreti sono «*(…)* destinati a produrre i loro effetti dichiaratamente temporanei per un tempo che potrebbe risultare poi concretamente ed irreparabilmente pregiudizievole per gli interessati (…)» ed inoltre osserva, sul piano dell'opportunità, che «*l'appello contro il decreto presidenziale (…) non potrebbe che essere rivolto nuovamente ad un giudice monocratico seppure appartenente al Consiglio di Stato*» e quindi «*la pretesa garanzia di un doppio grado di giudizio di questo tipo si ridurrebbe (…) a ben poca cosa, non essendovi ragione per ritenere che il giudizio di una singola persona possa offrire maggior garanzia di altro giudizio altrettanto individuale.*»; M. Midiri, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in *www.dirittifondamentali.it*; M.A. Sandulli, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020, in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *www.federalismi.it*, che esprime un giudizio negativo sull'orientamento che ammette l'appello contro i decreti presidenziali «Stante il chiaro e inequivocabile tenore dell'art. 56, co. 2, del c.p.a. e l'altrettanto chiara *voluntas legis* espressa dal Governo nell'espungere dal testo finale dell'art. 84 del d.l. n. 18 la previsione (presente nello schema) di appellabilità dei nuovi decreti cautelari monocratici *ex lege* (v. anche la Direttiva del Presidente del Consiglio di Stato del 9 marzo 2020), la posizione espressa in questo secondo decreto, determinando ulteriori incertezze in un momento che ne conosce già molte, non può non destare perplessità.». E. Genuessi, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, in *www.qualegiustizia.it* che nega, *de iure condito*, l'ammissi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

revole all'appello è stato confermato in diverse occasioni ma si sono registrati anche provvedimenti di segno opposto che hanno escluso l'ammissibilità dell'appello, facendo essenzialmente leva sul divieto di impugnazione dei decreti cautelari monocratici previsto dall'art. 52 del codice (3).

---

bilità dell'appello ma al tempo stesso, avverte l'esigenza di una univoca regola processuale ritenendo necessaria «quantomeno una pronuncia dell'Adunanza Plenaria».

In senso favorevole si v. invece M. Cioli, *L'appello avverso il decreto cautelare monocratico* ex *art. 56 c.p.a.: una lettura costituzionalmente orientata a garanzia del principio di effettività della tutela*, in *Nuove Autonomie* 2021, 859 ss., che ammette l'appello a garanzia di una piena tutela giurisdizionale, nonché F. Nicotra, *L'impugnabilità del decreto cautelare monocratico* ex *art. 56 c.p.a.*, in *www.lexitalia.it*, che sembra aderire all'orientamento favorevole all'appello ma, in ragione dell'esigenza di garantire il rispetto del principio della certezza del diritto, conclude ritenendo «auspicabile un intervento del Legislatore in materia o, quantomeno, una pronuncia dell'Adunanza Plenaria». Esprime analogo auspicio, M. Sforna, *op. cit.*, sottolineando l'esigenza di porre termine ad una «intollerabile situazione di disparità di trattamento» che si prolunga da ormai molto tempo.

Per completezza si deve segnalare che, pur ritenendo ammissibile l'appello contro i decreti cautelari monocratici in diverse occasioni la giurisprudenza ha respinto l'impugnazione per l'insussistenza di un «concreto pericolo di irreversibile perdita di un bene della vita tutelato da norma costituzionali» (Decreto del Presidente della III Sezione, n. 2129/2020) ovvero per il fatto che «non ricorre uno dei casi eccezionali in cui, con interpretazione costituzionalmente orientata "praeter legem", il Consiglio di Stato ha ritenuto ammissibile l'appello» (Decreto del Presidente della III Sezione, n. 2294/2021). Si è ulteriormente precisato (Decreto del Presidente della III Sezione, n. 304/2021) che l'appello può ritenersi ammissibile nei «soli casi del tutto eccezionali di provvedimento che abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisorio» e che tali casi «si configurano esclusivamente nel caso in cui la decisione monocratica in primo grado non abbia affatto carattere provvisorio od interinale ma definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere dovendo in tali casi intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica e funzione collegiale in primo grado».

(3) Si tratta di provvedimenti che, come quello commentato, relativamente ad appelli proposti contro decreti presidenziali di rigetto di richieste di misure cautelari proposte in primo grado nelle more della pronuncia del Collegio a norma dell'art. 52 o dell'art. 56 (si ricordano, tra gli altri, i decreti del Presidente della V Sezione, n. 3015/2017, del Presidente della VI Sezione, n. 4875/2018, del Presidente della IV Sezione, n. 1343/2020, del Presidente del C.G.A.R.S., n. 455/2020 con cui è stato anche ritenuto che «il sistema non appare (in ragione della peculiarità dei presupposti che legittimano l'adozione delle misure ex art. 56, cit.) in contrasto con il principio costituzionale della pienezza ed effettività della tutela (art. 24 Cost.), anche in ragione della prevista revocabilità e modificabilità del decreto cautelare (art. 56 cit., comma 5)», del Presidente del C.G.A.R.S., n. 624/2020, secondo cui «viene chiesto un rimedio giuridico inesistente secondo il vigente tessuto processuale», del Presidente della V Sezione, n. 6534/202021, del Presidente della V Sezione, n. 798/2022, del Presidente della Sezione I-*bis* del TAR per il Lazio (Roma), n. 1053 e 1057 del 2022, del Presidente della IV Sezione, n. 1962/2022, in *www.giustiziainsieme*, con nota di M. Sforna, *Tutela cautelare monocratica: il Consiglio di Stato torna ad affermare l'inappellabilità del decreto cautelare monocratico reso* ex *art. 56 c.p.a.*; del Presidente del C.G.A.R.S., n. 193/2022 (relativamente alla richiesta di decreto ingiuntivo respinta con decreto presidenziale in primo grado) e del Presidente della VII Sezione, n. 3652/2022.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A distanza di quasi quindici anni, il contrasto non è ancora stato risolto come dimostra inequivocabilmente il provvedimento commentato che, oltre a confermare l'esistenza di indirizzi contrastanti sembra anche evidenziare che neppure la crescente attenzione che la dottrina ha riservato al tema ha contribuito a superare la divisione che non sembra destinata ad essere superata facilmente.

2. – Nel decreto annotato viene ribadita la tesi secondo cui i decreti cautelari monocratici non sono appellabili e questa posizione viene motivata diffusamente e non semplicemente *per relationem* come avrebbe potuto avvenire trattandosi della conferma di un orientamento ormai consolidato.

Ad una prima lettura, dunque, sembra di dover registrare l'esistenza di posizioni diametralmente opposte e inconciliabili. L'esame delle ragioni poste a fondamento del provvedimento in esame, tuttavia, costituisce un'occasione per cercare di comprendere, al di là delle impressioni, gli esatti termini del contrasto e se vi sono punti di convergenza che possano rappresentare il punto di partenza per individuare una soluzione. In questa prospettiva sono particolarmente degne di nota le parti della motivazione in cui ci si sforza di non limitarsi a riproporre l'argomento di carattere letterale, e cioè il fatto che la legge vieta in modo espresso l'impugnazione dei decreti presidenziali.

Non si pretende certo di sminuire l'indubbia importanza di un divieto espresso ma questa constatazione non esclude che l'argomento letterale possa non essere risolutivo quando come nella specie viene prospettata la necessità di salvaguardare il diritto alla tutela giurisdizionale e la sua effettività. In casi del genere, infatti, la constatazione dell'esistenza del divieto non esonera l'interprete dall'interrogarsi circa la sua legittimità e quindi nel caso di specie della legittimità dell'inammissibilità dell'appello.

Questa consapevolezza è certamente uno dei motivi per cui nel decreto commentato si cerca di dimostrare che il divieto di impugnativa non lascia la parte (insoddisfatta della decisione presidenziale) priva di tutela. In tale modo si tenta di spiegare che il divieto di impugnativa non costituisce una previsione a sé stante e si inserisce in un contesto in cui la tutela contro i decreti cautelari monocratici non è vietata ma, semplicemente, viene assicurata tramite modalità alternative. In altre parole, occorre distinguere tra divieto di impugnativa e assenza di tutela poiché non sono la stessa cosa. L'ordinamento considera inammissibile l'appello ma, al tempo stesso, non esclude l'esistenza di una tutela dato che, in attesa della pronuncia collegiale del T.A.R., le esigenze di tutela sono comunque assicu-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rate nel giudizio cautelare di primo grado e ciò attraverso la possibilità di chiedere la revoca o modifica del provvedimento presidenziale (4).

Non sembra, per molteplici ragioni (5), che la revoca/modifica del provvedimento presidenziale possano costituire una reale garanzia di tutela. Basti considerare, ad es., che la competenza in merito, in attesa della data della Camera di Consiglio, è attribuita sempre al Presidente del TAR e cioè allo stesso organo che si è già pronunciato sulla questione pochi giorni prima e che, difficilmente, potrebbe assumere una diversa decisione, salvo il verificarsi di fatti nuovi che potrebbero creare le condizioni per un accoglimento della richiesta. Inoltre, non si può non considerare che, se questa fosse la tutela assicurata dall'ordinamento, resterebbe comunque confinata nell'ambito del giudizio di primo grado e il giudice d'appello, quindi, rimarrebbe completamente esautorato (6). Come se non bastasse, si deve rilevare che anche il T.A.R. in composizione collegiale finirebbe per essere completamente esautorato con la conseguenza che la definizione di una fase essenziale della tutela giurisdizionale, come quella cautelare, rimarrebbe circoscritta (nei casi di estrema urgenza) alla sola sede presidenziale in palese contrasto con il carattere provvisorio del decreto cautelare e la prevalenza che l'ordinamento attribuisce alla collegialità.

Nonostante le perplessità circa la possibilità di considerare quella prospettata come una valida risposta alle esigenze di tutela che sono state riscontrate, questo non significa che non possano (ed anzi debbano) essere ricercate altre soluzioni diverse da quella della revocabilità/modificabilità del decreto e anche dell'impugnazione dei decreti cautelari monocratici. Una soluzione, in altre parole, che non metta in discussione il divieto di impugnativa ma senza che ciò comporti la negazione del diritto all'effettività della tutela cautelare e che, magari, potrebbe anche risultare comples-

---

(4) Si tratta di istituti espressamente previsti dalla legge e che quindi, come tali, non presentano alcun problema di ammissibilità ma ciò non comporta che, per ciò solo, possano costituire effettivamente dei rimedi e quindi garantiscano una tutela apprezzabile.

(5) A norma del comma 4, ultima parte, dell'art. 57 del c.p.a. il decreto è sempre revocabile o modificabile su istanza di parte rivolta allo stesso giudice. Per il caso di misure cautelari presidenziali *ante causam* non è prevista la stessa cosa: la legge consente infatti di chiedere la modifica o la revoca ma solo nel caso di decreto di accoglimento, restando esclusa, almeno letteralmente, tale possibilità per quanto concerne i decreti presidenziali di rigetto. In ogni caso sembra ragionevole ritenere che la richiesta di revoca o modifica sia finalizzata ad una diversa decisione sul merito dell'istanza sulla base di elementi nuovi o non valutati nel decreto oggetto della richiesta.

(6) A questa conclusione si perviene, tuttavia, senza approfondire adeguatamente la questione e dimostrare che attraverso queste richieste la parte soccombente possa ricevere realmente la tutela cautelare effettiva che l'ordinamento deve garantire.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sivamente più coerente con il sistema. Il fatto più importante e che deve essere evidenziato è che la giurisprudenza che nega l'ammissibilità dell'appello avverte l'esigenza di evitare che l'applicazione del divieto codicistico di impugnazione possa creare un vuoto di tutela in quanto non basta, per considerare risolto il problema.

La ricerca di altre possibili soluzioni per soddisfare le istanze di tutela che il citato divieto potrebbe lasciare insoddisfatte rappresenta una prospettiva interessante che finora non sembra essere stata presa adeguatamente in considerazione a causa del fatto che l'attenzione è stata rivolta principalmente se non esclusivamente al tema dell'ammissibilità o meno dell'appello. Sembra questa la ragione principale per cui, nonostante gli sforzi compiuti in quasi quindici anni, non si sono registrati passi avanti nella ricerca di una soluzione per superare il contrasto di giurisprudenza. Neppure la dottrina sembra avere preso in esame la possibilità di un diverso modo di affrontare il problema, prendendo posizione a favore dell'uno o dell'altro indirizzo.

Prima di procedere a verificare se effettivamente l'ordinamento consenta di prospettare una diversa impostazione della questione, sembra preliminarmente necessario compiere un'attenta disamina comparativa dei due orientamenti allo scopo di mettere meglio a fuoco le divergenze ma anche di riscontrare e valorizzare, se vi sono, gli elementi su cui si registrano in effetti delle convergenze.

3. – Il punto centrale della questione è quello dell'ammissibilità dell'appello contro i decreti cautelari monocratici.

Secondo l'indirizzo restrittivo non esiste alcuna possibilità di ritenere esperibile l'appello in quanto gli artt. 52 e 56 c.p.a. contengono un divieto espresso di impugnazione; a sostegno di questa tesi viene richiamato anche l'art. 62 del codice che prevede il rimedio dell'appello solo nei confronti delle ordinanze cautelari.

L'orientamento che ammette l'appello, invece, nulla potendo obiettare in merito all'argomento letterale giunge alla conclusione opposta basandosi essenzialmente sul carattere essenziale della tutela cautelare e, più in generale, sull'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

Come si è detto, per superare il contrasto e trovare una soluzione adeguata al problema si deve rifuggire dalla tentazione di pensare che ciò possa avvenire solo pensando di potere scegliere tra una delle due tesi che si sono confrontate fino ad oggi.

Naturalmente non si può certo negare che gli articoli 56 e 61 c.p.a. sanciscono espressamente il divieto di impugnazione dei provvedimenti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cautelari presidenziali (7). Se ne deduce che tutti i decreti cautelari monocratici non sono impugnabili perché il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.) e gli articoli citati gli impediscono di considerare ammissibile la loro impugnazione in appello.

Si dimentica, tuttavia, che la legge non prevede analogo divieto per i provvedimenti monocratici che abbiano accolto la richiesta di misure cautelari *ante causam*. Dall'art. 56, comma 4, quindi, si potrebbe desumere, a contrario (8), che questi provvedimenti siano appellabili ma, se così fosse (9), si dovrebbe comunque ricercare la ragione per cui si è ritenuto di poter legittimamente introdurre un regime differenziato tra provvedimenti cautelari monocratici *ante causam* di accoglimento e di rigetto, ritenendo i primi appellabili e i secondi no.

Quanto esposto evidenzia una volta di più i limiti di un ragionamento basato principalmente su considerazioni di carattere letterale. Limiti che trovano conferma anche in un'altra considerazione: il divieto di impugnazione è stato equiparato *tout court* al divieto di appello senza, tuttavia, affrontare la questione in modo approfondito (10).

---

(7) Si deve tuttavia rilevare che, se si considera determinante il tenore letterale della norma, la tesi restrittiva, a rigore, dovrebbe valere esclusivamente per quanto riguarda i decreti di rigetto della richiesta di misure cautelari, e cioè gli unici provvedimenti in relazione ai quali l'art. 56, comma 4°, c.p.a. prevede un divieto espresso di impugnativa, dato che previsioni limitative della tutela sono certamente applicabili in via analogica.

(8) Tale conclusione è la più logica se si tiene conto della scelta del legislatore di vietare l'impugnabilità in tutti gli altri casi. Non vi è dubbio, anche se per le ragioni che verranno esposte nel testo che ciò possa essere considerato risolutivo, che l'insussistenza del divieto di impugnare i provvedimenti monocratici di accoglimento assume un valore particolarmente significativo se considerato nel quadro di una disciplina basata su specifici divieti espressi a fronte del silenzio mantenuto in ordine a una determinata categoria di provvedimenti.

(9) In senso contrario, tuttavia, si potrebbe sempre richiamare l'art. 62 c.p.a. che comprende tra i provvedimenti appellabili solo le ordinanze dei T.A.R. e, quindi, implicitamente escluderebbe la possibilità di impugnare i provvedimenti monocratici che abbiano accolto la richiesta di misure cautelari *ante causam*. Anche volendo attribuire carattere dirimente al disposto dell'art. 62, tuttavia, resterebbe comunque da spiegare il motivo per cui il codice prevede dei divieti espressi (e non per tutti i casi) se il divieto deriva già dall'art. 62. Si dovrebbe allora ritenere che si tratti di una disposizione *inutiliter data*?

(10) In altre parole il problema si pone per il fatto che la legge non ha direttamente vietato l'appello. Il divieto di impugnazione ha certamente una portata più ampia e comprende il divieto di appellare. Ma il ricorso ad una nozione talmente estesa non è facile da spiegare dato che non si avvertiva certamente l'esigenza di escludere, per es., l'impugnazione con ricorso per cassazione. A ciò si aggiunga che la nozione è talmente estesa da ricomprendere anche tutti gli altri mezzi di impugnazione elencati nell'art. 91 c.p.a. e quindi anche la revocazione e l'opposizione di terzo. A fronte della notevole estensione del divieto, che per alcune fattispecie non avrebbe avuto ragione di essere, si deve notare che il c.p.a. prevede la possibilità di chiedere la modifica e la revoca del provvedimento ma non vieta, almeno espressamente, il ricorso al Collegio che, a rigore, non dovrebbe rientrare nel divieto

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sembra quindi preferibile affrontare la questione da un altro punto di vista perché esiste un'ulteriore e ancora più importante ragione che induce a ridimensionare il carattere decisivo dell'argomento letterale.

La tutela cautelare rappresenta una componente fondamentale della tutela giurisdizionale e, più specificamente, uno strumento essenziale per garantirne l'effettività. Come si è già avuto modo di notare in precedenza il divieto stabilito dal legislatore, quindi, non costituisce e non può costituire, di per sé solo, un argomento dirimente per negare l'ammissibilità dell'appello. Per giungere correttamente a questa conclusione, infatti, si deve previamente valutare la legittimità costituzionale di un simile divieto in ragione del fatto che, in caso di esito negativo di tale verifica, l'impugnazione sarebbe ammissibile. Ciò, del resto, è riconosciuto anche nel decreto che si commenta in cui il riferimento al sistema accentrato di controllo della costituzionalità delle leggi appare tuttavia principalmente finalizzato a ricordare che spetta alla Corte costituzionale in via esclusiva decidere in merito alla legittimità o meno di una legge o atto avente forza di legge e che, quindi, non si potrebbe ritenere ammissibile l'appello nel caso che si sta trattando prima di una decisione della Corte.

In realtà anche quest'osservazione circa il giudizio accentrato di costituzionalità non sembra un argomento risolutivo anche solo per il fatto che la giurisprudenza che ammette l'appello non ha mai sostenuto che, per fare ciò, il giudice possa sostituirsi alla Corte nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto cosa che, comunque, non è avvenuta.

In effetti il punto è un altro. È indubbio che, secondo la legge, spetta al giudice adito valutare se la questione di legittimità costituzionale non è manifestamente infondata e, soprattutto, è sempre lo stesso giudice che ha l'obbligo di verificare se sussiste la possibilità di un'interpretazione conforme della legge che permetta di valutare gli eventuali dubbi di legittimità costituzionale e ritenere quindi di non rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Nei decreti presidenziali che hanno ammesso l'appello non viene mai messa in discussione la competenza esclusiva della Corte costituzionale. Ci si limita, forse in modo eccessivamente sintetico stante l'importanza e la delicatezza della questione, a richiamare il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Sembra ragionevole ritenere che con questo si sia

---

di impugnazione ma che probabilmente costituisce la prima e più importante fattispecie da prendere in esame. Le considerazioni che precedono costituiscono l'ennesima conferma che l'argomento di carattere letterale non può essere considerato dirimente.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

inteso sostenere che l'ammissibilità dell'appello può essere sostenuta in forza di un'interpretazione conforme degli artt. 52 e 61 del c.p.a.

Ne deriva che il vero contrasto non riguarda la possibilità di esercitare poteri che la legge riserva alla Corte costituzionale ma se esistono o meno gli estremi, in base ad una interpretazione conforme degli articoli citati, per sostenere che l'appello avverso i provvedimenti in esame sia ammissibile, nonostante il divieto di legge più volte ricordato. Si tratta, quindi, di una questione interpretativa certamente non semplice ma la cui decisione è certamente demandata al giudice amministrativo e, in particolare, al Consiglio di Stato.

Porsi e porre il problema in questi termini con l'obiettivo di individuare una soluzione, significa anzitutto avere un'idea precisa dell'ambito di applicazione dell'appello contro i provvedimenti cautelari monocratici secondo i due orientamenti in esame.

Secondo l'orientamento che considera l'appello inammissibile, il divieto ha una portata generale. Non è del tutto chiaro, però, se ciò significhi che nessuna eccezione è ammessa ovvero se qualche eccezione, sia pure in pochi casi, possa comunque essere ammessa. Il dubbio sorge perché nel decreto che si commenta si precisa, «pur se solo *ad abundantiam*, che nella specie certamente non v'è luogo a rinvenire alcun profilo di eventuale «abnormità» dell'appellato decreto che – invero nella sola ipotesi di sua inettitudine a potersi sussumere nella fattispecie legale di cui al citato art. 56 c.p.a. – per qualsiasi verso possa indurre a dubitare della sua qualificazione normativa nei surrilevati termini di intrinseca non impugnabilità».

Non è facile comprendere cosa si debba intendere per provvedimento abnorme, è comunque chiaro che non è stata esclusa in radice la possibilità che possano esistere dei decreti presidenziali cautelari non sono riconducibili alla fattispecie legale di cui all'art. 56 cit. che, quindi, potrebbero essere oggetto di appello proprio perché, esulando da tale fattispecie normativa, fuoriescono anche dal perimetro del divieto di impugnazione che la legge riferisce unicamente ai decreti in questione.

La lettura integrale del decreto consente di comprendere la ragione per cui si è ritenuto necessario escludere di essere in presenza di un provvedimento abnorme anche se i confini di tale categoria restano sostanzialmente incerti.

Nella specie il ricorrente aveva chiesto al Presidente del T.A.R., la concessione di una misura cautelare presidenziale. L'istanza era stata respinta con decreto n. 1262 del 29 giugno 2022. Nel provvedimento di rigetto il Presidente aveva fissato la Camera di consiglio davanti al Collegio

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

per il 7 settembre. Se ne è dedotto che l'avvenuta indicazione della data dell'udienza consentirebbe di escludere qualsiasi profilo di abnormità.

Tuttavia non è sfuggito all'attenzione del Presidente l'esistenza di un vuoto temporale di quasi settanta giorni tra la data del provvedimento presidenziale e quella della Camera di consiglio e della decisione collegiale da parte del T.A.R., che costituisce presupposto indispensabile per proporre l'appello cautelare.

Il fatto che il decorso di un termine così lungo non consenta di considerare il decreto abnorme (11) non vuol dire che non esista un problema e che debba essere trovata una soluzione. Il Presidente non si è quindi limitato a dichiarare inammissibile l'appello. Ha approfondito la questione e accertato le ragioni per cui la Camera di consiglio non era stata fissata prima, dando atto nel provvedimento che l'udienza del 7 settembre era la prima data utile per la discussione in camera di consiglio dopo il decorso dei termini a difesa previsti dalla legge in quanto il TAR adito non aveva previsto nel calendario delle udienze lo svolgimento di una camera di consiglio nel mese di agosto. A fronte di questa situazione, nel decreto si è ritenuto che «(...) – ferma restando la non abnormità dell'impugnato decreto e la conseguente inammissibilità del presente appello – si ritiene opportuno demandare alla Segreteria di trasmettere copia del presente decreto al Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, affinché l'Organo di autogoverno, reso formalmente edotto di tale situazione organizzativa, sia posto in grado di eventualmente valutare – nell'esercizio dei suoi poteri *ex* art. 13, primo comma, n. 3, e comma 2°, n. 4, della legge 21 aprile 1982, n. 186 – l'opportunità di impartire disposizioni affinché, quantomeno de futuro, anche presso il T.A.R. Napoli siano previste camere di consiglio feriali (eventualmente intersezionali) che, *a fortiori* per i ricorsi rinvenienti da provvedimento decretale, consentano, anche nel periodo estivo, l'accesso al collegio entro un termine ragionevole (che, ipoteticamente, si potrebbe immaginare dell'ordine di 30 giorni) decorrente dalla scadenza del termine dilatorio di cui all'articolo 55, comma 5°, c.p.a. (così come già avviene, per quanto consta, in altri grandi tribunali, tra cui Roma, nonché in Consiglio di Stato)».

---

(11) Ragionando in questi termini sorge naturale l'interrogativo circa l'abnormità del decreto privo dell'indicazione della data della camera di consiglio per la discussione della richiesta di misura camerale. Qualora l'udienza non venga fissata non vi è la garanzia che il T.A.R. in composizione collegiale possa esaminare la questione e pronunciarsi in merito alla richiesta di tutela cautelare. Ciò, tuttavia, non esclude che l'udienza comunque venga fissata.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Alla luce di quanto precede è possibile svolgere alcune interessanti considerazioni.

Anzitutto la conferma che l'appello contro provvedimenti cautelari monocratici non è ammesso ma che questo non esclude che, in presenza di determinate circostanze eccezionali, la conclusione possa essere diversa. La seconda considerazione è che anche quando l'appello non viene dichiarato inammissibile il giudice, se riscontra l'esistenza di ostacoli che possano pregiudicare il buon funzionamento della giustizia cautelare può comunque cercare di fare in modo che vengano rimossi mediante l'utilizzo di rimedi giurisdizionali o, ed è il caso di specie, anche di carattere non giurisdizionale. È un fatto importante perché costituisce una conferma che l'attenzione alle esigenze di tutela è comune ai due orientamenti anche se lo strumento utilizzato per risolvere i problemi riscontrati riferiti solo al caso singolo o aventi carattere generale non è detto che sia sempre lo stesso (12).

L'interesse della motivazione va comunque anche oltre le considerazioni appena svolte.

Nel decreto in esame viene giustamente evidenziato che riveste carattere essenziale del provvedimento presidenziale la fissazione in calendario di una camera di consiglio feriale (eventualmente intersezionale) specialmente «per i ricorsi rinvenienti da provvedimento decretale» in modo da consentire «anche nel periodo estivo, l'accesso al collegio (...)». Se si assume che i provvedimenti presidenziali non siano appellabili, è evidente che diventa essenziale fare in modo che la decisione del Collegio decida la questione nel più breve tempo possibile. In altre parole, non possono esservi, soprattutto per richieste urgenti che impongono la richiesta di misure cautelari presidenziali, periodi dell'anno in cui è impossibile sottoporre la questione al Collegio o, più in generale, che la decisione del Collegio venga presa in ritardo.

---

(12) Si può discutere sulla correttezza della decisione di rimettere la decisione al CPGA e, soprattutto, sul fatto che questo sarebbe libero di intervenire o meno, ma è indubbio che la decisione di segnalare quanto riscontrato è sintomo di un'attenzione e sensibilità che debbono sempre caratterizzare l'esercizio della funzione giurisdizionale. Non si deve trascurare di osservare, d'altra parte, che la segnalazione mira a rimuovere alla radice il problema mediante la previsione in calendario di una camera di consiglio nel mese di agosto per evitare che situazioni del genere possano ripetersi in futuro. Non si può dire, del resto, che in tal modo sia stata vanificata la necessità di tutela perché, stando a quanto si può desumere dal testo dei provvedimenti non ricorreva nella specie l'esigenza di tutela cautelare disattesa non riguardava una fattispecie in cui realmente sussisteva un pericolo di danno imminente grave ed irreparabile.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In questo modo sembra essere stata posta in evidenza la necessità di fissare un termine entro cui il Collegio deve prendere una decisione e che tale esigenza presenta una particolare importanza quando si tratta di provvedimenti cautelari presidenziali con riferimento ai quali, si può anticipare, sussiste una particolare urgenza (13).

Il provvedimento in esame, tuttavia, non va esente da alcuni rilievi critici.

È certamente vero che alcuni problemi si possono o addirittura debbano risolvere mediante soluzioni organizzative e che queste sono indubbiamente da preferire, quando risultino possibili e permettano di porre rimedio a difetti di carattere strutturale. La possibilità di disporre o sollecitare soluzioni di questo tipo, tuttavia, non significa che debba escludersi che nel caso singolo possa comunque essere il giudice ad intervenire direttamente mediante un provvedimento giurisdizionale applicando la legge che rappresenta la più importante ed essenziale garanzia del giusto processo (art. 111 Cost.).

Molto importante, lo si è detto, è il riferimento ad un termine entro cui il Collegio deve provvedere e prendere una decisione. Non si deve, tuttavia, dimenticare che si sta parlando di tutela cautelare e che sono varie e molteplici le fattispecie da considerare, alcune delle quali richiedono una maggiore tempestività di intervento che in alcuni casi può essere ostacolata dalla disciplina dei termini dilatori, cosa che nel sistema vigente prima del codice non si verificava stante la possibilità di abbreviarli anche *ad horas* (14).

5. – Il sistema previgente presentava, tuttavia, dei limiti per quanto concerne il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

Per questo motivo il c.p.a. ha dedicato una particolare cura alla disciplina dei termini a difesa in sede cautelare. Una decisione sulla richiesta di concessione di misure cautelari non può essere presa prima del decorso di venti giorni dalla notifica del ricorso o dell'istanza e dieci dal deposito, salvi i casi di abbreviazione *ex lege*. Di norma questa disciplina assicura un adeguato contemperamento tra i diversi principi costituzionali.

Il legislatore è pienamente consapevole della possibile tensione che può verificarsi tra esigenza di tempestività della tutela cautelare e garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio. Per questo motivo, l'art. 33 c.p.a.

---

(13) Il rispetto del principio del giusto processo impone che il termine venga stabilito dal legislatore.

(14) In casi di estrema urgenza anche *ad horas* (cfr. T.A.R. Lombardia n. 234/1990, decreto presidenziale).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prevede che possa essere richiesta l'abbreviazione dei termini per consentire al Collegio una decisione in tempi più brevi così permettendo di ottenere una decisione sulla richiesta di tutela cautelare in molti casi in cui il rispetto dei termini ordinari lo impedirebbe e, al tempo stesso, ridurre la necessità di chiedere l'adozione di provvedimenti presidenziali. Il Collegio decide con ordinanza e l'interessato può subito proporre appello al Consiglio di Stato.

Nei casi di particolare ed estrema urgenza è obbligata la via della tutela presidenziale che, per sua stessa natura, non è soggetta al rispetto di termini dilatori ma contro il decreto, secondo l'orientamento restrittivo, non è possibile proporre appello con la conseguenza che la parte soccombente deve attendere la decisione del Collegio che rischia di intervenire quando il danno si è ormai verificato e si rischia che la decisione non sia più utile.

Nel caso esaminato nel provvedimento impugnato, il calendario non prevedeva lo svolgimento di Camere di consiglio per un lungo lasso di tempo e questa aveva impedito al Collegio di pronunciarsi sulla questione per oltre un mese. Ma una situazione molto simile può verificarsi anche se le udienze sono fissate in calendario ma il Collegio non può decidere perché la Camera di consiglio è stata fissata per una data in cui il danno grave e irreparabile si è già verificato. Ciò può verificarsi, in casi rari, per un errore del Presidente nell'individuazione della data dell'udienza o, più in generale perché si ritiene di dover assicurare il rispetto dei termini a difesa ovvero perché non è fissata in calendario una Camera di consiglio immediatamente successiva a quella di scadenza dei predetti termini che permetta al Collegio di prendere una decisione e alla parte soccombente di proporre appello al Consiglio di Stato.

Il legislatore può decidere di prevedere che la decisione presidenziale in materia cautelare abbia una durata limitata e che sia destinata ad essere sostituita dal procedimento del Collegio. La legge, inoltre, in coerenza con questa scelta può stabilire che i decreti cautelari monocratici non siano impugnabili. Queste scelte, tuttavia, non possono limitare o anche solo impedire le possibilità di tutela cautelare che deve comunque essere altrimenti garantita mediante una decisione rapida quanto serve da parte del Collegio e la possibilità di appello contro questa davanti al Consiglio di Stato: il diritto di proporre appello in sede cautelare contro la decisione del giudice di primo grado tempestivamente ha costituito e costituisce ancora un elemento caratterizzante del sistema di giustizia amministrativa, in generale, e della tutela cautelare, in particolare. E tale diritto, nei casi in cui effettivamente ne ricorrano gli estremi, deve potere essere esercitato prima che il danno grave ed irreparabile si verifichi. Probabilmente, non

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sono molti i casi in cui tale esigenza sussiste effettivamente ma questo non rende meno importante la ricerca di una soluzione che garantisca l'esercizio del diritto secondo quanto sopra delineato e quindi con esclusione della soluzione della revoca o modifica del decreto cautelare da parte del Presidente come prospettato nel provvedimento commentato.

6. – Il punto da chiarire allora è se una tale possibilità sia contemplata nel sistema vigente.

Per fare ciò, la prima questione da affrontare riguarda il carattere inderogabile o meno del limite dell'abbreviazione alla metà dei termini con specifico riferimento alla problematica in esame relativa alla tutela cautelare e, in particolare, alla fissazione della data della Camera di consiglio da parte del Presidente nel decreto cautelare con cui provvede sulla richiesta di misure cautelari presidenziali dato che, in alcune fattispecie, il rispetto del limite della metà in sede di abbreviazione dei termini potrebbe risultare pregiudizievole per il diritto alla tutela giurisdizionale (15). Lo stesso problema si pone, a maggior ragione, nei casi in cui la Camera di consiglio non viene fissata o comunque non si tiene (16).

La prima considerazione da fare è che non si riscontra un divieto in proposito e che la conclusione che l'eventuale impossibilità di abbreviazione farebbe inevitabilmente sorgere non pochi dubbi di legittimità costituzionale per il fatto che, in relazione al giudizio cautelare, il bilanciamento tra principi costituzionali potenzialmente confliggenti non può essere fatto in termini astratti ma avendo di mira il rispetto del principio di ragionevolezza secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (17) e della verifica in concreto del modo migliore di tutelare e contemperare i diritti di tutte le parti e la ricerca di soluzioni che, in caso di conflitto, permettano di soddisfare tutte le esigenze, evitando il verificarsi di situazioni irreversibili che pregiudichino i diritti delle parti.

In relazione alla questione in esame la possibilità di raggiungere questo risultato esiste.

L'ordinamento non può escludere che in determinate fattispecie rendersi necessaria l'abbreviazione dei termini in misura superiore alla metà e, in casi molto gravi, persino *ad horas*. Per consentire una decisione del

---

(15) Si tornerà in seguito su questo punto, bastando, per adesso, avere evidenziato l'importanza della questione e rinviando la discussione su come conciliare gli opposti interessi del ricorrente e delle parti resistenti nel rispetto del principio di proporzionalità.

(16) Sul punto si veda anche il decreto del Presidente del CGA n. 345/2021.

(17) Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 146 del 2021.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Collegio è quindi necessario poter abbreviare i termini a difesa ma questo non significa che l'abbreviazione debba risolversi in una negazione completa del diritto al contradditorio e di quello di difesa. Un ragionevole contemperamento può essere rappresentato dal fatto che il Collegio può prendere una decisione urgente e fissi una successiva Camera di consiglio per la decisione sull'istanza cautelare nel rispetto dei termini ordinari.

L'ordinamento, del resto, già prevedeva una soluzione del genere per il caso di decisione sulla richiesta di tutela cautelare in una fattispecie di incompletezza del contraddittorio. Il legislatore, nella consapevolezza che la decisione sulla domanda cautelare è sempre urgente ha previsto (art. 27, 2 comma, c.p.a.) che il giudice che rilevi l'esigenza di integrazione del contraddittorio possa comunque emanare provvedimenti cautelari interinali (18).

Si tratta di una previsione che costituisce una chiara espressione di un principio generale che permette di contemperare ragionevolmente opposte esigenze di tutela di principi costituzionali di pari dignità evitando che la tutela dell'una prevalga sull'altra in modo irreparabile. Del resto se il giudice può provvedere addirittura in assenza di una o più delle parti a maggior ragione potrà farlo se le parti sono presenti e possono quindi prospettare le loro difese sia pure non in modo del tutto compiuto cosa che potranno comunque fare nella successiva udienza fissata nel rispetto dei termini.

La decisione del Collegio sarà assunta con ordinanza impugnabile davanti al Consiglio di Stato.

In questo modo si evita di vanificare completamente il principio del doppio grado di giurisdizione che da sempre ha ricevuto nel nostro ordinamento una particolare valorizzazione proprio in relazione alla tutela cautelare. La decisione sulla questione cautelare richiede la pronuncia del giudice di primo grado e anche del giudice di secondo grado. Ne deriva che nel decidere sulla richiesta di abbreviazione dei termini il giudice deve sempre considerare come parametro di riferimento quello della decisione del giudice d'appello e abbreviare i termini in misura tale da consentire che anche il Consiglio di Stato possa esprimersi sulla richiesta di misure cautelari e ciò, naturalmente, prima che il danno grave e irreparabile si verifichi (19).

---

(18) Dato che, nel caso considerato, non sussisterebbe il problema dell'assenza di una o più parti, l'adozione di una decisione provvisoria potrebbe essere subordinata ad una specifica richiesta della parte interessata.

(19) Discorso diverso è se si debba prendere come punto di riferimento la decisione presidenziale o quella collegiale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

7. – Resta da affrontare la questione della tutela nel caso che la Camera di consiglio non venga fissata oppure venga fissata tardivamente rispetto al momento in cui potrebbe verificarsi il lamentato danno grave e irreparabile.

L'illegittimità del provvedimento o anche del comportamento del giudice sono talmente evidenti da non richiedere alcuna ulteriore considerazione.

In questi casi non si può evidentemente negare la possibilità per il cittadino di rivolgersi al giudice d'appello e, nell'ambito dell'appello, anche di chiedere un provvedimento presidenziale. Ma l'impugnazione non avrebbe ad oggetto la decisione sui presupposti per la concessione della tutela cautelare ma la violazione dell'art. 55, comma 5, c.p.a. che impone la fissazione dell'udienza nella prima camera di consiglio successiva al decorso dei termini che, per quanto detto, devono essere abbreviati anche oltre la metà ove ciò risulti indispensabile in relazione al danno grave e irreparabile lamentato in giudizio.

8. – La conclusione cui si è pervenuti, pur nei limiti di una nota che non permettono una compiuta considerazione di tutti gli argomenti alcuni dei quali particolarmente complessi, è quella di spostare l'attenzione dalla questione dell'impugnabilità dei provvedimenti presidenziali monocratici a quella di trovare un adeguato rimedio alle situazioni in cui il provvedimento presidenziale può finire per produrre effetti definitivi in tal modo non solo pregiudicando la possibilità di proporre appello ma, nei casi più gravi, la stessa possibilità di avere almeno una decisione cautelare collegiale prima che il danno lamentato, che la misura cautelare dovrebbe impedire, si verifichi.

Se la legge attribuisce al decreto monocratico il carattere di un provvedimento provvisorio tale deve rimanere a garanzia del principio di collegialità. Inoltre si deve permettere che nei casi di estrema urgenza la decisione del Collegio, anche interinale, intervenga al più presto e possa essere impugnata davanti al Consiglio di Stato. Solo in questo modo il divieto di impugnare i decreti presidenziali può considerarsi legittimo, trasformandosi, altrimenti, in un vero e proprio divieto di proporre appello.

MARCO SICA
Professore ordinario nell'Università di Milano

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Corte di Cassazione, sez. I civ., ordinanza 26 aprile 2021, n. 10986

Pres. De Chiara – Rel. Campese

C. C. e altri c. P.S.C.F. e c. I.F.

L'ordinanza cautelare di sospensione della delibera assembleare di esclusione del socio dalla compagine sociale di una s.n.c. ex *art. 2287, comma 2°, c.c., ha natura conservativa, e non anticipatoria. Di talché, l'eventuale omessa instaurazione del giudizio di primo grado nel termine perentoriamente previsto dal legislatore, così come l'estinzione dello stesso, comportano la caducazione della pronuncia cautelare nel frattempo emessa* (massima non ufficiale).

(*Omissis*). *Ragioni della decisione* – 1. Il formulato motivo, rubricato «Violazione dell'art. 669 *novies*, comma 1°, c.p.c., ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c., per avere la corte d'appello rigettato la domanda di declaratoria di inefficacia dell'ordinanza cautelare d.d. 16 luglio 2009 di sospensione della delib. d.d. 10 aprile 2009 sulla base dell'erroneo postulato della sua natura anticipatoria», censura la decisione impugnata per aver condiviso la tesi della natura anticipatoria del provvedimento cautelare di sospensione della delib. assembleare di esclusione del socio, in quanto idonea ad assicurare l'essenza della tutela richiesta dal socio escluso rendendo perfino superflua la pronuncia di merito. Muovendo dall'assunto che una siffatta soluzione interpretativa «si pone in frontale contrasto con gli insegnamenti della giurisprudenza di codesta Suprema Corte, con le elaborazioni della dottrina più autorevole, oltreché con la volontà del recente legislatore», le diffuse argomentazioni dei ricorrenti sono volte essenzialmente a dimostrare che la misura cautelare suddetta, come tutte quelle sospensive, abbia natura «ontologicamente conservativa», cui consegue il mero, interinale «congelamento» della delib., mentre solo la pronuncia di merito definitiva può produrre la caducazione di essa e la sua espunzione dal mondo giuridico. Pertanto, neppure era esatto l'assunto della corte distrettuale circa l'equivalenza del risultato pratico della sospensione con l'accoglimento del *petitum* caducatorio dell'azione di merito. «Solo quest'ultimo, infatti, elimina gli effetti dell'eventuale esecuzione già avvenuta, impedendo, altresì, una reiterazione pedissequa della delib., se affetta dal medesimo vizio, opponibile con l'eccezione *ob rem judicatam*: efficacia preclusiva non predicabile, com'è ovvio, in relazione alla mera sospensione cautelare» (cfr. pag. 14 del ricorso). Di tale radicale diversità di effetti tra il provvedimento cautelare e la sentenza di merito la corte lagunare neppure si è avveduta allorquando ha considerato (cfr. *amplius*, pag. 7 della sentenza impugnata: «l'ordinanza in esame (...) ha rimosso l'efficacia del provvedimento impugnato che di tali facoltà privava (il socio), assicurando già in via provvisoria la pressoché totale soddisfazione delle sue aspettative. Gli ha cioè assicurato il nucleo essenziale della tutela richiesta, pur senza produrre la rimozione totale del provvedimento gravato») che il provvedimento di sospensione non spiega effetti costitutivi, essendo questa una prerogativa della pronuncia a cognizione piena. Si è così inequivocamente dato atto di una solo parziale identità di effetti tra il provvedimento cautelare e la (mancata) sentenza di merito, essendosi assunto che sia l'ordinanza di sospensione che la decisione di merito producono l'interruzione degli effetti della delib. Tuttavia, mentre l'efficacia del provvedimento cautelare si limita a ciò, unicamente la sentenza di merito determina la rimozione totale del provvedimento gravato, provocando l'eliminazione dal mondo giuridico, *ex tunc*, degli effetti medio tempore prodotti e con preclusione di eventuali sue reiterazioni pedisseque in virtù dell'*exceptio rei judicatae*: effetti, questi ultimi, che non conseguono in alcun modo alla mera sospensione interinale. (*Omissis*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2. La normativa di riferimento risulta essere quella di cui al combinato disposto dell'art. 669 *octies*, commi 6° ed 8°, c.p.c., e art. 669 *novies*, comma 1°, c.p.c., a tenore dei quali l'estinzione del giudizio di merito - che, in via di principio, determina l'inefficacia del provvedimento cautelare, *ex* art. 669 *novies*, comma 1°, c.p.c. - non comporta l'inefficacia, tra l'altro, dei «provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito» (art. 669 *octies*, commi 6° ed 8°, c.p.c.).

2.1. Fermo quanto precede, la descritta censura pone all'attenzione del Collegio il tema della natura «conservativa» o «anticipatoria» del provvedimento cautelare di sospensione della delib. assembleare di esclusione di un socio dalla compagine sociale. La questione s'incentra, in altri termini, sulla configurazione del provvedimento predetto, ossia se il medesimo abbia, o meno, efficacia anticipatoria degli effetti della futura sentenza di annullamento della delib. di esclusione.

2.2. La corrispondente problematica è stata già affrontata da questa Corte con l'ordinanza recentemente pronunciata da Cass. 7 ottobre 2019, n. 24939 - resa in fattispecie assolutamente speculare a quella odierna - nella quale si è ritenuto che «la tutela cautelare dei diritti fatti valere, in un giudizio di condanna o di accertamento costitutivo, si può concretare in una misura di salvaguardia dell'effetto esecutivo che ne può derivare, volto a rendere possibile la soggezione del debitore alla sanzione esecutiva, ma tale tutela cautelare non può generare l'effetto dichiarativo o la costituzione giudiziale di un diritto - effetto che certamente può derivare solo dalla sentenza - potendo risolversi nell'autorizzazione giudiziale a compiere atti di salvaguardia del diritto costituendo, che possono derivare da condanne accessorie alla statuizione di mero accertamento, o a quella costitutiva d'un determinato effetto giuridico».

2.3. Tale affermazione, qui pienamente condivisa e, dunque, da ribadirsi, ha preso le mosse dal rilievo che, con la riforma delle norme in tema di provvedimenti cautelari, come efficacemente rilevato in dottrina, è divenuta cruciale la distinzione, fino ad allora esclusivamente dogmatica, tra misure cautelari di carattere anticipatorio e di natura conservativa. Rientrano tra le prime, giusta l'art. 669 *octies*, comma 6°, c.p.c., i «provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700» e gli «altri provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio previsti dal codice civile o da leggi speciali», sostanzialmente, caratterizzati dal far operare in via provvisoria ed anticipata quegli effetti dell'*emananda* decisione di merito che, tardando, risulterebbero inefficaci o inattuabili, e dal potere avere una loro autonoma stabilità; le seconde, invece, ricomprendono i residui provvedimenti cautelari, vale a dire quelli conservativi ed in particolare i sequestri, tutti caratterizzati dall'intento di conservare integro uno stato di fatto in attesa ed allo scopo che su di esso il provvedimento principale possa in futuro esercitare i suoi effetti. Questi ultimi postulano necessariamente la successiva instaurazione del giudizio di merito.

2.4. Premessa la nota controvertibilità della questione, va osservato che il riferimento alla natura costitutiva della sentenza di annullamento della delib. di esclusione del socio costituisce, sul piano dogmatico, un parametro ontologico da cui muovere ogni argomentazione al riguardo.

2.4.1. È del tutto pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che l'annullamento della deliberazione assembleare di esclusione di un socio in esito ad opposizione proposta *ex* art. 2287, comma 2°, c.c., opera - in quanto ha natura costitutiva - *ex tunc*, ossia ricostituisce dalla pronuncia lo *status* di socio, ma con effetto retroattivo quanto alle conseguenze, in quanto comporta la reintegrazione del socio stesso nella sua posizione anteriore e nella pienezza dei diritti da essa derivati (cfr. Cass. n. 6829 del 2014; Cass. n. 16150 del 2000). È altresì noto che la sentenza costitutiva è insuscettibile di produrre effetto prima del passaggio in giudicato (cfr. Cass. n. 17311 del 2016; Cass. n. 10605 del 2016).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2.5. Muovendo da tale premessa, l'opinione dominante afferma che la tutela cautelare può essere utilizzata anche con strumentale preordinazione ai processi di mero accertamento e di accertamento costitutivo, ossia in settori dai quali l'esecuzione forzata è esclusa per definizione, ove però la misura di salvaguardia riguardi i capi della sentenza pronunciati su domande di condanna accessorie al mero accertamento o all'accertamento costitutivo, non rivestendo la sentenza di mero accertamento o d'accertamento costitutivo il carattere di titoli esecutivi.

2.5.1. In particolare, secondo autorevole dottrina, la tutela cautelare potrà considerarsi anticipatoria ai fini dell'art. 669 *octies* c.p.c. quando assicuri un risultato pratico analogo a quello della pronuncia finale.

2.5.1.1. Nella prospettiva dell'anticipazione del risultato pratico della domanda, si ritiene che i provvedimenti che sospendano l'esecuzione di delibere assunte (tutti inerenti a giudizi suscettibili di decisione con sentenze costitutive) a seconda delle varie ipotesi, dall'assemblea di una associazione (art. 23, comma 3°, c.c.), dai partecipanti ad una comunione (art. 1109, comma 2°, c.c.), dall'assemblea di un condominio (art. 1137, comma 2°, c.c.), dai componenti di una società di persone che intendano escludere un socio (art. 2287, comma 2°, c.c., che viene in rilievo nella fattispecie) presentino carattere anticipatorio. Secondo tale orientamento, infatti, considerato che il provvedimento di sospensione dell'efficacia dell'atto realizza, di norma, gli effetti pratici, lo scopo a cui è volto l'annullamento o la declaratoria di nullità, non sembrerebbe dubbio che alla sospensiva debba riconoscersi, ai fini che qui interessano, natura anticipatoria e che quindi goda del regime di stabilità di cui al nuovo art. 669 *octies* c.p.c. Nell'ambito del medesimo indirizzo, altra dottrina aderisce all'impostazione secondo cui è anticipatorio quel provvedimento cautelare che prevede, a carico della controparte, quegli stessi doveri di fare o di astenersi che ad essa saranno imposti dalla sentenza di merito. 2.5.2. Al contrario, partendo dal differente presupposto della non condivisibilità di una impostazione che faccia riferimento al risultato «pratico» conseguito dalla misura cautelare, diversa dottrina opina che, pur essendo indubbia l'idoneità della misura sospensiva ad «appagare» i condomini o i soci impugnanti, la sospensione degli effetti di una deliberazione condominiale o assembleare non può qualificarsi anticipatoria, essendo semplicemente preordinata ad evitare che l'esecuzione dell'atto impugnato determini modificazioni di fatto o diritto non più compiutamente eliminabili o rimediabili *ex post*. 2.5.2.1. Argomentando da tali premesse sistematiche, una parte della dottrina ha ritenuto che la sospensione della delib. assembleare è un provvedimento che non può anticipare gli effetti tipici della decisione di merito, atteso che questa è una sentenza costitutiva di annullamento *ex* art. 2908 c.c. Nella medesima prospettiva si pone quella decisione secondo cui l'anticipazione in via provvisoria, ai fini esecutivi, degli effetti discendenti da statuizioni condannatorie contenute in sentenze costitutive, non è consentita, essendo necessario il passaggio in giudicato, soltanto nei casi in cui la statuizione condannatoria è legata all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso sinallagmatico (come nel caso di condanna al pagamento del prezzo della compravendita nella sentenza costitutiva del contratto definitivo non concluso); è invece consentita quando la statuizione condannatoria è meramente dipendente dall'effetto costitutivo, essendo detta anticipazione compatibile con la produzione dell'effetto costitutivo nel momento temporale successivo del passaggio in giudicato (cfr. Cass. n. 28508 del 2018; Cass. n. 16737 del 2011; Cass., s.u., n. 4059 del 2010).

2.5.2.2. In altri termini, quello che si può anticipare - in via di provvisoria esecuzione della sentenza esecutiva di condanna o in via di tutela cautelare anticipatoria - sono solo gli effetti meramente dipendenti dall'effetto costituivo, ossia in qualche modo autonomi rispetto allo stesso, non gli effetti che sono diretta conseguenza dell'effetto costitutivo. Pertanto, relativamente alle sentenze costitutive, è possibile affermare che il bisogno di tutela urgente

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

riguarda non tanto la salvaguardia o l'anticipazione del provvedimento costitutivo in sé e per sé considerato, bensì l'adozione di una cautela con riferimento alla statuizione consequenziale alla pronuncia costitutiva. La tutela cautelare dei diritti fatti valere in un giudizio di condanna o di accertamento costitutivo si può concretare in una misura di salvaguardia dell'effetto esecutivo che ne può derivare, volto a rendere possibile la soggezione del debitore alla sanzione esecutiva. Una siffatta misura, dunque, non può generare l'effetto dichiarativo o la costituzione giudiziale di un diritto - effetto che certamente può derivare solo dalla sentenza - ma essa può risolversi tuttavia nell'autorizzazione giudiziale a compiere atti di salvaguardia del diritto costituendo, che possono derivare da condanne accessorie alla statuizione di mero accertamento, o a quella costitutiva di un determinato effetto giuridico.

2.5.3. Ebbene, il soggetto che agisce in via cautelare è certamente titolare di una situazione giuridica soggettiva a contenuto processuale che gli dà il diritto di perseguire la modificazione giuridica cui aspira sul piano sostanziale, che dovrebbe avere quale corollario quello di conseguire in via d'urgenza, non tanto l'effetto costitutivo, ma, piuttosto, la futura esecuzione della pronuncia accessoria. Al riguardo, tale interpretazione sistematica della normativa che disciplina le misure cautelari si raccorda al dato positivo che l'ordinamento consente iniziative di carattere conservativo per i diritti sottoposti a condizione e che la statuizione di natura costitutiva si profila come situazione assimilabile a quella disciplinata dall'art. 1356 c.c., almeno sul piano descrittivo.

2.5.4. Dovendosi accedere, pertanto, ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, *ex* art. 24 Cost., con la medesima *ratio* la dottrina afferma anche l'ammissibilità del provvedimento *ex* art. 700 c.p.c. relativamente alle statuizioni accessorie ad una pronuncia costitutiva.

2.6. Nel caso di specie, deve osservarsi che la sospensione della delib. di esclusione, se considerata avente come natura anticipatoria, anticiperebbe proprio l'effetto inscindibilmente collegato con la pronuncia costitutiva di annullamento, consistente nel ripristino della posizione di socio, che resterebbe definitiva in caso di mancata instaurazione del giudizio di merito o di sua estinzione, laddove tale effetto può essere prodotto solo ed esclusivamente dal passaggio in giudicato della sentenza costitutiva di annullamento della delib. di esclusione. Peraltro, l'equivalenza del «risultato pratico» della sospensione con l'accoglimento del *petitum* caducatorio dell'azione di merito nemmeno potrebbe considerarsi piena. Basti solo considerare che, come affatto condivisibilmente osservato dalla difesa dei ricorrenti, solo quest'ultimo «elimina gli effetti dell'eventuale esecuzione già avvenuta, impedendo, altresì, una reiterazione pedissequa della delib., se affetta dal medesimo vizio, opponibile con l'eccezione *ob rem judicatam*: efficacia preclusiva non predicabile, com'è ovvio, in relazione alla mera sospensione cautelare» (cfr. pag. 14 del ricorso). *Alteris verbis*, unicamente la sentenza di merito determina la rimozione totale del provvedimento gravato, provocando l'eliminazione dal mondo giuridico, *ex tunc*, degli effetti *medio tempore* prodotti e con preclusione di eventuali sue reiterazioni pedisseque, in virtù dell'*exceptio rei judicatae*: effetti, questi ultimi, che non conseguono in alcun modo alla mera sospensione interinale.

2.6.1. Deve ritenersi, allora, che esigenze sistematiche connesse al nesso di strumentalità che caratterizza tutti i provvedimenti cautelari, anche quelli anticipatori (benché in maniera attenuata), postulino che alla sospensione della delib. assembleare di esclusione del socio sia da ascrivere la mera finalità di evitare che la durata del processo possa incidere irreversibilmente sulla posizione del socio stesso, qualora, all'esito del giudizio, egli venga confermato tale (natura conservativa), consentendo un ripristino provvisorio del rapporto societario ed evitando che la posizione di socio venga ad essere definitivamente compromessa, non solo non percependo gli utili, ma anche e soprattutto non potendo influire - co-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sa ancora più evidente quando si tratti, come nel caso concreto, di società di persone - sull'amministrazione e gestione della società.

2.7. Diversamente, adottando l'interpretazione estensiva che riconosce natura anticipatoria ai provvedimenti che attribuiscano subito anche solo il «risultato pratico» del provvedimento, la strumentalità attenuata finisce per diventare la regola, valevole per la quasi totalità dei provvedimenti cautelari, previsti dal codice di procedura civile, dal codice civile e dalle leggi speciali, mentre la strumentalità piena, propria dei provvedimenti conservativi, si ridurrebbe ad una eccezione, caratterizzando sostanzialmente solo le misure riconducibili allo schema del sequestro. Una tale interpretazione, però, nella sua assolutezza ricostruttiva, non sembra armonizzarsi con i principi sistematici concernenti la natura costitutiva delle sentenze inerenti ai giudizi in cui sono emessi, come nel caso concreto, provvedimenti di sospensione dell'efficacia delle delibere societarie di esclusione del socio di società di persone. Né, inoltre, potrebbe sottacersi che: i) l'ordinanza sospensiva, ove pure suscettibile di sopravvivere all'estinzione del giudizio di merito in funzione del quale è stata ottenuta, mai potrebbe offrire un punto fermo nei rapporti tra società e soci, tali da consentire alle parti di rinunciare ad instaurare e proseguire la causa di annullamento fino alla sua tipica conclusione di merito; ii) l'annullamento di una delib. assembleare può essere promosso solo entro un determinato lasso di tempo, sicché, ove estinto il giudizio di merito, il provvedimento di sospensione eventualmente reso rimarrebbe in vita, ma non vi sarebbe più possibilità di dare impulso all'iter destinato a sfociare nella statuizione di merito, non potendo certo a ciò provvedere la società con un'azione di accertamento negativo - non di un diritto, bensì - di un mero potere di impugnativa processuale. Si verificherebbe, cioè, che la sospensiva diverrebbe definitiva e non esposta ad alcun ulteriore possibile sindacato in sede di cognizione ordinaria e piena, con frontale violazione del disposto dell'art. 669 *octies*, u.c., c.p.c.; iii) la sopravvivenza *sine die* di un provvedimento meramente interinale cagionerebbe un persistente dubbio sulla validità/invalidità della delib. impugnata e sospesa, destinato a protrarsi per un tempo assolutamente indefinito, con irreparabile pregiudizio della certezza dei rapporti giuridici costituente un valore cardine del nostro ordinamento.

2.8. Ne consegue, allora, che come si legge nella già menzionata Cass. n. 24939 del 2019, «l'estinzione del giudizio di merito non può determinare la produzione in via definitiva dell'effetto costitutivo dipendente dal giudicato; ciò in quanto il provvedimento cautelare sospensivo dell'efficacia della delib. di esclusione del socio di s.n.c. non può avere contenuto anticipatorio della sentenza costitutiva - che, sola, accerta i presupposti legittimanti l'esclusione del socio dalla compagine societaria, producendo, in caso d'accoglimento, la produzione dell'effetto modificativo dell'assetto societario - poiché esplica un'efficacia interinale ontologicamente coincidente al contenuto della sentenza e non riveste, dunque, i caratteri di una pronuncia accessoria diretta a salvaguardare gli effetti esecutivi discendenti dalla (*emananda*) medesima sentenza costitutiva».

2.8.1. In altri termini, ritiene il Collegio di dover ribadire che la natura costitutiva della sentenza impedisca un'anticipazione degli effetti suscettibile di divenire definitiva *ex* art. 669 *octies*, commi 6° ed 8°, c.p.c., sicché, nella specie, va affermato il seguente principio di diritto: «La sospensione della delib. assembleare di esclusione del socio, disposta in via cautelare, ha natura conservativa, mirando ad evitare attraverso un ripristino provvisorio del rapporto societario che impedisca che i diritti del socio vengano ad essere definitivamente compromessi, non percependo eventuali utili, né potendo influire, ove si tratti di società di persone, sulla sua amministrazione e gestione - che la durata del processo possa incidere irreversibilmente sulla posizione del socio stesso. Ne consegue che, ove il giudizio di merito concernente l'impugnazione di quella delib. si estingua, il provvedimento predetto perde la sua efficacia». (*Omissis*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'ordinanza di sospensione della delibera di esclusione del socio

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione esamina e ricostruisce la fattispecie della sospensione della delibera di esclusione del socio di società di persone, indicando quale sia la natura ed il conseguente regime processuale dell'ordinanza che la dispone. Riconosciuta la funzione cautelare del provvedimento all'esame, il collegio analizza le sue possibili diverse qualificazioni, come anticipatorio o conservativo, tenendo conto del sistema complessivo di tutela costitutiva in cui esso si inserisce. Non si tratta, all'evidenza, di questione meramente classificatoria, bensì determinante per individuare il regime processuale applicabile all'ordinanza, con particolare riferimento al profilo della sua strumentalità piena o attenuata rispetto al giudizio di merito in cui si deciderà sulla legittimità dell'esclusione dalla compagine sociale.

La Cassazione conclude per il carattere conservativo dell'ordinanza, e per la conseguente piena strumentalità rispetto al giudizio di merito, che dovrà quindi sempre essere non solo tempestivamente instaurato ma anche diligentemente coltivato, pena l'inefficacia del provvedimento di sospensione. Viene così dato seguito ad un orientamento già manifestatosi in altra recente pronuncia di legittimità (1), ma tutt'altro che pacifico in dottrina.

2. – Procedendo con ordine, pare opportuno evidenziare i tratti fondamentali della questione posta dal caso di specie (2). L'art. 2287, comma 2°, c.c., stabilisce che entro trenta giorni dalla comunicazione della delibera di esclusione il socio estromesso può fare opposizione dinanzi al tribunale, che può sospendere la delibera opposta. Il provvedimento di annullamento della delibera di esclusione reso all'esito dell'opposizione riveste, per opinione consolidata, carattere di sentenza costitutiva, e va a ricostituire lo *status* di socio con efficacia retroattiva, reintegrando il socio stesso nella

(1) Il riferimento va a Cass. 7 ottobre 2019, n. 24939, in *www.judicium.it*, 11 maggio 2020, con nota critica di U. Corea, *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione: cala il sipario sul* référé *all'italiana*.

(2) Quanto alla vicenda processuale, il Tribunale di Venezia, investito di un'istanza per declaratoria di inefficacia dell'ordinanza di sospensione della delibera di esclusione del socio, aveva disatteso la richiesta ritenendo inapplicabile l'art. 669 *novies*, comma 1°, c.p.c. ad una misura anticipatoria e quindi svincolata dal giudizio di merito. Lo stesso principio era stato poi ribadito dalla Corte d'Appello di Venezia, che aveva nella sostanza confermato la decisione di primo grado e quindi asserito la perdurante efficacia dell'ordinanza di sospensione della delibera, anche se non seguita da opposizione di merito.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sua posizione anteriore e nella pienezza dei diritti da essa derivanti. In quanto tale, tuttavia, esso produce i menzionati effetti solo dal momento del suo passaggio in giudicato (3).

L'ordinanza di sospensione della delibera svolge quindi un'evidente funzione di cautela, mirando ad evitare che il socio possa vedere pregiudicati in via irreparabile i propri diritti nel tempo occorrente per ottenere l'annullamento della delibera di esclusione con decisione passata in giudicato. Questa semplice considerazione porta, secondo l'opinione preferibile (4), ad annoverare tale provvedimento fra le misure cautelari e quindi ad assoggettarlo al rito cautelare uniforme. Riconosciuta tale natura diventa, quindi, rilevante stabilire se si tratti di una misura anticipatoria ovvero conservativa, e ciò per un duplice ordine di motivi: in primo luogo per verificare la compatibilità del rimedio con la tutela costitutiva a cui deve raccordarsi, e secondariamente per individuare le norme procedimentali che lo disciplinano.

È noto come la distinzione fra misure anticipatorie e misure conservative sia stata nitidamente esplicitata da Calamandrei (5), il quale per vero si esprimeva in termini di provvedimenti innovativi e conservativi. I primi destinati ad «operare, in via provvisoria e anticipata, quegli effetti costitutivi e innovativi, che potrebbero diventare, se differiti, inefficaci o inattuabili»; i secondi a «conservare uno stato di fatto, in attesa ed allo scopo che su di esso possa il provvedimento principale esercitare i suoi effetti».

Nel tempo la distinzione è stata mantenuta ed accettata dalla dottrina processualcivilistica, che sostanzialmente converge sulla definizione classica di tutela cautelare conservativa, fornendo al contempo una lettura più articolata della nozione di tutela cautelare anticipatoria. Il profilo è diventato senz'altro più rilevante dopo la riforma di cui alla l. 14 maggio 2005, n. 80, che ha semplificato il regime processuale previsto per le misure cautelari

---

(3) Cass. 24 marzo 2014, n. 6829; Cass. 22 dicembre 2000, n. 16150, in motivazione; Cass. 28 maggio 1993, in *Giur. it.* 1993, I, 1, 2246.

(4) Vale a dire l'opinione secondo la quale per la qualificazione come cautelare di una misura risulta essere decisiva la sua funzione di prevenzione del *periculum in mora* da tardività o infruttuosità, piuttosto che la sua necessaria strumentalità strutturale rispetto al provvedimento di merito: sul punto, diffusamente, A. Saletti, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in Aa.Vv., *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, 5ª ed., Padova 2015, 635; E. Merlin, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino 1996, 428; E. Vullo, *Dei procedimenti cautelari in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna 2017, 225.

(5) P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, 26 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

anticipatorie, differenziandole in modo netto, quanto alla necessità di instaurazione del giudizio di merito, dalle misure conservative (6): attualmente, infatti, tutte le misure dirette ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, comprese quelle previste dal codice civile o da leggi speciali, godono di un'efficacia svincolata dall'instaurazione del corrispondente giudizio a cognizione piena. Secondo parte della dottrina, il regime più snello attribuito alle misure anticipatorie sarebbe sintomatico di una volontà legislativa deflattiva e semplificatoria: quando la parte possa ritenersi soddisfatta da una tutela che, nonostante sia priva di autorità in altro processo, gli fa conseguire un risultato corrispondente sul piano pratico a quello che avrebbe potuto ottenere grazie alla pronuncia di merito non vi sarebbe motivo di imporre tempi e spese di una cognizione piena (7). In questa prospettiva andrebbe accolta una definizione più ampia di anticipatorietà, estesa alle misure che precorrono non solo il pieno contenuto della pronuncia di merito, ma anche alcuni soltanto dei suoi effetti, ivi compresi quelli pratici (8). Secondo altra ricostruzione, l'anticipatorietà della misura cautelare andrebbe valutata con riferimento agli effetti esecutivi che le sono propri: così, sarebbero anticipatori i provvedimenti che anticipano la tutela esecutiva che conseguirebbe alla sentenza di accoglimento della domanda nel merito, ponendo a carico della controparte un medesimo obbligo di comportamento (9). Ma queste tesi più ampie non sono unanimemente condivise, non mancando voci che restringono la categoria ai soli provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti tipici e propri della decisione di merito (10).

---

(6) Per vero, il regime di strumentalità attenuata è previsto oggi in favore di misure anche conservative, quale la denunzia di nuova opera e, più in generale, di tutti i provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c., siano essi conservativi o anticipatori: per questa ricostruzione A. Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in Aa.Vv., *Il processo cautelare*, cit., 288 ss.; C. Mandrioli – A. Carratta, *Diritto processuale civile*, 27ª ed., Torino 2019, IV, 300, nt. 62.

(7) A. Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., 295, sottolinea come l'anticipazione degli effetti debba essere valutata in una prospettiva non meramente soggettiva, e quindi relativa alla soddisfazione personale del ricorrente in via cautelare, ma oggettiva, di obiettiva anticipazione di effetti praticamente corrispondenti a quelli della decisione di merito.

(8) Già molto prima della riforma del 2005 si era autorevolmente sostenuto in dottrina che, al di là dell'apparenza riscontrabile in alcune fattispecie regolate dalla legge, le misure cautelari non potrebbero mai anticipare il contenuto della sentenza di merito, bensì solo «porre in essere un regolamento di rapporti che corrisponda a quello che risulterà dall'attuazione del diritto fatto valere dall'attore ... o anticipare alcuni degli effetti che da tale situazione discenderanno». Così, A. Attardi, *Diritto processuale civile*, I, 2ª ed., Padova 1997, 139.

(9) F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 11ª ed., Milano 2021, IV, 226 s.

(10) G. Arieta, *Le cautele. Il processo cautelare*, in L. Montesano – G. Arieta, *Trattato di*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È chiaro che, in un simile quadro, chi sposa la tesi più rigorosa non può che escludere la pronuncia di provvedimenti anticipatori a cautela di decisioni di merito costitutive: l'effetto di costituzione, modifica o estinzione di un rapporto giuridico, infatti, non può mai essere anticipato, essendo subordinato non solo alla pronuncia della sentenza di merito, ma addirittura al suo passaggio in giudicato. Chi invece accoglie una concezione evolutiva dell'anticipazione e ne amplia quindi i confini, se anche non giunge ad ammettere l'anticipazione dell'effetto costitutivo, riconosce che sia comunque possibile ottenere in via cautelare «utilità più circoscritte di quelle proprie del giudicato costitutivo» (11): in particolare, potrebbero essere utilmente anticipati gli effetti meramente dipendenti dall'effetto costitutivo, ma non quelli che siano diretta conseguenza dell'effetto costitutivo stesso e ad esso legati in via sinallagmatica (12).

3. – L'ordinanza di sospensione della delibera di esclusione del socio si inserisce, come accennato, in un contesto analogo a quello da ultimo delineato: le opinioni circa il suo contenuto e la sua natura sono quindi influenzate dalle soluzioni accolte circa la compatibilità fra tutela cautelare anticipatoria e tutela di merito costitutiva.

In dottrina l'opinione dominante riconosce, sia pure con diverse sfumature di intensità, all'ordinanza di sospensione carattere di anticipatorietà: anticipazione di effetti pratici (13) o di effetti esecutivi (14), che varrebbero ad annoverare tale provvedimento fra quelli destinati a godere del regime di strumentalità attenuata.

Di diverso avviso è, tuttavia, la giurisprudenza nel cui solco si colloca il provvedimento all'esame. Secondo la Cassazione, infatti, l'ordinanza di sospensione non può anticipare gli effetti costitutivi della sentenza di annullamento, che non potrebbero mai prodursi in via provvisoria. Essa genera un effetto pratico solo parzialmente equivalente a quello della decisione di

---

diritto processuale civile, 2ª ed., Padova 2011, XI, 29; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Bari 2019, III, 315.

(11) C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino 2019, I, 221.

(12) Diffusamente sul punto, L. Dittrich, *I provvedimenti d'urgenza* ex *art. 700 c.p.c.*, in Aa.Vv., *Il processo cautelare*, cit., 275 ss., che evidenzia il parallelismo con l'analoga questione dell'esecutorietà dei capi condannatori che accedono a pronunce costitutive.

(13) A. Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., 293 ss.; A. Proto Pisani, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.* 2016, V, 58; U. Corea, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Torino 2008, 216 ss.; L. Querzola, *La tutela anticipatoria tra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna 2006, 215 ss.

(14) F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 228 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

merito, nella parte in cui ripristina temporaneamente il rapporto societario in favore del soggetto escluso. Ciò, tuttavia, non vale, nella accezione restrittiva accolta dalla Corte, a qualificare il provvedimento come anticipatorio, perché se così fosse l'ordinanza di sospensione dovrebbe godere del regime di strumentalità attenuata, ed in ipotesi di mancata instaurazione tempestiva del giudizio di merito finirebbe per produrre indefinitamente i suoi effetti. Ciò urterebbe, in primo luogo, contro l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici societari, per il cui rispetto la stessa azione di annullamento della delibera è assoggettata ad un termine di esercizio di trenta giorni. Inoltre, sarebbe molto difficile ipotizzare a vantaggio della società un'azione di accertamento negativo sul potere di impugnativa processuale del socio escluso, e non si avrebbero quindi altre sedi per pronunce a cognizione piena sul rapporto giuridico fra le parti: questo finirebbe per attribuire all'ordinanza cautelare una efficacia ed una incontrovertibilità incompatibili con la sua natura, in aperto contrasto con il disposto dell'art. 669 *octies*, ult. cpv., c.p.c. Per evitare che ciò accada, secondo la Corte vi è un'unica soluzione, quella di qualificare la sospensione della delibera di esclusione come misura conservativa, determinando così il suo assoggettamento al regime di strumentalità piena proprio di tali provvedimenti.

4. – Le conclusioni a cui giunge la Corte non convincono pienamente. Nella sua motivazione, la Cassazione dà l'impressione di fare in qualche modo tornare i conti, mescolando i termini e l'ordine logico delle questioni da esaminare. Giustificare la natura conservativa dell'ordinanza di sospensione non è agevole: non si ci si trova, qui, di fronte ad un provvedimento che mira a conservare lo stato di fatto (che è quello di un soggetto escluso dalla compagine sociale) per garantire che il provvedimento di merito, una volta intervenuto, possa produrre utilmente i suoi effetti. La forzatura si evidenzia quando la corte afferma che l'ordinanza di sospensione produce «un ripristino provvisorio del rapporto societario che impedisce che i diritti del socio vengano ad essere definitivamente compromessi» nelle more del giudizio di merito: quel ripristino del rapporto è proprio uno degli effetti tipici della pronuncia costitutiva di annullamento, che si va quindi ad anticipare, almeno sul piano pratico, con la misura cautelare. La sospensione può, certo, perseguire una funzione *lato sensu* conservativa, ma la sua struttura pare innegabilmente anticipatoria (15). Sono, in buona

(15) Per considerazioni analoghe, con riferimento alle inibitorie provvisorie, F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova 1983, 196 s.; E. Vullo, *Dei procedimenti cautelari in generale*, cit., 223, nt. 38.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sostanza, le esigenze di salvaguardia del sistema complessivo della tutela costitutiva a far escludere che la sospensione possa sopravvivere *ad libitum* indipendentemente dalla proposizione del giudizio di merito; e per ottenere questo risultato si è disposti ad allargare le maglie della tutela cautelare conservativa e a restringere, indebitamente, quelle della tutela cautelare anticipatoria.

Per preservare la tenuta del sistema, tuttavia, si potrebbe tentare di seguire un'altra strada, che rispetti l'inquadramento come anticipatoria dell'ordinanza in esame. La sospensione della delibera di esclusione del socio è misura prevista dal codice civile: come tale, per il suo assoggettamento al rito cautelare uniforme, deve essere superato un duplice livello di controlli. Ai sensi dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., infatti, le disposizioni comuni al procedimento cautelare si applicano alle misure estranee al codice di rito «in quanto compatibili»; ciò implica che il provvedimento considerato deve in primo luogo essere classificabile come cautelare, ed in secondo luogo presentare una compatibilità per struttura e funzione con la disciplina cautelare unitaria. Quanto al primo profilo sembrano non esserci difficoltà: la sospensione della delibera di esclusione del socio, come già evidenziato, assolve senza dubbio ad una funzione cautelare, ovviando in via provvisoria ad un *periculum* da tardività e rispettando il canone della strumentalità funzionale rispetto al giudizio di merito.

Appurato ciò, occorre valutare se le norme sul rito cautelare uniforme, in particolare quelle relative alle misure anticipatorie, siano «compatibili» con lo strumento sospensivo Per fare questo, tuttavia, bisogna preliminarmente intendersi sul modo di operare della clausola di compatibilità *in subiecta materia*: la sua interpretazione, infatti, è tutt'altro che pacifica in dottrina. Fra le diverse soluzioni prospettate, la più corretta pare quella che tratteggia la clausola di compatibilità come uno strumento di salvaguardia del principio di specialità (16), destinato a limitare l'applicazione delle singole (17) norme generali sul rito cautelare uniforme quando esse

---

(16) Secondo una prima ricostruzione, avanzata da A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 376, la clausola di compatibilità avrebbe invece la funzione di derogare al principio per cui *lex posterior generalis non derogat priori specialis*: la nuova disciplina - generale - cautelare finirebbe in quest'ottica per prevalere su tutte le previgenti disposizioni speciali contenute nel codice civile o in leggi speciali, determinandone in buona sostanza un'abrogazione implicita. Tale interpretazione, tuttavia, non appare condivisibile, perché contraria proprio alla scelta legislativa di introdurre un vaglio di compatibilità: se avesse voluto derogare al principio di specialità il riformatore del 1990 ben avrebbe potuto dichiarare espressamente l'abrogazione di tutte le precedenti disposizioni speciali e la loro sostituzione *tout court* con quelle del nuovo rito cautelare uniforme.

(17) Diversa è la posizione di chi afferma che la valutazione di compatibilità non possa

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

entrino in conflitto con la disciplina speciale previgente: il procedimento comune trova, quindi applicazione per i profili non espressamente disciplinati dalla normativa speciale, in un'ottica di integrazione omogenea di eventuali lacune (18). E il conflitto non deve essere inteso in senso stretto fra singole disposizioni, ma in senso ampio, come contrasto con i principi sottesi al sistema speciale di tutela giurisdizionale nel quale la misura cautelare considerata si inserisce (19). Si parla, al riguardo di «incompatibilità *iuris*», ad indicare che il raffronto non va limitato ai due enunciati normativi (quello speciale e quello generale uniforme) ma va esteso anche ai principi sottostanti: occorre spingersi ad indagare le motivazioni di politica legislativa ed i valori sottesi all'ambito di tutela giurisdizionale in cui la misura cautelare si inserisce, per verificare la compatibilità delle disposizioni processuali generali con il sistema complessivo di tutela proprio del diritto cautelando (20).

Utilizzando questi parametri, si può osservare che l'ordinanza di sospensione della delibera di esclusione del socio, provvedimento cautelare a natura anticipatoria, si inserisce in un quadro complessivo di tutela giurisdizionale costitutiva che presenta connotati ben precisi. Solo la sentenza di merito passata in giudicato può produrre l'effetto costitutivo di ricostituzione dello *status* di socio e può fornire un'incontrovertibile certezza ed una definitiva definizione circa i rapporti fra il socio medesimo e la società. Sarebbe contrario al sistema far conseguire il medesimo risultato ad un provvedimento interinale, laddove nemmeno la sentenza costitutiva potrebbe produrlo prima del suo passaggio giudicato. La sospensione cautelare non può che anticipare in via provvisoria alcuni effetti, ma è inidonea, a nostro avviso, a stabilizzarli ove non si giunga alla pronuncia di merito. Il regime della strumentalità attenuata è quindi in effetti inapplicabile a questa misura, ma non già perché essa sia conservativa, bensì perché non può essere superato il vaglio di compatibilità.

---

essere condotta rispetto alle singole norme sul rito cautelare uniforme, bensì avendo a riguardo la disciplina comune nel suo complesso: così S. Chiarloni, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla Novella del processo civile*, in questa *Rivista* 1991, 673; G. Frus, in Aa.Vv., *La riforma del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, cit., 793 ss.; C. Mandrioli – A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., 282.

(18) A. Saletti, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, cit., 642, ove ulteriori esaustivi approfondimenti; A. Carratta, in Aa.Vv., *I procedimenti cautelari*, a cura di A. Carratta, Bologna 2013, 112; G. Verde, *Diritto processuale civile*, IV, Bologna 2010, 45.

(19) C. Consolo, in C. Consolo – F.P. Luiso – B. Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 727.

(20) F. Tommaseo, *Variazioni sulla clausola di compatibilità*, in questa *Rivista* 1993, 704 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

5. – In conclusione, la sospensione della delibera di esclusione del socio ha natura cautelare e anticipatoria in senso ampio, il che varrebbe a renderle in astratto applicabili le norme sul rito cautelare uniforme. Fra queste, tuttavia, per ragioni di incompatibilità *iuris* con il sistema della tutela costitutiva di annullamento, devono essere escluse le previsioni di cui all'art. 669 *octies*, comma 6° e 8°, c.p.c. L'ordinanza che dispone la sospensione resta, pertanto assoggettata, in punto di inefficacia, alle disposizioni che l'art. 669 *novies*, comma 1°, c.p.c., pone per le misure sottoposte al regime di strumentalità piena: queste ultime, infatti, nella parte in cui impongono l'instaurazione e la coltivazione del giudizio di merito sono pienamente armonizzate e compatibili con il sistema di tutela costitutiva in cui il provvedimento cautelare sospensivo si inserisce, ed anzi ne garantiscono la tenuta. La parte che abbia ottenuto la sospensione dovrà quindi intraprendere e proseguire il giudizio di opposizione alla delibera di esclusione del socio, sino alla pronuncia della sentenza: essa soltanto, con il suo passaggio in giudicato, potrà produrre l'effetto ricostitutivo dello *status* sociale e consolidare gli altri effetti, anche quelli di portata pratica, da esso dipendenti. Nel quadro normativo attuale [21] non sembrano, al contrario, ancora maturi i tempi per una stabilizzazione degli effetti della tutela sospensiva anticipatoria al di fuori del giudizio di merito.

TERESA SALVIONI
Ricercatore nell'Università di Milano

[21] Il legislatore, peraltro, si è di recente orientato in senso espressamente contrario alla stabilizzazione degli effetti del provvedimento di sospensione su materia per certi profili affine, come quella della sospensione della delibera condominiale impugnata ai sensi dell'art. 1137, ultimo comma, c.p.c.: nel testo modificato dalla l. 11 dicembre 2012, n. 220, infatti, tale provvedimento è assoggettato al rito cautelare uniforme, con esplicita esclusione dell'art. 669 *octies* c.p.c.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Corte di Cassazione, sez. un. civ., sentenza 10 marzo 2022 n. 7877

Pres. Spirito – Rel. M. Di Marzio

F.D. e altri c. G.S.

Il reclamo avverso il provvedimento sull'estinzione del processo esecutivo previsto dall'art. 630, comma 3°, c.p.c. introduce un autonomo giudizio di cognizione e pertanto non è soggetto all'obbligo di deposito in forma telematica (massima non ufficiale).

(Omissis). Ragioni della decisione. – 10. – Il ricorso contiene tre mezzi. (*Omissis*).

10.3. - Il terzo mezzo denuncia: «violazione e (o) falsa applicazione dell'art. 630, comma 3° e art. 178, commi 3°, 4° e 5°, c.p.c., art. 16 *bis*, comma 2°, d.l. n. 179 del 2012, artt. 121 e 156, commi 1° e 3°, c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c. L'impugnata sentenza, in violazione dell'art. 630 c.p.c., comma 3° e 178, commi 3°, 4° e 5°, c.p.c., afferma che il reclamo avverso l'ordinanza che dichiara l'estinzione del processo esecutivo introduce una fase incidentale di nuovo giudizio di cognizione, con la conseguenza che la presentazione in forma telematica sarebbe meramente facoltativa, anziché obbligatoria. Il reclamo ... avverso l'ordinanza che dichiara l'estinzione del processo esecutivo, invece, ha natura di atto endoprocedimentale prosecutorio del processo, con il corollario che la sottoscrizione e la trasmissione con modalità telematiche sono obbligatorie. L'art. 16 *bis*, comma 2° impone la creazione e la sottoscrizione dell'atto con modalità telematiche, con la conseguenza che il reclamo redatto e sottoscritto in forma cartacea, privo della necessaria sottoscrizione con la firma digitale, è da considerarsi giuridicamente inesistente, con conseguente insanabilità del vizio. L'impugnata sentenza ha erroneamente ritenuto sanato il vizio dell'inesistenza dell'atto di reclamo».

11. - La terza sezione ha ritenuto che quest'ultimo motivo ponesse una questione di massima di particolare importanza.

L'ordinanza che ha rimesso gli atti al Primo Presidente, richiamato il testo dell'articolo 16 *bis* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni in l. 17 dicembre 2012, ha in breve posto un duplice quesito, e cioè: a) se il reclamo di cui al comma 3° dell'articolo 630 c.p.c. abbia o meno natura di atto endoprocessuale; b) per l'ipotesi di risposta affermativa al primo interrogativo, quali siano le conseguenze del deposito cartaceo dell'atto, come nella specie, in luogo di quello telematico.

12. - Il ricorso va respinto.

13. - Ha priorità logica l'esame del terzo motivo, che ha determinato la rimessione della causa alle Sezioni Unite.

13.1. - L'art. 16 *bis* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, sotto la rubrica: «Obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali», stabilisce al comma 1°, per quanto qui interessa, che: «... nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, innanzi al tribunale, il deposito degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite ha luogo esclusivamente con modalità telematiche, nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici...».

Il comma 2° della stessa disposizione aggiunge che: «Nei processi esecutivi di cui al libro III del codice di procedura civile la disposizione di cui al comma 1 si applica successivamente al deposito dell'atto con cui inizia l'esecuzione...».

13.2. - Il comma 1° citato, nello stabilire che «il deposito degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite ha luogo esclusivamente con modalità telematiche», fissa la regola dell'obbligatorietà del deposito telematico degli atti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

comunemente definiti come endoprocessuali, mentre per le parti non precedentemente costituite vale – lasciando da parte le disposizioni sul deposito telematico dettate per far fronte alla pandemia, e fintanto che non entrerà in vigore la riforma in corso del codice di rito – la regola dell'alternatività, a scelta dell'interessato, tra il deposito telematico e quello cartaceo, in forza dello stesso art. 16 *bis*, comma 1° bis, secondo cui: «Nell'ambito dei procedimenti civili, contenziosi e di volontaria giurisdizione innanzi ai tribunali e... alle corti di appello è sempre ammesso il deposito telematico di ogni atto diverso da quelli previsti dal comma 1°».

13.3. - Al fine di individuare gli atti c.d. endoprocessuali, «nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, innanzi al tribunale», la norma, al comma 1, distingue a seconda che «le parti», munite del difensore, siano o meno «precedentemente costituite».

13.3.1. - La costituzione in giudizio, non definita dal codice di rito, ma menzionata anzitutto agli articoli 165 e 166 c.p.c., è – intesa nel significato suo proprio – atto formale mediante il quale, per mezzo degli adempimenti di volta in volta richiesti, si concretizza il rapporto tra la parte che si costituisce ed il giudice, allo scopo di rendere possibile il dispiegamento del contraddittorio, di regola, per l'intero corso del grado.

La parte che non si costituisce, e che cioè non pone in essere la formalità necessaria e sufficiente per determinare la propria presenza legale nel processo, secondo quanto stabilisce l'art. 171, comma 3°, c.p.c. è dichiarata contumace.

La costituzione in giudizio, così come espressamente disciplinata dal codice di rito, è dunque formalità collegata alla contumacia, e che non trova perciò applicazione laddove non sia prevista dalla legge e non sia correlativamente contemplato il procedimento in contumacia.

13.3.2. - Tale osservazione induce a ritenere che l'espressione «parti precedentemente costituite», contenuta nell'art. 16 *bis*, comma 1°, non possa essere intesa come riferita soltanto alla nozione di costituzione in giudizio in senso tecnico cui si è appena accennato.

Ciò è reso manifesto dalla considerazione che il comma 1° della disposizione definisce il proprio ambito di applicazione circoscrivendolo ai «procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione». Quest'ultima dicitura, peraltro imprecisa, giacché sembra supporre, con la disgiuntiva «o», che i procedimenti di volontaria giurisdizione abbiano perciò stesso natura non contenziosa, il che certo non è, testimonia che la costituzione cui la norma allude non può essere quella in mancanza della quale si determina la contumacia della parte non costituita, dal momento che una simile nozione di costituzione, prima indicata, non si attaglia, per certo, tra gli altri, ai procedimenti volontari, tanto più se non contenziosi.

13.3.3. - A rincalzo, merita aggiungere che l'art. 16 *bis*, nel suo complesso, reca, oltre alla previsione di portata generale del comma 1°, ulteriori disposizioni concernenti i «processi esecutivi», nei quali il deposito telematico «si applica successivamente al deposito dell'atto con cui inizia l'esecuzione» (comma 2°), le «procedure concorsuali», nelle quali il deposito telematico è obbligatorio esclusivamente per l'organo che gestisce la procedura (comma 3°), i «procedimenti giudiziali diretti all'apertura delle procedure concorsuali» (comma 4° *bis*).

Ma, se si leggesse il comma 1° nel senso che esso recepisce la nozione di costituzione in senso tecnico, e lo si coniugasse con le previsioni degli ulteriori commi ora richiamati, si finirebbe per ammettere che l'art. 16 *bis* nulla dispone quanto al deposito telematico in una larga parte di procedimenti anche contenziosi disciplinati dal codice di procedura civile, che non prevedono specificamente l'adempimento della costituzione – basti pensare, a mero titolo di esempio, che nessuna disciplina della costituzione il codice di rito detta per i procedimenti cautelari, e che non può discorrersi di una costituzione del ricorrente in monitorio, come pure nel giudizio di legittimità, attesa la sua connotazione officiosa che non contempla la contuma-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cia dell'intimato – e neppure sono riconducibili al ristretto ambito coperto da dette previsioni aggiuntive, concernenti le esecuzioni e le procedure concorsuali.

13.3.4. - Con l'espressione «parti precedentemente costituite», il comma 1° dell'art. 16 *bis* si riferisce non soltanto all'atto di costituzione nel senso indicato, dalla cui omissione discende la contumacia, nelle ipotesi in cui la costituzione sia prevista, ma anche, più in generale, alla acquisizione della veste di parte in senso formale nel procedimento incardinato dinanzi al giudice adito, veste che, almeno in senso lato, compete a ciascuna parte in qualunque procedimento destinato a svolgersi dinanzi al tribunale.

Ai sensi della disposizione dettata dal comma 1° dell'art. 16 *bis*, una volta che le parti sono entrate in contatto con il giudice, a mezzo del loro primo atto, che può a discrezione delle medesime essere depositato telematica mente o in cartaceo, ogni deposito successivo deve essere ormai obbligatoriamente telematico, fintanto che il rapporto parti-giudice non debba essere nuovamente instaurato, o perché la parte non è più la stessa, o perché non è più lo stesso il giudice.

14. - Le considerazioni fino ad ora svolte rilevano ai fini della soluzione del quesito se il reclamo di cui al comma 3° dell'art. 630 c.p.c., esiga o meno il deposito telematico.

14.1. - L'art. 630, comma 3°, c.p.c., stabilisce che: «Contro l'ordinanza che dichiara l'estinzione ovvero rigetta l'eccezione relativa è ammesso reclamo da parte del debitore o del creditore pignorante ovvero degli altri creditori intervenuti nel termine perentorio di venti giorni dall'udienza o dalla comunicazione dell'ordinanza e con l'osservanza delle forme di cui all'art. 178, comma 3°, 4° e 5°. Il collegio provvede in camera di consiglio con sentenza».

Il rinvio all'art. 178 c.p.c., comma 3° è da ascriversi ad un difetto di coordinamento. L'inciso «da parte del debitore o del creditore pignorante ovvero degli altri creditori intervenuti nel termine perentorio di venti giorni dall'udienza o dalla comunicazione dell'ordinanza e» è stato inserito nella norma dall'articolo 2, comma 3°, lettera e), del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni in l. 14 maggio 2005, n. 80. Il che taglia fuori il comma 3° dell'art. 178 c.p.c. secondo cui: «Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni, decorrente dalla pronuncia della ordinanza se avvenuta in udienza, o altrimenti decorrente dalla comunicazione dell'ordinanza medesima».

Rimangono invece vivi i rinvii ai commi 4°, secondo cui: «Il reclamo è presentato con semplice dichiarazione nel verbale d'udienza, o con ricorso al giudice istruttore», e 5°, secondo cui: «Se il reclamo è presentato in udienza, il giudice assegna nella stessa udienza, ove le parti lo richiedano, il termine per la comunicazione di una memoria, e quello successivo per la comunicazione di una replica. Se il reclamo è proposto con ricorso, questo è comunicato a mezzo della cancelleria alle altre parti, insieme con decreto, in calce, del giudice istruttore, che assegna un termine per la comunicazione dell'eventuale memoria di risposta. Scaduti tali termini, il collegio provvede entro i quindici giorni successivi».

È appena il caso di osservare che il reclamo di cui all'art. 630 c.p.c., comma 3°, è sopravvissuto alla novella introdotta dal d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, che attribuisce la competenza per le cause di esecuzione forzata al giudice dell'esecuzione in funzione di giudice unico, in combinazione con l'art. 178, comma 2°, c.p.c. a norma del quale l'ordinanza del giudice istruttore che non operi in funzione di giudice unico quando dichiara l'estinzione del processo è impugnabile dalle parti con reclamo immediato al collegio (Cass. 1° luglio 2005, n. 14096).

14.2. - Si tratta di un procedimento peculiare sia per le modalità di proposizione, sia per la previsione della decisione con sentenza, appellabile secondo le regole generali, siccome la legge non lo esclude (sull'appellabilità, oltre a Cass. 1° luglio 2005, n. 14096, v. Cass. 18 luglio 2018, n. 19102; Cass. 30 gennaio 2018, n. 2185; Cass. 18 luglio 2016, n. 14646).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Questa Corte ha già avuto modo di prendere posizione sulla natura di detto rimedio, osservando che, attraverso esso, «è assicurato un controllo sistemico del provvedimento di estinzione, al quale deve essere riconosciuta struttura cognitiva, che, per questa ragione, si conclude con una sentenza, contro la quale è consentito il normale regime delle impugnazioni costituito dall'appello. Quando la parte che vi ha interesse chiede una decisione sull'estinzione del processo esecutivo e propone reclamo contro l'ordinanza che dichiara l'estinzione o rigetta la relativa eccezione ..., il reclamo apre un giudizio sul contrapposto interesse sostanziale dei creditori e del debitore a conseguire il risultato utile dell'espropriazione ovvero a riottenere la libera disponibilità dei beni pignorati o di quanto è stato ricavato dalla loro espropriazione, come si ricava dalle norme che regolano gli effetti dell'estinzione del processo esecutivo» (così la citata Cass. 1° luglio 2005, n. 14096).

14.3. - Trattandosi di procedimento di natura cognitiva, e che dunque si colloca al di fuori dei «processi esecutivi di cui al libro III del codice di procedura civile», cui si riferisce il comma 2° dell'art. 16 *bis*, il regime del deposito telematico va desunto dalla regola generale posta dal comma 1° della disposizione.

E, attesa la natura cognitiva del procedimento, che si dipana sullo sfondo dell'esecuzione forzata, ma del tutto al di fuori di essa, palesando una chiara natura impugnatoria - ché, se esso non è proposto nei termini previsti, la decisione già adottata in punto di estinzione si stabilizza - tale da determinare una netta cesura tra la fase esecutiva e quella cognitiva, deve aversi per certo che la proposizione del reclamo in discorso non sia riconducibile al novero degli atti endoprocessuali.

Ed invero, posto che la nozione di costituzione, cui si riferisce l'art. 16 *bis*, è nella specie evidentemente fuori gioco, e considerato che non vi è una immutazione delle parti, occorre però constatare che, per effetto del reclamo, si instaura una nuova relazione parti-giudice, tale ricondurre il reclamo medesimo al novero degli atti introduttivi sottratti alla disciplina dell'obbligatorio deposito telematico.

Val quanto dire che, al momento del reclamo, il rapporto tra le parti ed il giudice chiamato a decidere su di esso non si è ancora instaurato, atteso che lo stesso, pur rivolto al giudice dell'esecuzione, è tuttavia deciso dal collegio ai sensi dell'art. 630, comma 3° (Cass. 19 febbraio 2003, n. 2500): è solo col reclamo, dunque, che il reclamante entra per la prima volta in contatto col collegio.

In conclusione il reclamo di cui all'art. 630 c.p.c., comma 3°, non è atto c.d. endoprocessuale soggetto alla disciplina dell'obbligatorio deposito telematico.

14.4. - Il che sta in definitiva a significare che il reclamo è stato correttamente depositato in cartaceo, sicché non occorre soffermarsi sull'ulteriore questione, indicata nell'ordinanza di rimessione, delle implicazioni del deposito cartaceo degli atti endoprocessuali. (*Omissis*).

Il reclamo *ex* art. 630, comma 3°, c.p.c.: natura e modalità di deposito

1. – La questione della natura dei procedimenti bifasici, caratterizzati da eventuali «appendici» o «subprocedimenti» previsti per consentire il riesame del provvedimento già emesso, non è nuova alla giurisprudenza (in particolare, a quella di merito) che l'ha affrontata anche nell'ottica dell'in-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dividuazione delle modalità di deposito (telematico o cartaceo) dei relativi atti introduttivi (1).

Nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 7877 del 10 marzo 2022 (2), essa ha quindi ha trovato ulteriore e maggiore sviluppo con specifico riferimento al reclamo dell'art. 630, comma 3°, c.p.c. avverso l'ordinanza estintiva dell'esecuzione.

La vicenda di fatto che ha costituito occasione di tale riflessione è, invero, di immediata esplicazione.

Avverso un'ordinanza dichiarativa dell'estinzione di una procedura esecutiva, è proposto reclamo *ex* art. 630, comma 3°, c.p.c., quindi depositato in cancelleria con modalità cartacee. Il reclamo è accolto e il provvedimento di estinzione revocato.

In sede di appello è però eccepita l'inammissibilità del reclamo perché non depositato telematicamente e la Corte d'appello, respingendo l'impugnazione, fissa il principio per cui: «Sebbene il reclamo abbia natura di atto endoprocessuale, esso instaura una fase incidentale di cognizione nell'ambito del processo di esecuzione, in tal modo introducendo un nuovo procedimento che viene autonomamente iscritto a ruolo. Di conseguenza deve ritenersi che per tale tipologia di atto la sua presentazione in forma telematica sia facoltativa [...] In ogni caso, in assenza di una espressa comminatoria di inammissibilità ed in base al principio di conservazione degli atti nulli, la relativa nullità è sanata dal raggiungimento dello scopo dell'atto, posto che il reclamo, sebbene espresso in forma cartacea, ha parimenti consentito la regolare instaurazione del contraddittorio».

Investita la Corte di Cassazione, con ordinanza interlocutoria della terza Sezione del 21 luglio 2021 (3) il ricorso è trasmesso ai fini della sua assegnazione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma 2°, c.p.c.

---

(1) Oltre al reclamo *ex* art. 630, comma 3°, c.p.c., oggetto della pronuncia in esame, può prendersi ad esempio quello cautelare *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c., l'atto introduttivo del procedimento *ex* art. 703, comma 4°, c.p.c. ovvero il ricorso in opposizione previsto dal rito Fornero (art. 1, comma 51°, l. n. 92/2012), considerato, peraltro, anche dall'ordinanza interlocutoria; v. *infra*.

(2) C. Briguglio, *La natura cognitiva ed impugnatoria del procedimento di reclamo contro l'ordinanza declaratoria di estinzione* ex *art. 630, comma 3 c.p.c.*, in *www.giustiziacivile.com* 2022; S. Matteini Chiari, *Il reclamo di cui all'art. 630, comma 3, c.p.c. non è atto endoprocessuale soggetto alla disciplina dell'obbligatorio deposito telematico*, in *www.ilprocessocivile.it* 2022; M. Summa, *Le Sezioni Unite si esprimono sulla natura – endoprocessuale o meno – del reclamo* ex *art. 630, comma 3, c.p.c.*, in *Diritto & Giustizia* 2022, 1.

(3) Con commento di A. Villa, *Esecuzione immobiliare: il reclamo al Collegio può considerarsi atto introduttivo di un autonomo procedimento? La parola alle Sezioni Unite*, in *Diritto & Giustizia* 2021, 8.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

perché considerato relativo a questione di «massima di particolare importanza», soprattutto se rapportata al dato della mancanza di chiare indicazioni in punto di conseguenze del deposito compiuto con modalità diverse da quelle dovute e, quindi, di sanabilità di eventuali profili di nullità.

2. – Sono due le tematiche che l'ordinanza interlocutoria ha quindi sottoposto all'esercizio nomofilattico. Da un lato, quella della natura del reclamo di cui all'art. 630, comma 3°, c.p.c., al fine di stabilire – per poi trarne le dovute conseguenze in punto di regole di deposito – se questo debba intendersi quale atto introduttivo di un autonomo procedimento contenzioso, ovvero come atto interno ad un procedimento esecutivo già iniziato. Dall'altro, e con particolare accento, quella delle conseguenze sulla validità degli atti di modalità di deposito diverse da quelle normativamente prescritte.

Sul primo dei segnalati profili, la Sezione rimettente si arresta innanzi alla considerazione dell'insufficienza dei precedenti indicati come richiamabili.

Il principio che il ricorso in opposizione allo stato passivo possa essere depositato in forma cartacea (4) è infatti ritenuto non appagante, soprattutto se si valuta che l'art. 16 *bis*, comma 3°, d.l. n. 179/2012 si limita, con riferimento alle procedure concorsuali, a prevedere il deposito telematico «esclusivamente» per gli atti e i documenti «del curatore, del commissario giudiziale, del liquidatore, del commissario liquidatore e del commissario straordinario», senza tuttavia offrire alcuna indicazione sui criteri da applicare per individuare quali tali atti siano; differentemente da come, invece, non faccia con il suo comma 1° e con il riferimento in esso contenuto a quelli endoprocessuali (quelli, cioè, dei «difensori delle parti precedentemente costituite») destinati ai «procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione» (5).

Parimenti, valore non dirimente è attribuito agli arresti formatisi in punto di modalità di deposito del ricorso in opposizione previsto dal rito c.d. Fornero, per il quale di recente la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione (6) ha in effetti aperto a quello in forma cartacea. Verosimilmente, anche in ragione del noto dibattito sulla consistenza dei rapporti

(4) In questi termini, cfr. Cass. 17 luglio 2019, n. 19151.

(5) Salvo a volere ritenere che proprio l'assenza di una regola di delimitazione debba servire a sostegno dell'idea che tutti gli atti (e non solo alcuni di questi) siano da depositare telematicamente se riferibili agli organi delle procedure come dettagliati dalla stessa disposizione; il che, però, smentirebbe proprio il precedente di legittimità preso a riferimento.

(6) Cass. 31 gennaio 2019, n. 2930.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tra primo grado sommario e giudizio di opposizione (7), che invero già da qualche anno appare però sedato.

Dal 2014, infatti, le Sezioni Unite (8), nell'alternativa tra procedimento «bifasico-monoprocessuale» e «bifasico-biprocessuale», hanno aderito alla prima ricostruzione, così concludendo nel senso che il giudizio sommario e l'opposizione rappresentano fasi con diversa gradazione di cognizione ma comunque proprie di un unico giudizio di primo grado.

Nella ricostruzione della Corte, infatti, «dopo una fase iniziale concentrata e deformalizzata», e comunque a carattere non già cautelare atteso che «la sommarietà riguarda [...] le caratteristiche dell'istruttoria, senza che ad essa si ricolleghi una sommarietà della cognizione del Giudice, né l'instabilità del provvedimento finale»,«[...]il procedimento si riespande, nella fase dell'opposizione, alla dimensione ordinaria della cognizione piena» attraverso tutti gli «atti di istruzione ammissibili e rilevanti».

L'opposizione, quindi, non rileva come grado diverso rispetto alla prima fase sommaria, ma solo come semplice prosecuzione di questa. In ciò si coglie la ragione della negatoria del suo valore impugnatorio (9) nonché, per quanto di maggiore interesse per i propositi di questo scritto,

---

(7) Solo a titolo esemplificativo, v. G. Ficarella, *Il rapporto tra la fase sommaria e il giudizio di opposizione nel rito Fornero nella elaborazione giurisprudenziale*, in *LavoroDirittiEuropa* 2022, 1 ss.; D. Dalfino, *Tutela cautelare d'urgenza («ante causam») e decadenza per l'impugnazione dell'atto datoriale*, in *Foro it.* 2021, I, 69 ss.; Id., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: sul rapporto tra procedimento sommario, opposizione e mezzi di impugnazione*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.* 2015, 391 ss.; Id., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: aggiornamento*, *ivi* 2014, 3 ss.; Id., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: le questioni ancora aperte*, *ivi* 2014, 397 ss.; F. Rondina, *Sulla possibilità di unificare le due fasi del giudizio di primo grado assoggettato al rito Fornero e riflessi sugli strumenti di impugnazione*, in *Lav. e prev. oggi* 2019, 195 ss.; E. Vullo, *Il c.d. «Rito Fornero» in materia di impugnativa dei licenziamenti tra dato normativo e interpretazione*, in *Riv. giur. sarda* 2018, 145 ss.; M. Cirulli, *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, in *Riv. it. dir. lav.* 2017, 443 ss.; V. Petrella, *Fase di opposizione del c.d. «rito Fornero» e preclusioni*, in questa *Rivista* 2017, 297 ss.; F.M. Giorgi, *Rito Fornero: esame critico degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra le due fasi del primo grado, con sguardo finale all'interferenza del rito fallimentare*, in *www.judicium.it* 2016; M. De Cristofaro, G. Gioia, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *www.judicium.it*, 2012.

(8) Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19674, seguita, *ex multis*, da Cass. 20 novembre 2014, n. 24790; Cass., 17 febbraio 2015, n. 3136; Cass. 16 aprile 2015, n. 7782; Cass. 30 settembre 2016, n. 19552; Cass. 21 novembre 2017, n. 27655; Cass. 6 settembre 2018, n. 21720; Cass. 31 gennaio 2019, n. 2930.

(9) Si valuti in questo senso che «l'oggetto della seconda fase del rito non è circoscritto alla cognizione di *errores in procedendo* o *in iudicando* eventualmente commessi dal giudice della prima fase» (Cass. 26 febbraio 2016, n. 3836) poiché con la stessa possono essere «dedotte circostanze di fatto ed allegati argomenti giuridici anche differenti da quelli già dedotti nonché prove ulteriori, anche alla luce della pressoché totale assenza di preclusioni e decadenze per le parti» (Cass. 17 luglio 2015, n. 15066).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la conclusione della sua qualificabilità come atto endoprocessuale ai fini della sottrazione alla regola del deposito esclusivamente telematico di cui all'art. 16 *bis* d.l. n. 179/2012.

In relazione al secondo profilo, vale a dire quello della sanabilità dell'eventuale nullità derivante dal ricorso a modalità di deposito diverse da quelle normativamente indicate, ancora maggiore è l'anelito della Sezione rimettente ad una pronuncia a definizione del tema.

In questo senso, infatti, sembra potersi intendere l'auspicio all'enunciazione di un principio riferibile, «se non in generale» all'applicazione degli artt. 121 e 156, comma 3°, c.p.c. nel contesto del processo telematico, quantomeno alla più ridotta problematica del reclamo *ex* art. 630 c.p.c.

Che anche tale appello sia rimasto inascoltato è invece aspetto diverso, che si avrà però modo di affrontare. Si proceda, quindi, con ordine.

3. – Innanzitutto, le Sezioni Unite si impegnano nella ricostruzione – invero, abbastanza immediata – del quadro normativo rilevante.

Come noto, è l'art. 16 *bis* d.l. n. 179/2012 a valere come disposizione generale nell'ottica della individuazione dell'estensione dell'obbligo del deposito telematico degli atti processuali.

In particolare, nel caso è da considerare il combinato tra i suoi primi due commi. Il primo, infatti, fissa la regola del deposito esclusivamente telematico degli atti e dei documenti ad opera dei difensori delle parti precedentemente costituite in procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione innanzi al tribunale (10). Il secondo, invece, con riferi-

---

(10) Esula dal presente lavoro – perché *ratione temporis* non direttamente rilevante ai fini della individuazione delle norme applicabili alla fattispecie – l'esame della legislazione emergenziale da Covid-19 in tema di deposito, che ha costituito anche occasione per una più rapida implementazione dei propositi di informatizzazione del sistema. Per un maggiore approfondimento, v. – senza pretesa di completezza – G. Fichera, E. Escriva, *Le quattro fasi del processo civile al tempo della pandemia*, in *www.judicium.it* 2021; U. Corea, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia civile ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria*; N. Giallongo, A. Proto Pisani, *Brevi note su costituzione e provvedimenti conseguenti alla epidemia da coronavirus*; A. Mengali, *Brevi riflessioni in tema di sospensione dei termini nei processi esecutivi all'interno della disciplina speciale dettata per l'emergenza covid-19*; A. Panzarola, M. Farina, *Il diritto processuale civile e la emergenza covid-19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*; F. Santagada, *La sorte dei termini di prescrizione e decadenza nella legislazione emergenziale covid_19*, tutte in *www.judicium.it* 2020; A. Briguglio, *Novità sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, in *www.giustiziacivile.com* 2020; L. Piccolo, E. Fabiani, *La giustizia civile nell'era dell'emergenza epidemiologica*, in *Giusto proc. civ.* 2020, 1027 ss.

Si consideri, in ogni caso, che, di recente, l'art. 16, commi 1° e 2°, d.l. n. 228/2021 ha

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mento ai procedimenti esecutivi, rinvia al primo chiarendone l'applicabilità «successivamente al deposito dell'atto con cui inizia l'esecuzione» (11).

Ciò posto, il passaggio successivo e necessario è evidentemente quello volto all'inquadramento del rimedio *ex* art. 630, comma 3°, c.p.c., sì da potere poi valutare rispetto a questo l'estensione della regola del deposito telematico.

Come noto, la norma prevede la possibilità di proporre reclamo (12) avverso l'ordinanza che dichiara l'estinzione ovvero che rigetta la relativa eccezione (13). In ogni caso, innanzi al collegio (14), che sul medesimo

---

prorogato fino al 31 dicembre 2022 l'efficacia delle norme processuali introdotte durante la pandemia; tra queste, per quanto appare più contiguo all'oggetto del presente lavoro, anche quelle relative all'obbligo del deposito telematico di tutti gli atti (pure introduttivi) e documenti e alla possibilità di deposito telematico degli atti e dei documenti da parte degli avvocati nei procedimenti civili innanzi alla Corte di Cassazione.

(11) *Amplius* sul tema, v. i contributi di F. Cossignani, D. Longo, G. Marmiroli, A. Perin, C. Rizza, in *Il processo civile telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, Milano 2019, spec. 839 ss. Se si vuole, A.L. Bonafine *Il procedimento esecutivo telematico*, in *La nuova esecuzione forzata*, a cura di C. Delle Donne, Bologna 2017, 1017 ss.

(12) Stante il rinvio all'art. 178, commi 4° e 5°, c.p.c., il reclamo può essere proposto con dichiarazione nel verbale di udienza o con ricorso e, nel primo caso, su richiesta delle parti è concesso termine per lo scambio di una memoria e di una replica. Il richiamo al comma 3°, invece, deve ritenersi il frutto di un difetto di coordinamento, in quanto superato dalla precisa regola temporale di proposizione introdotta direttamente nel corpo dell'art. 630, comma 3°, c.p.c. con il d.l. n. 35/2005; sul tema v. A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova 2019, spec. 2498 ss.

(13) Con riferimento al campo applicativo del reclamo, rileva – in particolare – pure la questione dell'utilizzabilità nei casi di estinzione c.d. atipica. Il principio della sua inammissibilità per disponibilità del solo rimedio *ex* art. 617 c.p.c. ha trovato conferma anche di recente nella giurisprudenza di legittimità: v. Cass. 6 aprile 2022, n. 11241 (con nota di B. Limongi, in *www.judicium.it* 2022) e Cass. 18 marzo 2022, n. 8905, che hanno altresì escluso la possibilità che, ove comunque proposto, il reclamo possa convertirsi nella predetta opposizione, attesa la mancanza dei necessari requisiti di sostanza e di forma, in ragione del mancato svolgimento della preliminare fase sommaria prevista dall'art. 617, comma 2°, c.p.c., senza la quale non è possibile l'instaurazione del giudizio a cognizione piena.

(14) Il punto, peraltro, non è stato sempre pacifico. Esso non è certamente affrontabile esaustivamente in questa sede e comunque esorbita l'oggetto del presente scritto. Al solo fine di ricostruire, sommariamente, i termini del discorso, però, si consideri che l'idea che sul reclamo dovesse provvedere il giudice dell'esecuzione come giudice singolo era stata inizialmente proposta (cfr. A. Saletti, *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1992, 452) sulla scorta della considerazione delle modifiche introdotte dalla l. n. 353/1990. Da questa, infatti, è uscito inciso l'art. 178, comma 2°, c.p.c. (richiamato dall'art. 630 c.p.c.), che stabilisce l'impugnabilità con il reclamo innanzi al collegio solo delle ordinanze rese dal giudice istruttore che non operi in funzione di giudice unico e l'art. 48 r.d. n. 12/1941 (ord. giud.), che ora prevede – fuori dalle ipotesi di necessaria collegialità – che il giudice dell'esecuzione decide «in funzione di giudice unico con tutti i poteri del collegio». In altri termini, poiché dopo la predetta riforma il giudice dell'esecuzione, quale giudice unico, ha tutti i poteri del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pronuncia in camera di consiglio e con sentenza appellabile *ex* art. 130 disp. att. c.p.c. (15).

Quanto alla natura del procedimento, erano state inizialmente prospettate due alternative ricostruzioni (16).

La prima, attingeva alla logica del processo esecutivo come disciplinato antecedentemente al codice del 1940, in cui gli «istituti del controllo» erano distinti in «giudizi» e «gravami» esecutivi. Gli uni, erano veri e propri processi di cognizione e si risolvevano, quindi, nelle opposizioni. Gli altri, invece, erano strumenti che si svolgevano «nell'interno del processo di esecuzione» e finalizzati ad ottenere «la modificazione (riforma) del provvedimento esecutivo» (17).

Tra questi, in effetti, era annoverato anche il reclamo avverso l'ordinanza in materia di estinzione cui – al di là del riconoscimento di una natura impugnatoria (18) o comunque oppositoria (19) – si attribuiva valore

---

collegio, l'affermazione della competenza di questo sul reclamo sarebbe stata sostanzialmente il frutto di un difetto di coordinamento. In ottica contraria (e ormai assolutamente dominante), si è però osservato che la competenza del collegio è da confermare, in quanto da ricollegare alla regola generale dell'art. 50 *bis* c.p.c., che a questo – come noto – comunque riserva le pronunce in camera di consiglio secondo gli schemi degli artt. 737 ss. c.p.c. Esattamente come quella prevista e richiesta in sede di reclamo *ex* art. 630 c.p.c. Cfr. A. Romano, *Note minime in tema di ordinanza di estinzione del processo esecutivo per rinuncia agli atti, reclamo contro la medesima ed accertamento incidentale della proprietà del bene pignorato*, in *Giur. merito* 2008, 81; B. Sassani, G. Miccolis, C. Perago, *L'esecuzione forzata. Lezioni*, aggiornamento a cura di C. Delle Donne, Torino, 2013, 153; v. anche L. Iannicelli, *Note sull'estinzione del processo esecutivo*, Salerno 2004, 172 ss., cui si rimanda pure per un maggiore approfondimento della tematica, oltre che per ulteriori riferimenti.

(15) L'art. 130 disp. att. c.p.c. è stato interpretato dalla Cassazione (Cass., sez. un., 8 ottobre 2013, n. 22848; v. anche Cass. 18 luglio 2016, n. 14646) nel senso che l'appello dal medesimo previsto è retto dal rito camerale sin dalla sua proposizione, che quindi deve avvenire con ricorso (entro i termini di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c.). Critiche a tale conclusione sono state espresse da B. Brunelli, *Rimeditazioni delle sezioni unite in ordine alla forma e alla tempestività dell'impugnazione della sentenza collegiale di estinzione del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 769 ss., che ha evidenziato come manchi l'appoggio testuale ad una ricostruzione diversa da quella che nella norma legga la previsione dell'appello con forme ordinarie, ma con fase decisoria mancante della pubblica udienza di discussione, atteso che l'art. 130 «parla di *giudizio di appello* in cui il collegio *provvede*, cioè *decide*, in camera di consiglio e non già di *procedimento* che si svolge in camera di consiglio».

(16) *Amplius*, L. Iannicelli, *Note*, cit., 161 ss.

(17) Cfr. F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, I, Padova 1929, 322.

(18) V. G. Martinetto, *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, Milano 1963, 239.

(19) Cfr. P. Lotti, *Il reclamo. Il sistema di controllo processuale dei decreti e delle ordinanze giudiziali*, Milano 2002, 249, che al collegio, quindi, affida il compito di decidere la questione pronunciando su un rimedio che si pone «alla stregua di una qualsiasi richiesta di revoca» e così giustifica anche la mancanza di un meccanismo che, al pari di quello di cui

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di parentesi cognitiva incidentale al procedimento esecutivo (20). Dunque, un atto endoprocessuale (con le ovvie conseguenze che sarebbe stato possibile oggi trarre in punto di modalità telematiche del deposito) di apertura di un subprocedimento sottoposto agli schemi semplificati della camera di consiglio (21).

La seconda, invece, valorizzando il contradditorio garantito e la forma della sentenza per la decisione (condizioni tipicamente non proprie delle attribuzioni del giudice dell'esecuzione), ha concluso per la natura cognitiva autonoma e impugnatoria del reclamo (22).

In effetti, già da tempo anche la Cassazione (richiamata dalle Sezioni Unite) ha chiarito che l'art. 630 c.p.c. garantisce un controllo sul provvedimento di estinzione che ha «struttura cognitiva» (23) e contenziosa, atteso che esso «apre un giudizio sul contrapposto interesse sostanziale dei creditori e del debitore a conseguire il risultato utile dell'espropriazione ovvero a riottenere la libera disponibilità dei beni pignorati o di quanto è stato ricavato dalla loro espropriazione» (24).

Assunta tale natura «cognitiva» e contenziosa, da essa si ricava pure la struttura autonoma e impugnatoria del reclamo.

Che il reclamo di cui all'art. 630 c.p.c. segni una «netta cesura» (per usare le parole delle Sezioni Unite) con la fase esecutiva, d'altronde, è da

---

all'art. 669 *terdecies*, comma 2°, c.p.c., espressamente impedisca al giudice che ha emanato il provvedimento di far parte del collegio chiamato ad esaminare il medesimo in sede di reclamo.

(20) Sul tema, v. C. Consolo, *Ammissibilità del reclamo contro l'ordinanza del giudice dell'esecuzione dichiarativa dell'estinzione per rinuncia agli atti*, in *Nuove leggi civi. comm.* 1982, 968, nota 16; cfr. pure A. Saletti, *Processo esecutivo e prescrizione*, Milano 1992, 258, nota 220.

(21) Cfr. Trib. Napoli 6 giugno 2002, in *Giur. napoletana* 2003, 280. V. anche Cass. 19 dicembre 1989, n. 5684, che, per l'ipotesi di eccezione di estinzione del processo esecutivo per inattività delle parti, ha escluso – proprio argomentando nel senso che ad essa non conseguirebbe un processo strutturalmente autonomo rispetto al processo esecutivo – la necessità di procedere ad iscrizione a ruolo, ancorché di ufficio.

(22) Cfr. R. Oriani, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli 1987, 38, nota 96; Id., *Il processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, 351.

(23) Cass. 1° luglio 2005, n. 14096. Nello stesso senso, già Cass. 15 giugno 1978, n. 2983, in F. Vigorito, *Le opposizioni esecutive*, Milano 2002, 630.

(24) Sulla natura cognitiva del reclamo cfr., in via solo esemplificativa, B. Sassani, G. Miccolis, C. Perago, *L'esecuzione forzata*, cit., 153; G. Fanelli, sub *art. 630 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, VII.1, Padova 2013, 511; A. Crivelli, *Esecuzione forza e processo esecutivo*, III, Padova 2012, 1673; Fontana, S. Romeo, *Il nuovo processo di esecuzione*, Padova 2010, 1164 ss. In senso contrario alla natura contenziosa, invece, v. M. Montanaro, *L'estinzione della procedura esecutiva ai sensi dell'art. 567, 4° co., c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.* 2012, 448 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tempo affermato dalla giurisprudenza di legittimità, che in più occasioni ne ha evidenziato la strutturale autonomia rispetto a questa (25).

Parimenti, la valenza impugnatoria si ricava dalla considerazione per cui anche nel reclamo latamente inteso (e quindi pure in quello di cui all'art. 630 c.p.c.) sono rintracciabili «i segni caratteristici che identificano i mezzi per impugnare le sentenze in quanto lo scopo del reclamo è, da un punto di vista strettamente procedimentale, quello di eliminare un provvedimento del giudice e in quanto l'interesse al reclamo implica l'accertamento di un pregiudizio [...] così come lo implica l'interesse a impugnare la sentenza» (26).

E, d'altro canto, proprio il novero dei soggetti legittimati alla proposizione di quello in esame dimostra che attraverso di esso sono veicolati e fatti valere contrapposti interessi, in ogni caso lamentati come erroneamente incisi dal provvedimento sull'estinzione dell'esecuzione, la cui legittimità il collegio è pertanto chiamato a verificare.

Né sembra costituire ostacolo alla esposta conclusione il fatto che manchi una regola di incompatibilità espressa fissata alla composizione del collegio sul modello dell'art. 669 *terdecies*, comma 2°, c.p.c.

Poiché infatti tale limitazione risponde ad una regola generale che vuole garantita la terzietà e l'imparzialità del giudice nell'esercizio della «funzione sovrana», essa dovrebbe ritenersi applicabile alle dinamiche dell'art. 630 c.p.c. automaticamente e a prescindere da un'espressa enunciazione (27).

Piuttosto, è utile evidenziare le conseguenze che da tale impostazione si possono trarre in punto di carattere solo rescindente o non anche rescissorio del reclamo-impugnazione.

Alla tesi della autonomia strutturale tra processo esecutivo e giudizio di reclamo, in altri termini, segue l'effetto solo rescindente della pronuncia del collegio.

Così, esemplificativamente, se è evidente che laddove il reclamo venga accolto per erronea dichiarazione di estinzione, il procedimento non possa che proseguire innanzi al giudice dell'esecuzione (ferma l'appellabilità della sentenza collegiale), parimenti, nell'ipotesi in cui la sentenza di reclamo annulli l'ordinanza che abbia rigettato l'eccezione di estinzione, essa comun-

---

(25) Solo a titolo esemplificativo, v. Cass. 16 giugno 2003, n. 9624; Cass. 11 giugno 2008, n. 15463; Cass. 4 settembre 2012, n. 14812; più di recente, anche App. Catanzaro, 10 ottobre 2019, n. 1941, in *www.dejure.it*.

(26) G. Giannozzi, voce *Reclamo (Diritto Processuale Civile)*, in *Noviss. Dig.*, XIV, Torino 1957, 1066.

(27) B. Sassani, G. Miccolis, C. Perago, *L'esecuzione forzata*, cit., 153. Sul tema cfr. A. Tedoldi, *Esecuzione forzata*, Pisa 2021, 792.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

que non potrebbe dichiarare estinto il procedimento esecutivo, spettando piuttosto sempre al giudice dell'esecuzione l'adozione dei conseguenti provvedimenti; ad esempio, quelli di cui agli artt. 562 e 632 c.p.c. (28).

Se, alla luce di quanto detto, il rimedio previsto dall'art. 630 c.p.c. ha carattere cognitivo autonomo, contenzioso e impugnatorio rispetto all'ordinanza sull'estinzione (29), è gioco forza che esso vada però collocato fuori

---

(28) In altri termini, come è stato già correttamente osservato a superamento di ogni possibile eccezione circa un approccio eccessivamente formalistico, «non si deve riservare al giudice dell'esecuzione la formale stesura del «certificato di morte del processo» solo e soltanto perché è questo l'organo che dirige l'esecuzione, ma anche perché va riconosciuta l'esistenza di una serie di provvedimenti dipendenti dalla dichiarazione di estinzione che esso deve emanare [...] e che non possono rientrare nell'attività cognitiva in sede di reclamo»; così, L. Iannicelli, *Note*, cit., 168.

(29) Un dibattito non troppo diverso da quello che ha interessato la natura del reclamo previsto dall'art. 630 c.p.c. si è sviluppato – anche nell'ottica della verifica del campo applicativo dell'art. 16 *bis* d.l. n. 179/2012 – intorno a quello cautelare *ex* art. 669 *terdecies*. In particolare, si è discusso della natura del rimedio, quale atto introduttivo di un *novum iudicum* ovvero come *revisio prioris istantiae* chiusa a nuove allegazioni, sopravvenienze e nuovi mezzi istruttori. La Corte costituzionale (Corte cost., 17 marzo 1988, n. 65) aveva già offerto la linea interpretativa indicando il reclamo come «lo sviluppo ulteriore – seppure in una sede diversa – dell'unico procedimento cautelare», chiarendone la portata pienamente devolutiva e quindi precisando altresì, proprio in ragione di questa, la necessità che «il secondo giudice non sia limitato, nella propria cognizione e nella dotazione degli strumenti decisori, dai motivi dedotti dalle parti reclamanti». Tale soluzione aveva trovato anche l'avallo di una parte della dottrina: v., senza pretesa di completezza, G. Arieta, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Studi in onore di C. Mandrioli*, Milano 1995, 482 ss.; C. Consolo, sub art. 669 *terdecies*, in Consolo, Luiso, Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 706 ss.; *contra*, cfr. A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma 1991, 30; F. Marielli, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, in questa *Rivista* 1999, 767 ss. *Amplius*, anche per ulteriori riferimenti, v. L. Guaglione, *Il processo cautelare*, Napoli 2006, 243 ss.

Tale indicazione è stata quindi recepita anche normativamente, attraverso la modifica apportata all'art. 669 *terdecies*, comma 4°, c.p.c. dal d.l. n. 35/2005 che, infatti, ha espressamente previsto la possibilità di dedurre in sede di reclamo «circostanze e motivi sopravvenuti». Ne è derivato, con maggiore impegno esplicativo, da un lato, il superamento del divieto dello *ius novorum* con riferimento alle circostanze ed ai motivi integranti la *causa petendi* dell'originaria domanda cautelare e, da un altro, la possibilità di prospettare non soltanto i fatti già dedotti dinanzi al giudice monocratico di prime cure ma anche quelli sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo (cfr., *ex multis*, Trib. Benevento 21 dicembre 2007, in *www.dejure.it*). Sul carattere pienamente devolutivo del reclamo, più di recente v. Cass. 3 febbraio 2022, n. 3291; Cass. 14 ottobre 2015, n. 20593.

Ciò ha portato a concludere per la natura del reclamo come *novum iudicium* (v. G. Balena, M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari 2006, 661; *amplius*, anche per ulteriori riferimenti, R. Giordano, sub *art. 669* terdecies, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, VII.I, Torino 2013, 1322 ss.), con evidenti conseguenze anche in punto di modalità di deposito telematico. Se, infatti, il reclamo comporta l'apertura di un nuovo giudizio, allora esso è un atto introduttivo e non di mera prosecuzione di una precedente fase; da ciò deriva che non è qualificabile come un atto endoprocessuale e, quindi, che può essere depositato anche in

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dai «processi esecutivi di cui al libro III del codice di procedura civile», cui si riferisce l'art. 16 *bis*, comma 2°, d.l. n. 179/2012 (30).

Conseguentemente, ai fini della individuazione della corretta modalità di deposito, non è alla predetta disposizione che occorre guardare ma alla più generale regola fissata dal suo comma 1°.

In questo primo approdo, l'*iter* motivazionale delle Sezioni Unite è certamente condivisibile.

---

formato cartaceo (cfr. Trib. Asti 23 marzo 2015, in *www.ilprocessotelematico.it*, 2015; Trib. Venezia 3 luglio 2015, in *www.dejure.it*). Lo stesso principio, d'altronde, è stato applicato con riferimento alle opposizioni esecutive. Rispetto a queste, infatti, si è osservato che, poiché l'atto di opposizione (nel caso deciso, un ricorso *ex* art. 615 c.p.c. finalizzato alla sospensione della procedura esecutiva) si sostanzia in una costituzione in giudizio, introducendo nella procedura esecutiva una specifica parentesi di cognizione, il deposito cartaceo dell'opposizione deve considerarsi pienamente valido e legittimo; in questi termini, Trib. Roma 12 giugno 2018, in *www.dejure.it*.

La giurisprudenza, invero, ha spesso anche confutato l'esposta conclusione, affermando la natura meramente prosecutoria del reclamo (e quindi l'obbligo al suo deposito telematico) sulla scorta del principio dell'estendibilità – anche in mancanza di espressa indicazione – del mandato rilasciato per la prima fase cautelare, oltre che del carattere meramente organizzativo delle disposizioni amministrative relative all'obbligo di versamento del contributo unificato al momento del deposito del reclamo e all'iscrizione con un numero di ruolo diverso da quello del procedimento di primo grado. Tra le tante, v. Trib. Torino 6 marzo 2015, in *www.ilprocessotelematico.it* 2015; Trib. Vasto 15 aprile 2015, in *www.dejure.it*; Trib. Foggia 15 maggio 2015, in *www.dejure.it*; Trib. Locri 20 ottobre 2016, in *www.judicium.it* 2016). *Amplius* sul tema e sulla condivisibilità di tale orientamento (che, peraltro, ricollega all'errore sulle modalità del deposito anche un'invalidità non sanabile) v., solo a titolo esemplificativo, C. Asprella, *Natura del reclamo cautelare e processo telematico*, in *Corriere giur.* 2010, 1285 ss.; P. Pucciariello, *Obblighi di deposito telematico: tra nuovi formalismi e regole di validità degli atti processuali*, *ivi* 2010, 1291 ss.; F. Ferrari, *Il processo telematico alla luce delle più recenti modifiche legislative*, in *Dir. info. e inform.* 2015, 985 ss.; C. Mancuso, *Deposito telematico obbligatorio e conseguenze in caso di violazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 1083 ss.; G. Pirotta, *Deposito telematico obbligatorio: quando il fine giustifica i mezzi*, in *Foro padano* 2017, 99 ss.

(30) Senza volere, ovviamente, assegnare significato normativo o, comunque, valore interpretativo alla prassi e ai meccanismi di funzionamento dei gestionali comunemente impiegati in sede di deposito telematico, è però opportuno evidenziare che proprio sulla scorta della considerazione della struttura contenziosa del procedimento che segue alla proposizione di un reclamo *ex* art. 630 c.p.c., le indicazioni tecniche provenienti dagli uffici di cancelleria chiamati a gestire le operazione di *upload* dei file sono nel senso di non procedere al deposito del ricorso nel fascicolo del procedimento esecutivo (atteso che il Sistema di gestione delle esecuzioni civili individuali e concorsuali, c.d. SIECIC, non è compatibile con giudizi di tale natura, né esso comunica con il Sistema Informatico Contenzioso Civile Distrettuale, c.d. SICID) e di provvedere, piuttosto, analogamente a quanto accade per il reclamo *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c. avverso i provvedimenti *ex* art. 624 c.p.c., nel separato registro contenzioso; cfr. R. Arcella, *I reclami cautelari e quelli avverso le ordinanze di estinzione: le diverse ipotesi di deposito in modalità telematica*, in *www.avvocatotelematico.it* 2016.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. – È, poi, proprio nel passaggio dedicato all'esame dell'art. 16 *bis*, comma 1°, d.l. n. 179/2012 che maggiormente si coglie e apprezza lo sforzo interpretativo delle Sezioni Unite. In particolare, perché rivolto a chiarire la nozione di «parti precedentemente costituite», cui – come detto – la stessa disposizione ricollega il concetto di atto «endoprocessuale» e – per suo tramite – grada l'obbligo per le forme telematiche di deposito.

In linea generale e di massima sintesi, può dirsi che l'atto è «processuale» perché disciplinato da norme processuali ovvero, comunque, perché riferibile ad un soggetto del processo ed idoneo a spiegare effetti all'interno di questo (31).

Non vi è, quindi, nel codice di rito una nozione di atto processuale che possa presupporre o dare come necessaria una astratta differenza interna a questa tra atti «endoprocessuali» e «extraprocessuali».

In ciò, nell'art. 16 *bis*, che invece essa evidentemente introduce, è dato cogliere un equivoco di fondo.

L'idea che la disposizione pare suggerire è che si possa ammettere una differenziazione di tipo temporale, legata quindi al mero momento cronologico di compimento dell'atto, sì da potere intendere come «endoprocessuali» quelli posti in essere all'interno di un giudizio già instaurato e, pertanto, a seguito di atti introduttivi di costituzione già depositati (32).

È evidente, però, che una tale prospettazione si presta a critica, perché risente di un'impostazione metodologica fondata sulla considerazione dei soli procedimenti aperti con ricorso, nei quali può effettivamente cogliersi la differenza tra il momento della proposizione della domanda (per mezzo del deposito del ricorso) e quello di «interposizione» (attraverso la notifica dell'atto e del pedissequo provvedimento). Nei giudizi avviati con citazione, «quale atto che contiene in sé sia la proposizione della domanda, che l'instaurazione del contraddittorio e, dunque, l'interposizione del procedimento» (33), invece, tale classificazione finisce per svuotarsi di significato giuridico.

---

(31) *Amplius*, cfr. E. Redenti, voce *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 105 ss.; B. Cormio, *Degli atti in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I.2, Torino 1973, 1346 ss.; R. Oriani, voce *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Roma 1988, 1 ss.; V. Denti, voce *Procedimento civile (Atti del)*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino 1996, 553 ss. Più di recente, v. C. Besso, M. Lupano, *Atti processuali*, Bologna 2016, *passim*.

(32) Cfr., tra gli altri, S.A. Cerrato, *Azioni cautelari in corso di causa e processo telematico: un precedente pericoloso*, in *Giur. it.* 2016, 901 ss.; P. Della Vedova, *La deriva telematica nel processo civile*, in *www.judicium.it* 2016, 20; *amplius* sul tema, sia permesso il rinvio anche a A.L. Bonafine, *L'atto processuale telematico. Forma, patologie, sanatorie*, Napoli 2017.

(33) P. Della Vedova, *La deriva*, cit., p. 21.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Non è quindi appagante ancorare la nozione di endoprocessualità a quella di avvenuta costituzione; innanzitutto perché è la stessa nozione di avvenuta costituzione in giudizio a risultare non esaustiva delle ipotesi verificabili.

Di questo le Sezioni Unite danno atto.

Si proverà ad essere più chiari. L'art. 16 *bis* – si è detto – prevede l'obbligo del deposito telematico per gli atti endoprocessuali; quelli, cioè, che in applicazione del criterio temporale prescelto, siano compiuti da chi sia già formalmente costituito nel procedimento. E difatti la norma distingue a tali fini tra parti che siano o meno «precedentemente costituite».

Ora, come noto, la costituzione in giudizio è l'atto che rende effettiva ed attuale la partecipazione della parte al processo e, quindi, la possibilità della difesa attiva.

In ciò esso è speculare alla nozione di contumacia (34), giacché questa, come altrettanto noto, è «l'assenza legale dal giudizio di una parte determinata dalla sua omessa (od irrituale) costituzione» (35).

Ciò posto, quella cui fa riferimento l'art. 16 *bis* non è la nozione di costituzione (e, specularmente, di contumacia) in senso tecnico appena ricordata (36).

Lo dimostra il fatto che la norma la ricollega genericamente a «procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione» rispetto ai quali, in alcuni casi, nemmeno può discorrersi di costituzione e/o contumacia. Si consideri significativo in questo senso proprio l'esempio dei procedimenti di volontaria giurisdizione (37) ovvero di quelli cautelari, in cui in effetti manca un atto di costituzione vero e proprio.

---

(34) *Amplius*, di recente, C. Delle Donne, *La contumacia nel processo civile*, Bologna 2018.

(35) P. Brandi, voce *Contumacia (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 458.

(36) Per B. Brunelli, *Misure minime di sicurezza per gli atti processuali digitali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 526, l'atto endoprocessuale deve essere inteso non come «l'atto formato all'interno di un singolo grado del processo, bensì l'atto della parte costituita».

(37) In relazione ai quali le Sezioni Unite colgono l'occasione anche per evidenziare l'erroneità dell'utilizzo della preposizione disgiuntiva («procedimenti civili, conteziosi o di volontaria giurisdizione»), atteso che pure questi, come noto, possono avere natura contenziosa. La letteratura sul tema è particolarmente vasta, sicché, solo a titolo esemplificativo, si rinvia, anche per ulteriori approfondimenti e riferimenti, a F. Danovi, *La giustizia minorile tra giurisdizione volontaria e contenziosa, riti e garanzie*, in *Giur. it.* 2020, 2809 ss.; D. Turroni, *Ripensare il ricorso straordinario in cassazione*, *ivi* 2020, p. 2780 ss.; R. Donzelli, *Garanzia del ricorso per cassazione e provvedimenti decisori nell'interesse del minore*, in *Fam. e dir.* 2019, 267 ss.; Id., *Sulla natura delle decisioni rese nell'interesse dei figli minori nei giudizi sull'affidamento condiviso e* «de potestate», in questa *Rivista* 2019, 1067 ss.; A. Proto Pisani, *Quattro brevi lezioni sul processo civile*, in questa *Rivista* 2016, 926 ss.; E. Vullo, *Brevi*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Se, quindi, la nozione di costituzione che presuppone l'art. 16 *bis* non può essere quella tradizionale – atteso che altrimenti ragionando non si adatterebbe ad una considerevole parte dei giudizi disciplinati dal codice di rito – essa va evidentemente ricostruita diversamente.

In ciò l'apporto delle Sezioni Unite è certamente apprezzabile.

La Corte, infatti, libera l'art. 16 *bis* dal concetto di costituzione tecnica alla cui mancanza segue la contumacia e piuttosto lo riferisce «alla acquisizione della veste di parte in senso formale nel procedimento incardinato dinanzi al giudice adito, veste che, almeno in senso lato, compete a ciascuna parte in qualunque procedimento destinato a svolgersi dinanzi al tribunale».

È, quindi, valorizzata la «presa di contatto» con il giudice chiamato a pronunciare sulla domanda e nel fare ciò – a ben vedere – non è stravolta la nozione di costituzione acquisita negli anni; piuttosto, è fortificata l'idea (38) che la costituzione «pone stabilmente la parte innanzi al giudice» e che, quindi, il relativo concetto «è inerente al concetto di contraddittorio», perché «è in virtù della costituzione che il contraddittorio può svolgersi».

La vera utile specificazione delle Sezioni Unite sta però nel fatto di volere considerare e valorizzare separatamente (pure ai fini dell'individuazione dell'estensione dell'obbligo del deposito telematico degli atti processuali) ogni «presa di contatto» realizzata con il giudice di volta in volta investito della domanda per ciascuna differente fase procedimentale, a prescindere quindi dal fatto che la stessa parte risulti eventualmente già costituita in quella precedente.

Così discorrendo, poiché il reclamo *ex* art. 630 c.p.c. ha comunque carattere autonomo e separato rispetto al procedimento esecutivo da cui nei fatti origina e poiché, altresì, è deciso dal collegio (e quindi da un giudice diverso rispetto a quello innanzi al quale si è realizzata la prima «presa di contatto»), allora esso va inteso come atto introduttivo non riferibile ad una parte già costituita (e quindi sottratto all'obbligo del deposito telematico), atteso che è solo con il reclamo che, per la prima

---

note sulla natura «integralmente» contenziosa del processo di separazione giudiziale, in *Fam. e dir.* 2013, 207 ss.; S. Menchini, *La pregiudizialità contenziosa nei procedimenti (camerali) di volontaria giurisdizione (poteri del giudice ed effetti della decisione)*, in questa *Rivista* 2004, 1071 ss.; G. Tota, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*, in *Giust. civ.* 2002, I, 1476 ss. Tra gli scritti meno recenti, ma comunque sempre attuali, cfr. E. Fazzalari, *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Padova 1953; Id., voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1962, 331 ss.; F.U. Di Blasi, voce *Giurisdizione volontaria*, in *Noviss. Dig.*, VII, Torino 1957, 1094 ss.

(38) N. Giudiceandrea, *Costituzione in giudizio*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, 234.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

volta e a prescindere da quello concretizzato con il giudice dell'esecuzione, è creato il contatto con il collegio competente a pronunciare sul rimedio azionato.

D'altronde, questa ricostruzione, oltre che condivisibile in termini generali, perché declinabile – come si è detto – anche a procedimenti che non conoscono un atto formale di costituzione, ancora di più risulta necessaria se rapportata alle dinamiche tipiche del procedimento esecutivo, in cui il principio del contradditorio è attenuato (39) e al quale, quindi, non si attaglia – quantomeno con riferimento alla posizione del debitore esecutato (40), che pure, però, è soggetto legittimato al reclamo in esame – la disciplina della costituzione e della contumacia.

5. – C'è comunque un senso di «occasione persa» che lascia la lettura della pronuncia delle Sezioni Unite.

La sentenza, chiarita la natura del reclamo *ex* art. 630 c.p.c. quale atto introduttivo di un procedimento di natura cognitiva, in quanto tale sottratto all'obbligo del deposito telematico previsto per gli atti endoprocessuali, afferma che «non occorre soffermarsi» sull'ulteriore questione delle implicazioni sulla validità degli atti processuali della violazione della normativa in tema di deposito.

Invero, non è la prima volta che la Cassazione si sottrae a tale (evidentemente sgradito) compito. Lo ha fatto, ad esempio, quando, nel fissare il principio dell'equivalenza delle firme digitali di tipo CAdES e di tipo PAdES, non ha affrontato il tema dell'applicabilità dell'art. 156, comma 3°, c.p.c. alle ipotesi «d'ipotetica violazione di specifiche tecniche» ritenendolo anche nel caso assorbito (41).

Eppure, nei suoi primi approcci al PCT, la Corte aveva già segnato una possibile strada, in particolare chiarendo – sul rilievo della funzionalizzazione delle forme degli atti del processo alla realizzazione non di «un valore in sé» o di un «fine proprio e autonomo», ma al risultato che si pone come «l'obiettivo che la norma disciplinante la forma dell'atto intende conseguire» – che il deposito per via telematica, anziché con modalità cartacee, dell'atto introduttivo del giudizio non dà luogo ad una

---

(39) V., tra gli altri, V. Andrioli, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Napoli 1957-1964, 68; S. La China, *L'esecuzione forzata*, Milano 1970, 391.

(40) Cfr. G. Tarzia, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in questa *Rivista* 1978, 221, che, in effetti, apre al concetto di costituzione nel procedimento esecutivo solo con riferimento al deposito del titolo esecutivo e del precetto da parte del creditore pignorante ovvero all'atto di intervento degli altri creditori.

(41) Cass., sez. un., 27 aprile 2018, n. 10266.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nullità della costituzione dell'attore, ma ad una mera irregolarità, «sicché ogniqualvolta l'atto sia stato inserito nei registri informatizzati dell'ufficio giudiziario previa generazione della ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della giustizia, deve ritenersi integrato il raggiungimento dello scopo della presa di contatto tra la parte e l'ufficio giudiziario e della messa a disposizione delle altre parti» (42).

Che poi la giurisprudenza di merito si sia – a più riprese e con approcci formalistici – allontanata da tali coordinate, optando per soluzioni interpretative sanzionatorie di ogni difformità dalla normativa di settore con declaratorie di inammissibilità, inesistenza ovvero di nullità non sanabili, è altro discorso che non è possibile affrontare compiutamente in questa sede.

Si è però già osservato (43) che i tra i diversi interessi in gioco occorre un'opera di ragionevole bilanciamento.

È vero che per la realizzazione del processo telematico è imprescindibile il rispetto degli *standard* tecnici stabiliti dalle regole di settore.

Tale ovvia considerazione, però, non può bastare per valorizzare oltremodo l'idea che esista uno scopo telematico dell'atto processuale, che è quello «di veicolare le richieste della parte al giudice [...] mediante un supporto smaterializzato e decentralizzato [...] per le ragioni di economia processuale e di ragionevole durata del processo cui è ispirato il P.C.T.» (44), sì da ricavare la conclusione che alla difformità dell'atto informatico dal rispettivo modello come delineato dal complesso della normativa ad esso dedicato debba seguire un giudizio di assoluta inidoneità allo scopo e, quindi, di nullità non sanabile per mancanza di requisiti formali indispensabili, ovvero – addirittura – di inesistenza (45).

---

(42) Cass. 12 maggio 2016, n. 9772.

(43) Sia permesso rinviare a A.L. Bonafine, *Annotazioni sullo scopo dell'atto processuale e la sua essenza: tra insegnamenti tramandati e nuove pressanti esigenze*, in *www.judicium.it* 2018; Id., *L'atto processuale*, cit. Sul tema, solo a titolo esemplificativo, v. anche G. Ottobre, *L'irregolarità nel processo civile telematico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 1015 ss.; E. Manzo, *Forme degli atti e dei provvedimenti*, in *Il processo telematico*, a cura di G. Ruffini, cit., spec. 155 ss.; C. Mancuso, *Deposito telematico*, cit., spec. 1094 ss.; M. Lupano, *Processo telematico – estensione dell'obbligo di deposito telematico e conseguenze della sua violazione*, in *Giur. it.* 2016, 2628 ss.; P. Pucciariello, *Obblighi*, cit., spec. 1294 ss.

(44) Trib. Vasto 15 aprile 2015, in *www.dejure.it*. V. anche Trib. Livorno 25 luglio 2014, in *www.questionegiustizia.it*, che in questo stesso senso ha evidenziato la necessità che gli atti formati digitalmente siano immediatamente intelligibili a tutti gli attori del processo, «senza imporre la necessità di ricercare programmi di conversione di formati diversi».

(45) S.A. Cerrato, *Azioni cautelari*, cit., 906.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È vero, piuttosto, che dell'atto processuale, ai fini della sua conservazione anche se astrattamente viziato, deve essere misurata la capacità di inserirsi utilmente nella sequenza procedimentale permettendone la prosecuzione nel contraddittorio tra le parti e il giudice.

In questo senso propende non solo l'insegnamento giurisprudenziale sul c.d. pregiudizio effettivo (46), che censura la denuncia di vizi che non abbiano avuto reale incidenza sul diritto alla difesa delle parti e che, piuttosto, appaiano funzionali solo ad esiti «abortivi» (47) del processo, ma anche il monito a non abbandonarsi a derive formalistiche, atteso che «il moltiplicarsi delle sanzioni di nullità nel processo civile e l'aggravarsi dei rigori ad esse relativi, è sempre sintomo di influenza nociva degli ordinamenti politici su quelli giurisdizionali» (48).

Un sistema che in una difformità dal modello riconosce sempre e in automatico una ragione di nullità (peraltro, non sanabile), infatti, apre le porte ad una «concezione (non formale ma) formalistica del processo [...] del tutto avulsa dai parametri, oggi recepiti anche in ambito costituzionale e sovranazionale (49), di effettività, funzionalità e celerità dei modelli procedurali» (50).

Con maggiore impegno esplicativo, l'atto non pienamente conforme alle regole digitali, quando comunque (*i*) oggettivamente intellegibile, (*ii*) completo nel contenuto fissato dal codice di rito e (*iii*) indiscusso nella paternità, è certamente idoneo all'utile inserimento nella sequenza proce-

---

(46) *Ex multis*, Cass. 30 giugno 2022, n. 20834; Cass. 27 gennaio 2015, n. 1448; Cass. 9 luglio 2014, n. 15676; Cass. 9 marzo 2012, n. 3712. *Amplius*, R. Donzelli, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli 2020. V. anche A. Tedoldi, *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, Pisa 2021, spec. 74 ss.

(47) Cfr. Cass. 5 maggio 2017, n. 10916.

(48) In questi termini, già L. Mortara, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, II, Milano 1923, 805 s., che infatti pure evidenziava la necessità di evitare la previsione della nullità «quando non serva a riparare una violazione di diritto effettivamente accertata, non solo platonicamente temuta».

(49) È noto, infatti, che il processo di europeizzazione dei principi CEDU che ha trovato ragione e impulso nell'art. 6, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea interessa anche quello alla effettività della tutela, da intendersi come rivolto a garantire la riduzione dei formalismi che solo ostacolano la pronuncia nel merito della domanda e, per queste vie, anche delle ipotesi di nullità che non rispondono ad un «un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo avuto di mira»; cfr. C. dir. uomo, sez. II, 28 giugno 2005, *Zednik* c. Repubblica Ceca, in causa 74328/01; conforme, v. c. dir. uomo, sez. 1, 21 febbraio 2008, *Koskina* c. Grecia, in causa 2602/06; C. dir. uomo, sez. 1, 24 aprile 2008, *Kemp* c. Granducato di Lussemburgo, in causa 17140/05. In questo senso v. anche Cass., sez. un., 1° giugno 2021, n. 15177; Cass., sez. un., 7 novembre 2017, n. 26338; Cass. 9 luglio 2021, n. 19543; Cass. 19 novembre 2019, n. 29958.

(50) Cass. 27 gennaio 2015, n. 1448.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dimentale. E se può accettarsi che tale considerazione non sia ritenuta sufficiente a limitare la sanzione da difformità ad una mera dichiarazione di inefficacia (atteso che così facendo sarebbe probabilmente troppo forte il rischio di uno sconfinamento incontrollabile dalle regole tecniche di settore e, quindi, di violazione dell'intento riformatore), essa comunque deve servire ad escludere pronunce di inammissibilità, inesistenza o nullità, per lo meno se intesa come insanabile.

Di questo, anche il legislatore ha preso finalmente piena consapevolezza. Con la legge n. 206/2021 (recante la «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»), aveva in effetti già richiesto – in linea con i propositi inizialmente fissati pure con il disegno di legge n. 2953 approvato alla Camera in data 10 marzo 2016 – di «prevedere il divieto di sanzioni sulla validità degli atti per il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell'atto, quando questo ha comunque raggiunto lo scopo», piuttosto ammettendo che «della violazione delle specifiche tecniche, o dei criteri e limiti redazionali, si possa tener conto nella disciplina delle spese».

Quindi, con il d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022, pubblicato in G.U. il 17 ottobre 2022, in attuazione della delega, ha modificato, con l'art. 4, comma 3°, lett. b), l'art. 46 disp. att. c.p.c. (51).

Anzi, può forse dirsi che la nuova disposizione è finanche più forte di quella da subito immaginata, perché parrebbe escludere a monte e sempre – attraverso un meccanismo simile ad una degradazione automatica a mera irregolarità – la possibilità di una invalidità derivante dal «mancato rispetto delle specifiche tecniche», senza nemmeno richiedere – almeno formalmente – la verifica dell'effettivo raggiungimento dello scopo (52).

---

(51) Nella Relazione illustrativa si legge che «le disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile sono state ritenute la sede più appropriata per contenere il nuovo corpo normativo in materia di giustizia digitale, in ragione della funzione accessoria rispetto alle norme codicistiche, dalle stesse rivestita», nonché del perseguito scopo di «armonizzare e rendere coerente la materia del processo digitale», anche al fine di «consentirne l'agevole modifica nel momento in cui si dovessero rendere necessari futuri interventi, tanto più probabili in quanto si tratta di materia in rapida evoluzione in conseguenza dell'evolversi delle tecnologie».

(52) Il penultimo comma del riscritto art. 46 disp. att. c.p.c. recita, infatti, che «Il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico […] non comporta invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In ogni caso, nella misura in cui si propone di evitare ogni tipo di interpretazione formalistica, strumentale e deflattiva, essa è senz'altro da accogliere con favore.

Resta, però, la previsione della possibile incidenza dell'inosservanza della normativa di settore sul regime delle spese, che – soprattutto a fronte di un atto comunque riconosciuto valido – potrebbe giustificare qualche dubbio in termini di proporzionalità della sanzione, ma che invero comunque si giustifica nel senso di introdurre un deterrente ad una incontrollata proliferazione di difformità non invalidanti e non sanzionabili che finirebbe altrimenti per frustrare l'obiettivo della digitalizzazione del processo.

ALESSIO LUCA BONAFINE
Ricercatore nell'Università LUM di Casamassima

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Corte di Cassazione, sez. un. civ., sentenza 12 gennaio 2022, n. 758

Pres. D'Ascola – Rel. Lamorgese

Gamma Indirizzi s.r.l.c. Comune di Porto Viro e altri

Nei procedimenti disciplinati dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, per i quali la domanda va proposta nelle forme del ricorso e che, al contrario, siano introdotti con citazione, il giudizio è correttamente instaurato ove quest'ultima sia notificata tempestivamente, producendo gli effetti sostanziali e processuali che le sono propri indipendentemente dalla pronunzia dell'ordinanza di mutamento del rito da parte del giudice, ex *art. 4 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150* (massima non ufficiale).

(*Omissis*). – La questione, rilevata d'ufficio dal collegio rimettente e preliminare rispetto a quelle poste dal ricorrente, concerne la necessità o meno – ai fini della salvezza degli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda avanzata con rito diverso da quello prescritto – di un provvedimento di mutamento del rito (*ex* art. 4, comma 5°, d.lgs. n. 150/2011) da parte dal giudice di prima istanza non oltre la prima udienza di comparizione delle parti. (*Omissis*).

3.1. – Si osserva preliminarmente che l'ordinanza interlocutoria non pone in discussione il principio della convalidazione degli effetti dell'atto introduttivo erroneo, nella specie citazione (*ex* art. 615 c.p.c.) anziché ricorso (*ex* art. 7 d.lgs. n. 150/2011), nel caso in cui la citazione notificata sia anche depositata nel termine di trenta giorni dalla notifica della cartella di pagamento, ai fini della opposizione (cd. recuperatoria) alla riscossione di una sanzione amministrativa pecuniaria per violazione del codice della strada (*ex plurimis* Cass., sez. un., n. 22080/2017 e sez. III, n. 14266/2021, ove la parte deduca che la cartella costituisce il primo atto tramite il quale è venuta a conoscenza della sanzione irrogata, in ragione della nullità o dell'omissione della notificazione del processo verbale di accertamento della violazione). (*Omissis*). L'operatività di tale sanatoria, cosiddetta «dimidiata», prescindeva (e di regola prescinde) dall'intervento del giudice e rare sono le pronunce che, valutando la tempestività dell'atto introduttivo secondo il modello erroneo concretamente seguito, si mostravano favorevoli a una sanatoria «piena», in tal senso anticipando la futura evoluzione normativa (ad esempio, Cass., sez. un., n. 1876/1985 e n. 8491/2011 giudicavano tempestivo l'atto introduttivo proposto con ricorso, purché tempestivamente depositato, benché la legge prevedesse la forma della citazione). (*Omissis*).

5.1. – Dal potenziale consolidamento del rito erroneamente seguito (in conseguenza dell'errore nella scelta della forma dell'atto introduttivo) scaturisce la disposizione del quinto comma, la quale – con dizione simile a quella contenuta nell'art. 59 l. n. 69/2009, in tema di *translatio iudicii* («... sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto ...») – sancisce espressamente che «gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento»: ciò equivale a dire che la domanda giudiziale avanzata in forma non corretta (citazione anziché ricorso e viceversa) produce i suoi effetti propri, da valutare secondo il modello concretamente seguito, seppur difforme da quello legale, ferme restando «le decadenze e le preclusioni maturate secondo le norme del rito seguito prima del mutamento» (art. 4, comma 5°). (*Omissis*).

8.2. – L'ordinanza di mutamento del rito non comporta una regressione del processo ad una fase anteriore a quella già svoltasi, né serve a valutare la legittimità degli atti di parte (e del giudice) adottati sino a quel momento alla stregua delle regole del nuovo rito, né costituisce un presupposto per la salvezza dei relativi effetti, i quali si producono in relazione alle

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

norme del rito iniziale, ma indica solo il discrimine temporale tra l'applicazione delle regole del rito iniziale e quelle del rito da seguire nel prosieguo del giudizio, consentendo alle parti di adeguare le difese alle regole del rito da seguire (cfr. Cass., sez. VI, n. 13472/19). (*Omissis*).

8.3. – È da seguire la tesi che attribuisce all'atto introduttivo l'utile e proficua produzione degli effetti processuali e sostanziali correlati al rito erroneamente prescelto, relegando l'ordinanza di mutamento del rito ad un evento successivo, valevole *pro* futuro e inidoneo ad incidere *ex post* sulla domanda, o a convalidarne gli effetti (già realizzatisi), o ad impedire «le decadenze e le preclusioni maturate secondo le norme del rito seguito prima del mutamento». Gli effetti, sostanziali e processuali, della domanda irritualmente avanzata si producono alla stregua del rito concretamente adottato, non soltanto quando il giudice di primo grado abbia adottato tempestivamente l'ordinanza di mutamento, ma anche quando tale provvedimento sia mancato, con conseguente consolidamento o stabilizzazione del rito erroneo. Ed infatti, come ancora rilevato dal Procuratore Generale, «una volta consolidatosi il rito errato, è solo sulla scorta di tale schema procedurale che va delibato il momento della litispendenza: infatti, non convince la diversa opzione che comunque computa la litispendenza secondo la forma ipotetica nonostante che in essa giammai potrà legittimamente essere mutato il rito». (*Omissis*).

10. – In conclusione, è formulato il seguente principio di diritto: nei procedimenti «semplificati» disciplinati dal d.lgs. n. 150/2011, nel caso in cui l'atto introduttivo sia proposto con citazione, anziché con ricorso eventualmente previsto dalla legge, il procedimento – a norma dell'art. 4 d.lgs. n. 150/2011 – è correttamente instaurato se la citazione sia notificata tempestivamente, producendo essa gli effetti sostanziali e processuali che le sono propri, ferme restando le decadenze e preclusioni maturate il rito erroneamente prescelto dalla parte; tale sanatoria piena si realizza indipendentemente dalla pronuncia dell'ordinanza di mutamento del rito da parte del giudice, la quale opera solo *pro futuro*, ossia ai fini del rito da seguire all'esito della conversione, senza penalizzanti effetti retroattivi, restando fermi quelli, sostanziali e processuali, riconducibili all'atto introduttivo, sulla scorta della forma da questo in concreto assunta e non a quella che esso avrebbe dovuto avere, dovendosi avere riguardo alla data di notifica della citazione effettuata quando la legge prescrive il ricorso o, viceversa, alla data di deposito del ricorso quando la legge prescrive l'atto di citazione (fattispecie in tema di riscossione di sanzione ammnistrativa pecuniaria per violazione del codice della strada, in cui l'opposizione cd. recuperatoria era stata proposta con citazione tempestivamente notificata nel termine di trenta giorni dalla notifica della cartella di pagamento, anziché con ricorso, come previsto dall'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011). (*Omissis*).

Sul consolidamento del rito erroneamente instaurato

1. – Il supremo organo nomofilattico, nella sua più autorevole composizione, è stato chiamato a risolvere una *quaestio iuris* di particolare importanza, afferente alle conseguenze derivanti dall'attivazione del c.d. «meccanismo processuale informe» – diverse da quelle in astratto previste dal legislatore e, perciò – erronee: tale scelta veniva operata, in particolare, dal soggetto che aveva proposto opposizione ad una cartella di pagamento me-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

diante la quale era stata comminata l'irrogazione di una sanzione amministrativa. Pur propriamente vertendo la controversia in tema di mutamento di rito, alquanto copiosi, inoltre, appaiono gli ulteriori profili posti all'attenzione delle Sezioni Unite: uno di questi attiene, in particolare, alla non necessità dell'iscrizione a ruolo della causa da parte del convenuto che si costituisca in giudizio prima che la controversia risulti formalmente instaurata.

Relativamente alla vicenda processuale che si intende esaminare, va, innanzitutto, rilevato come, in un primo momento, fosse stata proposta dinanzi al Giudice di pace opposizione avverso una cartella di pagamento, e ciò nella erronea forma della citazione *ex* art. 615 c.p.c. In tale occasione, veniva, inoltre, dichiarata la contumacia della parte convenuta, per avere quest'ultima depositato la propria comparsa di risposta in un momento anteriore alla costituzione dell'attore e per non avere, tra l'altro, provveduto al versamento del contributo unificato: a ciò veniva imputata la causa della totale inutilizzabilità della documentazione prodotta dalla parte convenuta. Riformata *in toto* la sentenza emessa dal giudice di prime cure, veniva proposto ricorso per cassazione, il cui esame veniva assegnato alla Terza Sezione civile la quale, per il tramite dell'ordinanza interlocutoria n. 12233/2021 (1), rimetteva alle Sezioni Unite lo scioglimento del dubbio circa la necessità, o meno, della pronunzia di un'ordinanza di mutamento del rito, con conseguente operatività della sanatoria di cui all'art. 4, d.lgs. 1° settembre 2021, n. 150. Il quesito, in particolare, si incentrava sull'opportunità di attribuire una qualche forma di prevalenza, ai fini della salvezza degli effetti sostanziali e processuali, alla valutazione della tempestività della proposizione della domanda giudiziale, ovvero al necessario ordine giudiziale di mutamento di rito.

Segnatamente, le questioni che venivano rimesse alle Sezioni Unite afferivano a profili tra loro alquanto divergenti: innanzitutto, all'eventuale possibilità di un c.d. «assoluto» consolidamento del rito difforme rispetto a quello astrattamente previsto dalla legge, nel caso in cui l'atto introduttivo – seppur erroneo – sia, ad un tempo, tempestivo secondo lo schema processuale concretamente seguito (2) e non tempestivo secondo il modello procedurale che avrebbe dovuto essere seguito (3); all'efficacia *ex tunc*

---

(1) Cass. 10 maggio 2021, n. 12233.

(2) Si faccia il caso del ricorso, nell'ipotesi di processo da introdursi con atto di citazione, depositato tempestivamente, nel rispetto del termine decadenziale all'uopo previsto, nella cancelleria del giudice adìto. Per completezza, si consideri, l'opposta possibilità in cui, nel caso di processo da introdursi con ricorso, si provveda alla sua instaurazione mediante atto di citazione, notificato tempestivamente.

(3) Si consideri, nella prima delle due ipotesi di cui alla precedente nota, che il ricorso

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ovvero *ex nunc*; così come alla natura dichiarativa ovvero costitutiva, dell'ordinanza con cui viene disposto il mutamento del rito; alle conseguenze, poi, della mancata ovvero omessa pronunzia di tale ordinanza. Orbene, primariamente si demandava al massimo collegio di legittimità lo scioglimento della basilare questione di diritto relativa alla necessità – o meno – della pronunzia, da parte del giudice, dell'ordinanza di mutamento di rito, e se tale pronunzia dovesse obbligatoriamente avvenire «non oltre la prima udienza di comparizione delle parti».

Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto tempestiva l'opposizione c.d. «recuperatoria» avverso una cartella di pagamento per sanzioni amministrative conseguenti alla comminazione di una contravvenzione di cui al d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (c.d. «codice della strada»), proposta con citazione – anziché con ricorso, come previsto dall'art. 7, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 – purché tempestivamente notificata nel termine di trenta giorni dalla data di notifica della cartella medesima (4).

2. – Il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, emanato in attuazione della delega al Governo «per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili», di cui all'art. 54 l. 18 giugno 2009, n. 69, operando in termini assai netti una distinzione tra «modelli» e «riti», individua tre modelli procedimentali (5) cui ricondurre i 28 riti speciali disciplinati dagli artt. 6 – 33 di cui al medesimo d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150: quelli che, nell'impostazione codicistica, sono *sic et simpliciter* riti, nella prospettiva del legislatore del 2011, assurgono al rango di paradigma, prototipo, modelli, cui il dettato normativo rinvia ai fini di una quanto più completa definizione in termini positivi dei singoli riti speciali *de quo*, e ciò al dichiarato fine di porre un freno alla recente tendenza alla proliferazione di riti di tipo settoriale.

---

non venga, poi, notificato alla controparte entro lo spirare del termine a tal fine stabilito dalla legge. Nell'altro caso, della avvenuta introduzione del giudizio mediante citazione – anziché con ricorso, la quale, seppur tempestivamente notificata, sia, tuttavia, tardivamente depositata ai fini dell'iscrizione a ruolo della causa che si sarebbe dovuta introdurre mediante ricorso.

(4) Del medesimo avviso già appariva Cass., sez. un., 10 febbraio 2014, n. 2907, con nota di R. Poli, in questa *Rivista* 2014, 1199 ss.

(5) Circa tale profilo, v. *amplius* A. Proto Pisani, *Note introduttive*, in *Foro it.* 2012, V, 74 ss.; nonché G. Balena, *I «modelli processuali»*, *ibidem*, 76 ss.; C. Consolo, *Prime osservazioni introduttive sul d. lgs. n. 150/2011 di riordino (e relativa «semplificazione») dei riti settoriali*, in *Giur. it.* 2011, 1487 ss. L'art. 54 l. n. 69/2009 testualmente indicava il principio e criterio direttivo cui il Governo avrebbe dovuto attenersi nell'esercizio della delega contenuta nella legge medesima.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Condividendosi quanto evidenziato da attenta dottrina, può, pertanto, desumersi come l'intento perseguito dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, più che di «semplificazione» (nel senso di riduzione sistemica) dei possibili riti in concreto azionabili, sia, in realtà, stato quello di «riordino» dei riti speciali preesistenti (6).

Funditus, mentre il rinvio al rito del lavoro ovvero a quello sommario di cognizione comporta l'osservanza delle disposizioni del codice di rito la cui applicazione non sia espressamente esclusa dagli artt. 2 e 3 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, *ex adverso*, nel caso di rinvio al rito ordinario, questo è da intendersi come c.d. «onnicomprensivo», nel senso dell'applicabilità di tutte le relative disposizioni al rito speciale che deve invero svilupparsi nelle forme ordinarie (7). Da ciò è possibile desumere l'intento che aveva intrinsecamente ispirato il legislatore del 2011, il quale aveva tentato di realizzare una sorta di ritorno ai tre originari modelli procedimentali – da taluno definiti «cornici» (8), ovvero «riti di destinazione» (9) – previsti dal codice di rito civile, ossia: rito ordinario, rito sommario di cognizione e rito del lavoro. Tra le Disposizioni generali di cui al d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 rientra quella di cui all'art. 4, dettata in tema di mutamento del rito: tale referente normativo opera in ipotesi assai precipue, al ricorrere delle quali il modulo procedimentale sia stato, in un primo momento, azionato per il tramite di forme divergenti da quelle dettate in via generale dal codice (10).

Costituendo, pertanto, una *lex specialis*, l'art. 4 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 non può che trovare applicazione nelle residuali ipotesi a tal fine previste dallo stesso legislatore. Tale disposizione rappresenta, tra l'altro la sola previsione introdotta al precipuo fine di sopperire alla lacunosità, nonché alla contestuale insufficienza delle preesistenti previsioni codicistiche (11).

---

(6) C. Consolo, *Introduzione: una occasione relativamente felice, un metodo dimesso, un orizzonte più largo cui serbarsi attivamente fedeli*, in *Codice di procedura civile commentato – La semplificazione dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011*, a cura di C. Consolo, Milano 2012, V ss.

(7) R. Tiscini, *Definizioni*, in *La semplificazione dei riti civili*, a cura di B. Sassani, R. Tiscini, sub *art. 1*, Milano 2011, 4 ss.

(8) C. Consolo, *La legge delega e il riordino del sistema*, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., sub *art. 1, 5*.

(9) A. Carratta, *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino 2012, 17.

(10) M. Farina, sub *art. 4*, in *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, a cura di R. Martino e A. Panzarola, Torino 2013, 30 ss.; S. Izzo, *Mutamento di rito*, in *Foro it.* 2012, V, 82 ss.

(11) R. Tiscini, *Mutamento del rito*, cit., 44 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sempre il legislatore del 2011 ha, difatti – e per converso – escluso, in tali particolari ipotesi, l'applicazione delle coordinate normative di cui agli artt. 426 e 427 c.p.c. (12).

Altra previsione normativa la cui applicazione è stata puntualmente esclusa nelle ipotesi di cui al d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 è quella di cui al secondo comma dell'art. 702 *ter* c.p.c. (13). La *ratio* su cui riposa la disposizione dettata in tema di mutamento di rito, così come l'intero d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 può essere agevolmente rinvenuta nell'intento di «ridurre al minimo l'ambito temporale di incertezza sulle regole destinate a disciplinare il processo», e ciò all'evidente scopo di scongiurare vizi che, riflettendosi a catena su tutta la successiva attività processuale, possano eventualmente cagionare il regresso dell'intero procedimento, con ciò cagionando un evidente *vulnus* con riguardo ai principi di economia processuale e di ragionevole durata di cui all'art. 111 Cost. (14).

Analoga ispirazione sistematica può senz'altro scorgersi nelle disposizioni della *ZPO* tedesca, in particolare nel §272, in virtù del quale può,

---

(12) L'applicazione di tali norme è, tra l'altro, espressamente esclusa dal legislatore, come evidenziato in dottrina da F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 10ª ed., IV, Milano 2019, 128. La prima concernente il passaggio dal rito ordinario al rito del lavoro; la seconda, invece, la trasmigrazione dal rito laburistico a quello ordinario. L'art. 427 c.p.c. è, del resto, norma dettata in tema di regolarizzazione degli atti processuali ai fini delle disposizioni tributarie; tale *ratio* non costituisce in alcun modo l'intento cui è teleologicamente preordinato il disposto di cui all'art. 4, comma 5°, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, il quale, per converso, si occupa del mutamento di rito, ove instaurato nelle forme erronee – e, specialmente, della prosecuzione dello stesso – al precipuo fine di realizzare una sorta di c.d. «prevalenza della sostanza sulla forma», per tale intendendosi, ovviamente, il sostanziale esercizio del diritto, di rango costituzionale, di agire in giudizio, (a quanto pare) anche prescindendo da una *stricta interpretatio* del dettato normativo afferente alla precipua modalità di instaurazione del singolo rito nel singolo caso di specie, ordinario ovvero speciale che sia. Tale profilo può, a ben guardare, desumersi dalla forma dell'atto introduttivo della peculiare vicenda processuale, ossia la citazione ovvero il ricorso, non essendovi, almeno ad oggi, altre forme mediante cui un diritto soggettivo possa esser giudizialmente vantato. Le controversie disciplinate nel d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, ancorché in parte disciplinate dallo speciale rito del lavoro, sono, tuttavia, assoggettate agli ordinari regimi fiscali previsti per il contenzioso civile. Sugli artt. 426 e 427 c.p.c., v. *amplius* G. Olivieri, *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in questa *Rivista* 2004, 116 ss.; U. Corea, sub *artt. 426-427*, in *Commentario del codice di procedura civile*, V, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, Torino 2013, 643 ss.

(13) Il quale testualmente dispone, nell'ipotesi di erronea introduzione di una controversia nelle forme sommarie, l'obbligo, in capo al giudice, di emettere – con ordinanza non impugnabile – una declaratoria di inammissibilità della domanda. Anche tale disposizione, a norma dell'art. 3 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, non risulta in alcun modo applicabile al rito sommario di matrice extracodicistica.

(14) Come si può desumere dalla Relazione illustrativa dello schema del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

oggi (15), prefigurarsi, in Germania, un modello processuale di tipo c.d. «flessibile»: viene, in altri termini, concessa la possibilità di un adeguamento del modulo procedimentale alle peculiarità del singolo rapporto processuale in essere (16). Anche in territorio d'oltralpe, viene, inoltre, riconosciuta al giudicante una profonda discrezionalità nell'adeguare lo svolgimento del rito alla mutevolezza della materia del contendere (17). Ciò, con tutta evidenza, accade anche nel processo anglosassone, in cui è ammessa una svariata diversificazione dei c.d. *tracks* in relazione a parametri obiettivi, tra i quali occorre menzionare il valore, la materia e, non da ultimo, anche in tal caso, la discrezionalità del giudicante (18).

Il legislatore italiano, ispirato dalla concezione in virtù della quale il processo altro non è che il *medium* attraverso il quale assicurare la piena realizzazione del diritto sostanziale, ha, pertanto, optato per la più garantista soluzione del consolidamento del rito erroneamente istaurato ed in concreto seguito. Si tratta, in altri termini, di un corollario, di una estrinsecazione della *ratio* su cui riposa il principio della c.d. «prevalenza della sostanza sulla forma». In considerazione di ciò, appare, pertanto, assolutamente non temerario il tentativo di inquadrare tale scelta legislativa nei termini di prevalenza, in determinate ipotesi tassativamente previste, della forma (processuale) in concreto adottata rispetto a quella astrattamente desumibile da una mera ed acritica lettura del dettato normativo.

Tentando invero di operare un parallelismo in termini di sistematicità, ben si può ritenere che il legislatore abbia inteso assicurare una quanto più pronta e sollecita celebrazione del processo, a prescindere dal mero rispetto di elementi formali che, in alcuni casi, altro non farebbero che compromettere il tanto anelato raggiungimento della pace tra consociati. Un ostacolo, dunque, rispetto al fine su cui è informato l'intero sistema processual-civilistico italiano. Come, difatti, evidenziato dalla Suprema Corte nel caso di specie, l'art. 4 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 costituisce un'evidente manifestazione del «capovolgimento della tradizionale prospettiva» in virtù della quale le norme procedurali non potevano assolutamente essere ritenute intercambiabili, bensì erano (*recte*: dovevano esse-

(15) In particolare, a seguito dell'opera di riforma intervenuta non troppo recentemente, a decorrere dal 1976.

(16) Potendosi, ad esempio, a norma del § 275 ZPO, far precedere all'udienza principale (mediante la quale poter, di solito, pervenire alla decisione) una prima udienza immediata, ovvero, conformemente al § 276 ZPO, un procedimento preliminare scritto.

(17) Consentendo di diversificare tra c.d. circuito breve, semi-breve e trattazione ordinaria.

(18) Aspetti comparatistici suggeriti da C. Consolo, *La legge delega*, cit., 9.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

re) quelle espressamente stabilite dal legislatore per ciascuna controversia. Si è, in particolare, operato un mutamento (oltre che di rito) di prospettiva, una trasmigrazione, il cui approdo finale consiste nel più empirico paradigma – operante in ipotesi tassative – della c.d. «indifferenza» per il modulo procedimentale concretamente impiegato.

Ciò ancorché l'impiego di forme non pedissequamente corrispondenti a quelle previste dalla legge derivi non solo da un errore *genetico*/originario, ravvisabile nell'erronea scelta del rito da parte dell'attore, ma anche da un errore funzionale/successivo, consistente nella perpetuazione di tale errore finanche da parte del giudicante di prime cure, il quale, mediante la propria inerzia, ometta di pronunziare l'ordinanza di mutamento del rito. Quest'ultima, difatti, secondo quanto *expressis verbis* statuito all'art. 4, comma 2°, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 deve essere emessa «anche d'ufficio, non oltre la prima udienza di comparizione delle parti».

Vi è, in dottrina, chi, da subito, individuava lo scopo della fattispecie di cui all'art. 4, comma 5° cit. nell'intento di «minimizzare» l'errore nella scelta del rito commesso da parte di chi agisca in giudizio. In ogni caso, occorre evidenziare come tale sanatoria soggiaccia a numerose barriere preclusive, tra le quali, innanzitutto, di non secondario rilievo appare la necessità di sollevare la relativa eccezione (19) – così come di eventualmente rilevare *ex officio* la medesima questione perentoriamente entro e non oltre la prima udienza di comparizione delle parti (20); in considerazione di ciò non viene consentita la proponibilità di tale eccezione in sede di successivo gravame (21). Tale cesura temporale rappresenta, inoltre – co-

(19) Effetto, questo, ritenuto conforme a Costituzione da Corte cost. 16 aprile 1999, n. 128. Su tale profilo v., inoltre, *amplius* C. Marino, sub *art. 4*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili*, a cura di F. Santangeli, Milano 2012, 83 ss.

(20) Come, tra l'altro, evidenziato in C. Consolo, *Introduzione*, cit., XI; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 128 ss., il quale acutamente osserva come, in realtà, un'ordinaria applicazione del disposto di cui all'art. 101, comma 2°, c.p.c. imponga al giudice di sollecitare il contraddittorio delle parti circa l'eventuale erroneità del rito in concreto azionato. Ciò, nella stragrande maggioranza dei casi, comporta che la pronunzia sul punto avvenga necessariamente in un'udienza successiva alla prima.

(21) Anche se vi è, in dottrina, chi ammette, seppur in astratto, tale possibilità: nel consentire la riproposizione, in sede di giudizio di appello, della questione afferente alla erronea scelta del rito azionato, viene, tuttavia, chiarito il fatto che affinché l'errore sul rito possa rilevare quale motivo di nullità del procedimento *ex* art. 161 c.p.c., è necessario che la sussistenza di una sua incidenza causale. Il mancato mutamento di rito – nelle forme correttamente ed astrattamente previste dal legislatore – deve avere fornito un concreto apporto causale alla soccombenza della parte che intenda dolersi di tale doglianza in sede di successivo gravame. In tal senso, v. C. Consolo, *Introduzione*, cit., XI ss.; L. Salvaneschi, *Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte*, in questa *Rivista* 1984, 135 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

me, tra l'altro, egregiamente precisato nella pronuncia oggetto del presente studio – la precisa transizione di un rito che «da "errato" (in astratto) diviene "giusto" (in concreto) e alla stregua» del quale «devono essere sindacate la validità e l'efficacia degli atti delle parti». La più attenta dottrina, invero, già in sede di lavori preparatori relativi al d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, fotografò tale scelta legislativa nei termini di «svista normativa», in quanto «quel che va fatto alla prima udienza è la proposizione dell'eccezione relativa al rito prescelto, mentre l'ordinanza potrà ben essere pronunciata in seguito, non potendosi il relativo potere certo precludersi alla prima udienza» (22).

I primi commentatori della novella legislativa, inoltre, si accorsero di come la formulazione della disposizione *de qua* desse la stura a critiche in termini di non assoluta impeccabilità: il legislatore aveva, difatti, omesso di chiarire se vi fosse un qualche obbligo, per il giudice, di pronunziarsi – con ordinanza – entro l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. anche, e soprattutto, nel caso in cui questi fosse chiamato non solo a decidere dell'erroneità del rito prescelto dall'attore, ma a pronunziarsi anche sulla propria (in)competenza. Già le prime elaborazioni, sebbene nella consapevolezza della possibile eterogeneità di fattispecie rinvenibili nelle aule giudiziarie, ammettevano senza dubbio una tale impostazione (23).

3. – Nella decisione operata dalla Suprema Corte, appare di tutta evidenza il *favor legislatoris* per la permanenza – nonché prevalenza – del rito in concreto adottato, per quanto erroneo, rispetto a quello che, in base ad una rigorosa, nonché, soprattutto, letterale applicazione del dettato normativo, in astratto si sarebbe dovuto osservare nel caso di specie. In tale ipotesi, la proposizione dell'opposizione a cartella di pagamento era avvenuta con atto di citazione *ex* art. 615 c.p.c., anziché per il tramite del ricorso previsto dall'art. 7 (24), d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

In ciò si può chiaramente rinvenire una massima esplicazione del principio della c.d. «disponibilità» del processo civile, oltre che della situazione sostanziale la richiesta di tutela della quale costituisce presupposto indefettibile e, al tempo stesso, giustificazione dell'esistenza stessa di

---

(22) B. Sassani, *Sintesi presso la Commissione Giustizia Camera dei Deputati, Audizione del 19 luglio 2011*. Tale suggerimento non venne, tuttavia, accolto e, perciò, il definitivo della novella legislativa non presentò in modo alcuno possibili aperture a tale differente e più coerente approccio sistematico.

(23) R. Tiscini, *Mutamento*, cit., 46 ss. e 50 ss.

(24) La cui rubrica, non a caso, recita «Dell'opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

uno strumento, qual è il processo, appunto, la cui instaurazione è rimessa all'iniziativa della parte che ritenga in un certo qual modo pregiudicato un proprio diritto soggettivo. A tal precipuo fine, è stato espressamente previsto in via legislativa che nel caso di discrasia tra la forma che si sarebbe dovuta osservare, e quella in concreto – per quanto erroneamente – adottata, debba prevalere quest'ultima, con ciò assicurandosi una tutela giurisdizionale piena ed effettiva e, in quanto tale, non subordinata alla necessità di un pedissequo rispetto di norme procedurali (anziché sostanziali) delle quali le prime altro non costituiscono che uno strumento, un mezzo, anziché un risultato.

Al lume di tali precisazioni, appare condivisibile la rappresentazione – operata dalla Suprema Corte nel caso di specie – dell'art. 4 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 nei termini di «ulteriore tappa del percorso che segna il lento declino del formalismo processuale», il quale – ad una più attenta lettura – viene consentito non sulla base di un tentativo audace, pioneristico, operato in via giurisprudenziale, bensì dallo stesso legislatore.

Sempre in tale ottica, si è, tra l'altro, recentemente pronunziata la Terza Sezione civile della Suprema Corte in una fattispecie, ad un tempo, similare e contrapposta a quella oggetto del presente studio: il riferimento è, in particolare, alla sentenza n. 24891/2021 (25). In tale occasione, il collegio di legittimità, nel caso di azione revocatoria ordinaria proposta nelle forme di cui al ricorso *ex* art. 702 *bis* c.p.c., ha riconosciuto al deposito del ricorso – cui ha fatto seguito la rituale notificazione alla controparte del ricorso medesimo e del pedissequo decreto giudiziale di fissazione dell'udienza – la possibilità di provocare l'interruzione della prescrizione del diritto, e ciò in quanto meramente espressione della «volontà, in chi agisce, di dare impulso al processo».

Si tratta, pertanto, in entrambi i casi, di interpretazioni giurisprudenziali di tipo «estensivo», volte ad attribuire carattere di decisività al profilo afferente alla tempestività della proposizione della domanda giudiziale; ad ogni buon conto, occorre evidenziare come «esclusivamente» nella fattispecie oggetto della presente analisi, sia la stessa *littera legis*, e non, invece, un intervento correttivo di matrice pretoria ad attribuire alle parti – e, in particolare, all'attore – una più ampia, nonché considerevole possibilità operativa in sede giudiziale.

---

(25) Cass. 15 settembre 2021, n. 24891 con nota di F.C. Malatesta, *La scelta del rito quale elemento incidente sul momento di perfezionamento dell'effetto interruttivo della prescrizione del diritto vantato in giudizio*, in *Judicium* 2022, 211 ss., cui si consenta di rinviare per una più approfondita analisi di tale peculiare questione di garantismo pretorio.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Altro profilo sintomatico di tale scelta operata dal legislatore è rintracciabile nella sanatoria di tale vizio, nel caso di eventuale non tempestiva rilevazione e decisione della questione entro la prima udienza di cui all'art. 183 c.p.c. Ciò è agevolmente giustificabile per il tramite della Relazione illustrativa del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, la quale, nel parlare di «virtuale consolidabilità del rito erroneamente seguito dalle parti», altro non fa che ammettere la possibilità di «differenze puramente di disciplina procedurale». Il legislatore si è, perciò, da subito mostrato alquanto attento nel circoscrivere l'eventuale incertezza interpretativa scaturente dagli effetti derivanti dalla litispendenza nel frattempo instaurata, per quanto in forme erronee.

Una lapalissiana traccia di tale approccio può, tra l'altro, desumersi dal disposto di cui all'art. 59, comma 2°, l. 18 giugno 2009, n. 59, in tema di *translatio iudicii*, che, nel prevedere che «sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio...», sostanzialmente viene riproposta nell'art. 4, comma 5°, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, il quale testualmente dispone che «gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento».

Ai fini di una quanto più organica e coerente definizione della *quaestio iuris* afferente alla fattispecie del consolidamento del rito azionato nella forma erronea, la pronunzia in epigrafe pone a raffronto alcuni precedenti orientamenti pretori i quali, ancorché venuti alla luce in sede di giudizio di legittimità, prestano il fianco a caratteri differenziali, tra i quali vi è invero una qualche velata parvenza di impercettibilità.

È stato, anzitutto, evidenziato come in tema di salvezza degli effetti –sostanziali e processuali – della domanda giudiziale nel frattempo proposta, occorra non già avere riguardo alla mera conformità del rito azionato rispetto a quello in astratto previsto dal legislatore, bensì, per converso, apprezzare l'effettiva esplicazione del diritto – di rango costituzionale – di agire in giudizio, e ciò sotto il peculiare profilo della «utile attivazione del rito, ancorché difforme da quello imposto dalla legge» (26). Il rito in concreto adottato dalle parti, inoltre, si consolida anche con riguardo alla

(26) Cass. 26 settembre 2019, n. 24069, in cui veniva proposta opposizione *ex* art. 645 c.p.c. avverso l'ingiunzione ottenuta dal difensore nei confronti del proprio assistito ai fini della corresponsione degli onorari e delle spese dovute, chiesta in via monitoria ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 28 l. n. 794/1942, 633 c.p.c. e 14 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

forma dell'impugnazione, e ciò nel senso che la tempestività della proposizione dell'appello va esaminata con riferimento alla data della avvenuta consegna – ai fini della notificazione – dell'atto all'ufficiale giudiziario, piuttosto che a quella del suo deposito nella cancelleria del giudice del gravame (27).

Un secondo orientamento, per converso, prendendo le mosse dalla mancata operatività del meccanismo di mutamento *de quo* in sede di giudizio di appello, riteneva non possibile la salvezza degli effetti –sostanziali e processuali – della domanda proposta, in sede di gravame, nelle forme erronee. Ciò in quanto si supponeva – a quanto pare, non del tutto a ragione – quale presupposto indefettibile del mutamento di rito la pronunzia, da parte del giudice, di una ordinanza che avrebbe in tal senso disposto (28). Un terzo orientamento in maniera del tutto implicita riproponeva, benché in un differente ambito, la prassi pretoria plasmatasi con riguardo agli artt. 426 e 427 c.p.c., afferente alla operatività di una sanatoria *dimidiata* (29).

Quanto alla funzione ed alle possibilità operative realizzabili per mezzo di tale ordinanza, come sottolineato anche dalla Cassazione nella pronunzia in commento, la sua pronunzia non determina una regressione della vicenda processuale ad una fase antecedente rispetto a quella già svoltasi. In ogni caso, si consente alle parti di calmierare le proprie difese in relazione al rito concretamente osservato nel singolo caso di specie (30).

---

(27) Cass. 26 maggio 2020, n. 9847, occasione nell'ambito della quale l'opposizione era proposta avverso una cartella di pagamento. In ogni caso, in ambedue le fattispecie da ultimo citate, veniva, pertanto, proposta opposizione, sebbene nell'erronea forma della citazione, anziché del ricorso – in base a quanto in astratto prescritto dalla legge. Ad assumere carattere decisivo, a ben guardare, è meramente stato il carattere di tempestività della notifica della citazione in opposizione.

(28) Cass. 5 marzo 2020, n. 6318 con nota di F.S. Damiani, in *Foro it.* 2020, 2806 ss.; Cass. 10 aprile 2018, n. 8757; Cass. 30 settembre 2019, n. 24379, con nota di C. Scalvini, in *Giur. it.* 2020, 1378 ss. In tali pronunzie, la Suprema Corte aveva escluso la convertibilità del ricorso – depositato dall'appellante – in un atto di citazione in sede di gravame. L'unico rimedio che veniva ipotizzato, relativamente a siffatte ipotesi, consisteva nella sanatoria per raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156, comma 3°, c.p.c.: lo scopo si sarebbe potuto considerare raggiunto ove, entro lo spirare del termine concesso per il proficuo esperimento del rimedio impugnatorio, si fosse provveduto non solamente al deposito, ma anche alla successiva notificazione del ricorso (unitamente al decreto di fissazione dell'udienza). A ben guardare, tale possibilità rimediale afferisce all'erronea individuazione dell'atto di impugnazione, e non, invece, alla proposizione di un giudizio di primo grado secondo un modello errato rispetto a quello previsto *ex lege*.

(29) Cass. 8 settembre 2021, n. 24185; Cass. 17 settembre 2021, n. 25192; Cass. 14 maggio 2019, n. 12796.

(30) Sulla scorta di Cass. 15 aprile 2019, n. 10516; Cass. 21 dicembre 2018, n. 33178.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La comprensibile – e condivisibile – giustificazione cui imputare tale precisazione si deve alla scelta di tutelare l'affidamento che le parti hanno riposto nelle regole del c.d. «gioco processuale» seguite sino al momento della pronunzia dell'ordinanza di mutamento del rito. Alcuni studiosi hanno, tuttavia, inteso discostarsi da siffatta ricostruzione, ritenendo che, per tale via, si cagionerebbe una perniciosa esposizione del convenuto alle «scelte tattiche disinvolte dell'attore» il quale, azionando – tra gli atri – il rito laburistico, potrebbe essere mosso dal solo intento di avvalersi di un regime fortemente preclusivo (31).

Nonostante ciò, non si scorge motivo alcuno per condividere tale divergente approccio, in quanto l'ordinamento, in ogni caso, attribuisce al convenuto il potere di sollevare, in sede di prima udienza, l'eccezione di erroneità del rito prescelto dall'attore. Eccezione che, a ben guardare, il giudicante non può in alcun caso omettere di esaminare, pena la configurabilità del vizio di omessa pronunzia *ex* art. 112 c.p.c.

In ragione di ciò, la previsione normativa che ammette la salvezza degli effetti – sostanziali e processuali – della domanda azionata nelle forme erronee deve, pertanto, essere intesa in senso ampio, non ravvisandosi giustificazione alcuna che consenta di contrarre l'assai ampio raggio di tutele in tal caso ammesse dal legislatore (32).

4. – Sempre l'art. 4, comma 5°, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 espressamente prevede che «restano ferme le decadenze e le preclusioni maturate secondo le norme del rito seguito prima del mutamento». Anche in tal caso, è possibile rinvenire una palese coincidenza logico-testuale con quanto disposto dall'art. 59, comma 2°, l. 18 giugno 2009, n. 69 (33).

In entrambe le occasioni, il legislatore ha chiaramente inteso garantire quel coefficiente minimo di certezza del diritto, da intendersi nel senso di difetto di una libertà pressoché sconfinata, *absoluta* dell'agire in sede giudiziale. Pur ammettendo la disposizione di cui all'art. 4, comma 5°,

---

(31) C. Consolo, *Introduzione*, cit., XI.

(32) Anche se non mancano, in dottrina, posizioni di segno opposto, tra cui v. A. Carratta, *La «semplificazione»*, cit., 17 ss.; per la tesi tradizionale, v., *contra*, C. Marino, sub *art. 4*, in *Riordino e semplificazione*, cit., 93 ss.; R. Giordano, *Note a prima lettura sulle previsioni generali del d. lgs. n. 150 del 2011 in tema di semplificazione dei riti civili*, in *Giust. civ.* 2011, 435.

(33) Il quale dispone che debbano assolutamente rimanere «*ferme*» le preclusioni nel frattempo maturate e le decadenze irrimediabilmente intervenute. Circa tale aspetto insiste anche M. Lupano, *Sull'introduzione del processo secondo un modello formale errato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 121 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 la possibilità, in capo alle parti, di potersi svincolare da una rigida, rigorosa e financo anelastica osservanza delle norme dettate in tema di introduzione del giudizio, tale deroga viene senz'altro ammessa in via del tutto eccezionale: è, in ogni caso, necessario che siano rispettati i diritti di azione e difesa ed il principio del contraddittorio, in quanto principi cardine che devono inderogabilmente informare ogni processo (34).

5. – Relativamente, poi, alla natura dell'ordinanza con cui viene disposto il mutamento di rito, le Sezioni Unite ritengono che questa abbia rilevanza costitutiva successiva (35): ciò sta a significare che, nonostante l'aver azionato una pretesa mediante l'instaurazione di un rito difforme rispetto a quello astrattamente previsto dal legislatore, la valida esplicazione degli effetti – sostanziali e processuali – deriva dalla mera proposizione della domanda giudiziale, in ciò prescindendosi dal rigoroso ossequio per la forma procedimentale espressamente prevista ai fini dello scioglimento della fattispecie che viene in rilievo (36). In considerazione di ciò, l'ordinanza con cui viene disposto il mutamento di rito viene considerata dal

---

(34) Cass. 12 maggio 2021, n. 12567; Cass. 27 gennaio 2015, n. 1448; Cass. 5 aprile 2018, n. 8422; Cass. 17 ottobre 2014, n. 22075; Cass., sez. un., 2 maggio 2014, n. 9558.

(35) In ciò scorgendosi un evidente elemento differenziale rispetto a quanto statuito da Cass., sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927, con note di R. Nardone, in *www.giustiziacivile.com* 2022, A. Celeste, in *www.condominioelocazione.it* 2022. In tale occasione, si è inteso ravvisare il «carattere ordinatorio» dell'ordinanza *de qua*. Un esito assai simile può scorgersi in Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8491, con nota di D. Piombo, in *Foro it.* 2011, 1379 ss. Occorre, pertanto, notare come appaia alquanto inconsueto che due pronunzie delle Sezioni Unite, la pubblicazione dei cui verdetti è stata quasi simultanea, divergano tra loro in modo così evidente. Ciò, in particolare, si deve alla ritenuta esclusione dell'applicabilità della sanatoria di cui al d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 nel caso in cui – in materia di locazione – l'opposizione a decreto ingiuntivo sia stata proposta con citazione anziché con ricorso.

(36) Viene evidenziato da F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 130 ss., come possa agevolmente superarsi una delicata questione afferente alla valutazione della tempestività dell'atto – per quanto proposto nella forma errata – da convertirsi nell'atto corretto: la giurisprudenza (in particolare, Cass., sez. un., 9 novembre 2018, n. 28575, con nota di C. Scalvini, in *Giur. it.* 2019, 1083 ss.) impone la conversione dell'atto, e ciò anche ai fini della valutazione della tempestività di un atto. Viene, al contrario, evidenziato da Luiso come, in realtà, il coordinamento con la disposizione di cui all'art. 4, comma 5°, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 sia possibile operando *sic et simpliciter* una distinzione, da una parte, tra questioni oggetto dell'interesse della giurisprudenza e, dall'altra, dei profili incisi dalla novella normativa del 2011: mentre, nel primo caso, l'intervento pretorio si occupa, in particolare, degli atti posti in essere in sede – ed ai fini di un valido esercizio del potere – di impugnazione, nella differente ipotesi di cui al d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 si ha riguardo, invece, all'atto introduttivo del giudizio di primo grado. In considerazione di ciò, la regola della conversione deve trovare applicazione relativamente agli atti successivi.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

massimo organo nomofilattico quale «evento successivo, valevole pro-futuro e inidoneo ad incidere *ex post* sulla domanda, o a convalidarne gli effetti (già realizzatisi), o ad impedire» le decadenze o le preclusioni nel frattempo maturate in conformità alle norme del rito osservato anteriormente al suo mutamento.

Si è voluto, così, introdurre una sanatoria c.d. «piena»: mentre, in un primo momento, vi era stata sul punto una qualche apertura di matrice giurisprudenziale – seppur nei termini di sanatoria meramente c.d. «dimidiata» – è alla novella legislativa del 2011 che si deve la realizzazione di un ulteriore passo in avanti lungo il sentiero delle garanzie per le parti in lite. È, pertanto, oggi possibile la configurazione di una sanatoria «piena» dell'atto introduttivo del giudizio, che consente di escludere un qualche possibile rilievo – tanto dottrinale, quanto giurisprudenziale – di segno contrario.

Le Sezioni Unite attribuendo, poi, «rilevanza costitutiva successiva» all'ordinanza con cui viene disposto il mutamento di rito, hanno inteso negare la possibile configurazione di una efficacia *ex tunc* della stessa, facendo in tal modo assurgere alle norme che disciplinano il rito seguito prima dell'intervenuto mutamento il rango di parametro valutativo della legittimità dell'atto introduttivo della vicenda processuale.

L'ordinanza di cui all'art. 4, comma 5°, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 non è, pertanto, idonea a convalidare gli effetti – tra l'altro, già pienamente esplicatisi – della domanda giudiziale. Sulla base di ciò, nonché mediante l'espressa previsione dell'irretrattabilità del rito, è, dunque, possibile scorgere il carattere costitutivo e non retroattivo di tale pronunzia giudiziale. La sanatoria – non più dimidiata, bensì – piena dell'atto introduttivo difforme dal modello legale risulta pienamente coerente con la tendenza ordinamentale – nazionale, extraterritoriale e financo sovranazionale – alla dequotazione dei vizi di tipo meramente formale non esclusivamente afferenti all'erronea individuazione del rito, bensì financo alla giurisdizione.

Ai fini dell'operatività della sanatoria *de qua*, le Sezioni Unite, da ultimo, dispensano il giudicante dalla necessità di emettere il provvedimento mediante il quale viene disposto il mutamento di rito: viene, per tale via, riconosciuto un maggior margine operativo alle parti in lite.

FLORIN COSTINEL MALATESTA
Dottorando di ricerca nell'Università di Roma «La Sapienza»

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tribunale di Roma, sez. imprese, ord. 22 giugno 2021

Pres. Di Salvo – Rel. Ciocca

S.A. c. T.A. e altri

L'inefficacia della misura cautelare, sopravvenuta durante la pendenza del reclamo, determina la carenza di interesse di entrambe le parti alla decisione del gravame (massima non ufficiale).

(*Omissis*). – A.S., con atto del 9/1/2020, proponeva reclamo *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c. avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale di Roma in data 25 dicembre 2019, N.R.G. (*Omissis*), comunicata il 27 dicembre 2019, con cui era stato autorizzato il sequestro conservativo disposto sino all'importo di € 39.468.592,00 nei confronti dell'amministratore unico P.M. A. F. e dei 3 sindaci della T.P. S.p.A., tra i quali il reclamante, chiedendone l'integrale riforma, con conseguente rigetto del ricorso per sequestro conservativo proposto in prime cure in corso di causa dalla parte resistente C. T., (*Omissis*).

(*Omissis*) - Con ordinanza del 10 aprile 2021 il collegio, rilevato che, nelle more del procedimento, il sequestro autorizzato in prime cure era stato dichiarato inefficace con sentenza dell'adito Tribunale, assegnava termine alle parti per provocare sul punto il contraddittorio e tutti i contendenti dichiaravano, con le rispettive memorie, di avere interesse alla decisione nel merito del reclamo.

- Il Collegio rileva che deve dichiararsi il sopravvenuto difetto di interesse ad agire di tutti i reclamanti. Ed invero, come evidenziato con la citata ordinanza interlocutoria del 10 aprile 2021, premesso che i reclami riuniti nel presente giudizio sono stati proposti avverso l'ordinanza cautelare emessa in corso di causa nel procedimento N.R.G. (*Omissis*), nella causa di merito di responsabilità N.R.G. (omissis), dall'esame del fascicolo di merito risultano questioni rilevabili d'ufficio, sopravvenute alla assunzione della riserva, idonee a definire i reclami riuniti sotto il profilo del sopravvenuto difetto di interesse all'impugnazione. In particolare, risulta definito in primo grado con sentenza n. (*Omissis*) il procedimento N.R.G. (omissis), con cui il Tribunale ha dichiarato la inefficacia del sequestro conservativo oggetto della ordinanza reclamata; dall'esame del fascicolo risulta, inoltre, depositata nuova istanza di sequestro in corso di causa da parte di C.T.

Nel rispetto del combinato disposto degli artt. 696 *sexies* e 101 c.p.c., secondo cui «se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti un termine, non inferiore a venti e non superiore a 40 giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione», sulla questione all'esame del collegio è stato ritualmente provocato il contraddittorio.

2. - Tanto premesso, ritiene il Tribunale che, in ragione della declaratoria di inefficacia del sequestro autorizzato con l'ordinanza reclamata, debba predicarsi il sopravvenuto difetto di interesse delle parti ai reclami riuniti nel presente procedimento, in quanto anche un'eventuale provvedimento favorevole ai reclamanti non arrecherebbe loro alcuna utilità giuridicamente apprezzabile, dal momento che non potrebbe in nessun caso determinare la reviviscenza del sequestro, ormai divenuto inefficace. Non rileva, in contrario, la eventuale pendenza del termine per l'impugnazione della sentenza dichiarativa dell'inefficacia del provvedimento, trattandosi di sentenza provvisoriamente esecutiva, che, in mancanza di prova della sua sospensione o riforma in sede di gravame, ha già prodotto, allo stato attuale, l'effetto caducatorio del provvedimento cautelare. Ciò comporta il venir meno di un interesse attuale alla pronuncia sui reclami riuniti, che nulla potrebbe aggiungere alla interve-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nuta perdita di efficacia del provvedimento reclamato. Non potrebbe, inoltre, ravvisarsi il perdurante interesse ad agire dei reclamanti in considerazione della diversità delle ragioni sottese alla sentenza di inefficacia del sequestro rispetto ai motivi di reclamo proposti nella presente sede, essendo al contrario dirimente la dichiarata inefficacia del provvedimento cautelare, che ne ha fatto venir meno ogni effetto giuridico, con conseguente sopravvenuto venir meno dell'interesse giuridicamente rilevante alla sua impugnazione.

In particolare, quanto ai reclami proposti in via principale, l'effetto caducatorio del provvedimento impugnato è stato interamente prodotto dalla sua inefficacia e dalla relativa declaratoria; quanto al reclamo incidentale proposto da C.T., a prescindere dalla sua ammissibilità sotto il profilo della tempestività della sua proposizione, deve ritenersi preclusa l'estensione di un sequestro divenuto ormai inefficace per la sua mancata tempestiva e rituale esecuzione. D'altronde, a maggior dimostrazione del venir meno di interesse al presente procedimento, sta la circostanza della intervenuta riproposizione della domanda cautelare da parte di C.T., che ha, dunque, già tenuto una condotta palesemente contraria all'intenzione di contestare la pronuncia di inefficacia intervenuta, che osterebbe al nuovo avvio del procedimento cautelare per sequestro. (*Omissis*).

Sui rapporti tra reclamo e inefficacia della misura cautelare

1. – La pronuncia in commento offre l'occasione per affrontare alcuni aspetti inesplorati sul rapporto tra reclamo e procedimento per la dichiarazione di inefficacia della misura cautelare. Nonostante la dottrina abbia studiato approfonditamente (non senza il confronto con soluzioni giurisprudenziali) il concorso fra reclamo e altri istituti (1), come la revoca e la modifica, la riproposizione della domanda, nonché l'attuazione del provvedimento cautelare, il tema odierno non è stato oggetto di particolare attenzione, che forse, invece, merita.

Venendo al caso esaminato, il reclamante richiedeva la riforma dell'ordinanza con la quale era stato concesso un sequestro conservativo nel corso di una causa di responsabilità degli organi sociali di una s.r.l. Il resistente, costituitosi in giudizio, proponeva a sua volta reclamo incidentale, domandando un'estensione del sequestro su ulteriori beni. Nelle more del reclamo,

(1) Sul concorso tra revoca/modifica e reclamo S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015, 776 ss.; E. Merlin, A. Henke, *La revoca e la modifica*, in G. Tarzia, A. Saletti, *Il processo cautelare*, Padova 2008, 473-474, C. Petrillo, *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio, B. Capponi, Padova 2007, I, *sub* art. 669-*decies*, 204 ss. Sui rapporti con la riproposizione della domanda cautelare, R. Vaccarella, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.* 1995, II, 522 ss. Sulle relazioni tra reclamo e opposizioni esecutive, E. Vullo, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino 2001, 163 ss., F. Corsini, *Il reclamo cautelare*, Torino 2002, 233 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la misura cautelare veniva dichiarata inefficace con sentenza per mancata esecuzione del sequestro ai sensi dell'art. 675 c.p.c. Il collegio, rilevata la predetta sentenza dal fascicolo di merito, definiva il reclamo con una pronuncia di rito per sopravvenuta carenza di interesse ad agire delle parti, osservando che, venuta meno l'efficacia della misura cautelare, un'eventuale riforma del provvedimento impugnato non avrebbe apportato un'utilità giuridicamente apprezzabile a nessuno dei contendenti.

La decisione del collegio muove dal presupposto che il provvedimento di cui all'art. 669 *novies* c.p.c., emanato a conclusione di un autonomo procedimento di cognizione teso ad accertare la sussistenza di una causa di inefficacia (2), produce automaticamente la caducazione della misura, essendo immediatamente esecutivo. Si pone, tuttavia, un problema rilevante e di non semplice risoluzione, ovverosia che la sentenza dichiarativa è regolarmente impugnabile, sicché un'eventuale riforma in sede di impugnazione, attribuendo nuovamente efficacia all'originaria misura, potrebbe determinare una riviviscenza dell'interesse alla decisione da parte del reclamante. La pronuncia assolutoria resa nel procedimento di reclamo, infatti, potrebbe trasformarsi in un vero e proprio *non liquet*, dal momento che il reclamante, una volta rinnovata l'efficacia del provvedimento cautelare, rischierebbe di subire l'attuazione della misura, quantunque una decisione sul merito del gravame sia stata negata.

Per il collegio romano, invece, l'eventuale pendenza del termine per l'impugnazione sarebbe ininfluente, atteso che il giudice dovrebbe prendere atto della caducazione della misura, non potendo pervenire ad una decisione sul «merito cautelare» in mancanza di prova della sospensione dell'esecutività o di riforma della sentenza dichiarativa dell'inefficacia. Pertanto, accertata la perdita di efficacia della misura, venendo meno le ragioni della lite sul diritto cautelando, sussisterebbero i presupposti per la definizione del reclamo con una pronuncia di cessazione della materia del contendere.

---

(2) L'orientamento dominante ritiene che il procedimento si svolga nelle forme della cognizione ordinaria, mentre una frangia minoritaria della dottrina sostiene la possibilità di adottare gli schemi del procedimento camerale. In quest'ultimo senso L. Guaglione, *Il processo cautelare*, Napoli 2006, 193; Trib. Trani, 4 luglio 2000, in *Giur. merito* 2001, 989; Trib. Piacenza, 5 settembre 1995, in *Foro it.* 1996, I, 1441. La maggioranza della dottrina, inoltre, è concorde sulla natura dichiarativa del provvedimento che accerta l'inefficacia, S. Recchioni, *op. cit.*, 671; A. Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Milano 1991, 253. Sostengono, invece, la natura costitutiva, G. Samorì, in *Commentario breve al c.p.c. Appendice di aggiornamento*, a cura di F. Carpi, V. Colesanti, M. Taruffo, Padova 1991, *sub.* art. 669-*novies*, 228; C. Cecchella, *Il processo cautelare. Commentario*, Torino 1997, 131-132.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2. – Prima di valutare la correttezza della decisione, è opportuno delineare i tratti essenziali del procedimento per la dichiarazione di inefficacia della misura cautelare. L'art. 669 *novies*, comma 2°, c.p.c. prevede che la parte interessata deve proporre ricorso al giudice che ha emesso il provvedimento cautelare, non specificando se l'atto vada indirizzato al magistrato persona fisica, autore della misura, o all'ufficio giudiziario di appartenenza (3). A nostro avviso, la competenza si radica dinanzi al magistrato che ha emesso la misura, anche se il giudizio di merito è pendente (4), mentre una nuova designazione può essere ammessa solo in casi eccezionali e straordinari (5). In quest'ottica, se il provvedimento cautelare è riformato o confermato in sede di reclamo, o modificato *ex* art. 669 *decies* c.p.c., il ricorso andrà proposto rispettivamente al collegio o al giudice che ha provveduto sull'istanza di modifica (6).

Convocate le parti all'udienza di comparizione, lo svolgimento del giudizio dipende dalla presenza di una contestazione del resistente sulla richiesta di accertamento dell'inefficacia (7). In assenza di contestazione, il

---

(3) Tale lacuna ha suscitato un vivo dibattito in dottrina. Propendono per la prima soluzione E. Vullo, *Dei procedimenti cautelari in generale*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2017, *sub* art. 669 *nonies*, 300-301; R. Giordano, *La tutela cautelare uniforme. Prassi e questioni*, Milano 2008, 235. Sostiene il secondo orientamento G. Frus, in S. Chiarloni, *Le riforme del processo civile*, Bologna 1992, *sub* art. 669 *nonies*, 722-723. La giurisprudenza è orientata verso quest'ultima tesi, Trib. Trani, 30 settembre 1996, in *Giur it.* 1997, I, 2, 150 ss., con nota adesiva di A. Carratta, *A proposito dell'onere di prendere posizione*. Per un'ampia disamina delle soluzioni prospettate in dottrina e giurisprudenza, G. Frus, *Osservazioni sulla competenza a dichiarare l'inefficacia di un provvedimento cautelare negato dal giudice adito* ante causam *e concesso dal giudice del reclamo*, in *Giur it.* 2005, I, 797-798.

(4) Così I. Andolina, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it*. 1993, II, 75-76. *Contra* G. Arieta, *Le tutele sommarie, il rito cautelare uniforme, i procedimenti possessori*, in *Trattato di diritto processuale*, Padova 2005, III, 882-883; Trib. Reggio Calabria, 8 agosto 2003, in *Giur. merito* 2004, III, 483, spec. 491 ss., con nota critica di M. Farina, *L'inefficacia del sequestro per mancata esecuzione fra abrogazione tacita e problemi applicativi*.

(5) Ad esempio, in caso di trasferimento, morte, pensionamento del magistrato, etc... Così R. Giordano, *op. cit.*, 235; F. Auletta, *L'inefficacia del sequestro per effetto di sentenza straniera*, in *Giust. civ*. 1996, 1481-1482.

(6) A. Attardi, *op. cit.*, Milano 1991, 247; Trib. Salerno, 26 febbraio 1998, in *Foro it.* 1998, I, 2296. Sostengono la tesi contraria, nel senso di attribuire la competenza all'autore originario della misura, A. Carratta, *I procedimenti cautelari*, in *Dottrina casi sistemi*, a cura di A. Carratta, rist., Bologna 2017, 318, nt. 81, ma solo in caso di rigetto del reclamo, Trib. Roma, 24 settembre 1996, in *Giur. merito* 1998, II, 236 ss., con nota adesiva di P. Recussi, *L'inefficacia del provvedimento cautelare in rapporto alla definizione in rito del processo di merito ed alla natura sostitutiva del reclamo*.

(7) Sul concetto di contestazione vi sono varie opinioni in dottrina. L'orientamento maggioritario ritiene che la contumacia del resistente non dia luogo ad un'ipotesi di non

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giudice definisce il procedimento con un'ordinanza sommaria avverso la quale, se emessa al di fuori dei presupposti di legge, dovrebbe essere ammesso l'esperimento delle impugnazioni ordinarie (8). Tale ordinanza, producendo effetti *ex tunc*, deve contenere anche i provvedimenti di ripristino, al fine di consentire una reintegrazione della situazione di fatto e di diritto incisa dalla misura cautelare.

In caso di contestazione, invece, l'*iter* procedimentale diviene più complesso, dal momento che la controversia deve essere decisa con sentenza da parte dell'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, mediante una nuova designazione del magistrato a cui affidare la trattazione. In tal caso, secondo la dottrina maggioritaria, il giudizio si trasforma in un processo a cognizione piena destinato a chiudersi con sentenza, che viene qualificata impropriamente dal legislatore come «provvisoriamente esecutiva» (9). La previsione esplicita dell'efficacia esecutiva, di per sé pleonastica, potrebbe essere intesa nel senso che la pronuncia determina immediatamente la caducazione della misura, indipendentemente dal suo passaggio in giudicato (10).

---

contestazione. In senso contrario E. Merlin, *La sopravvenuta inefficacia del provvedimento cautelare*, in G. Tarzia, A. Saletti, *Il processo cautelare*, Padova 2008, 450, nt. 68. Per quanto riguarda l'oggetto della contestazione, alcuni autori ritengono sufficiente una generica presa di posizione (Trib. Genova, 28 febbraio 2020, in *Nuova giur. civ. comm.* 2000, 330, con nota adesiva di M. Curti, *Sulla procedura per la declaratoria di inefficacia del provvedimento cautelare*), per altri le doglianze dovrebbe vertere sui motivi addotti dall'attore a fondamento dell'inefficacia della misura (G. Frus, *Le riforme*, cit., 730).

(8) G. Arieta, *Le cautele*, in *Trattato di diritto processuale civile*, 2° ed., XI, Padova 2011, 953; E. Vullo, *op. ult. cit.*, 309-310; C. Cecchella, *op. cit.*, 136-137. Ammette l'esperibilità del ricorso in Cassazione G. Verde, *Codice di procedura civile*, a cura di G. Verde, F. L. Di Nanni, Torino 1993, *sub* art. 669 *novies*, 496. La maggioranza della dottrina, e della giurisprudenza, invece, propende per l'ammissibilità del reclamo, B. Sassani, *La riforma del processo civile*, a cura di B. Sassani, C. Consolo, F.P. Luiso, Milano 1991, *sub* art. 669 *novies*, 490; S. Recchioni, *op. cit.*, 763; E. Merlin, *op. cit.*, 450; Cass., 12 maggio 1997, n. 4113, in *Foro it.* 1998, I, 1542, spec. 1565, con nota di G. Balena, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*.

(9) E. Vullo, *op. cit.*, 312, osserva che la precisazione della provvisoria esecutività sarebbe superflua, stante la regola generale prevista dall'art. 282 c.p.c. Conformemente S. Recchioni, *op. cit.*, 740-741.

(10) C. Consolo, S. Recchioni, *Codice di procedura civile commentato*, ed. diretta da C. Consolo, Milano 2007, *sub* art. 669 *novies*, 4805. Per S. Recchioni, *op. cit.*, 741, tale previsione riprodurrebbe un peculiare effetto espansivo esterno della sentenza di primo grado *ex* art. 336, comma 2°, c.p.c. Secondo E. Merlin, *op. cit.*, 455, nt. 82, l'efficacia esecutiva sarebbe riconducibile solo ai capi relativi agli effetti restitutori. Analogamente C. Cecchella, *op. cit.*, 134. Nel silenzio della norma, mi sembra preferibile circoscrivere l'efficacia esecutiva solo agli eventuali capi condannatori della sentenza.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Infine, la norma attribuisce al giudice la possibilità di emettere in corso di causa provvedimenti di modifica o revoca della misura. La disposizione, considerata dalla maggioranza degli interpreti oscura ed equivoca, è stata oggetto di varie interpretazioni da parte della dottrina. Secondo l'indirizzo preferibile, tale rinvio dovrebbe essere inteso nel senso di riconoscere al giudice il potere di adottare misure interinali che anticipino la declaratoria di inefficacia, anche per evitare contestazioni pretestuose o meramente dilatorie (11).

3. – Delineate le principali caratteristiche del procedimento di dichiarazione di inefficacia, non sarà inopportuno fare un cenno, per quanto qui rileva, ad alcuni aspetti peculiari del reclamo. L'istituto di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. configura un mezzo di impugnazione che consente un libero riesame delle condizioni per la concessione della tutela cautelare (12). La qualificazione impugnatoria del reclamo, secondo la maggioranza della dottrina, comporta la trasposizione dei principi generali in materia di impugnazioni a tale mezzo di gravame, compatibilmente alle specificità della tutela d'urgenza. L'istaurazione del procedimento, quindi, richiede la sussistenza dei classici presupposti processuali per l'impugnazione, ossia interesse e legittimazione ad impugnare. L'estendibilità delle rimanenti norme, invece, deve essere calibrata in base alla portata pienamente devolutiva del reclamo, il quale permette una rinnovazione del giudizio cautelare svolto in primo grado, senza alcuna finalità rescindente.

La connotazione del reclamo come mezzo di gravame a carattere devolutivo, da subito condivisa in dottrina ed ora sancita testualmente nell'impianto legislativo, implica altresì che il provvedimento emesso in seconde cure si sostituisca integralmente all'originaria misura cautelare. Pertanto, esaurita la fase di reclamo, il controllo sulla misura si trasferisce al collegio, il quale dovrà sovraintendere all'attuazione del provvedimento, nonché provvedere sulle istanze di modifica o revoca dello stesso. Il tra-

---

(11) Così A. Proto Pisani, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.* 1991, V, 77. Condivide la tesi, quanto alla funzione anticipatoria, S. Recchioni, *op cit*., 745. Per B. Sassani, *La riforma*, 491, in caso di mancanza del giudice istruttore della causa di merito, la competenza anderebbe attribuita al giudice individuato ai sensi dell'art. 669-*novies*. Egualmente A. Attardi, *op. cit.*, 249; G. Arieta, *Le cautele*, cit., 1040.

(12) La natura del reclamo come mezzo di impugnazione è stata da sempre discussa in dottrina. Un orientamento minoritario, infatti, qualifica il reclamo come mezzo di controllo «rotatorio», negando la possibilità di individuare un doppio grado di giurisdizione, G. Arieta, *Problemi e prospettive in tema di reclamo*, in questa *Rivista* 1997, 421-422; Id., *Le cautele*, 1101 ss. Similmente G. Basilico, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova 2001, 371 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sferimento dei poteri gestori, tuttavia, si verifica non solo quando il collegio pervenga ad una decisione di «merito cautelare», ma anche in caso di conferma dell'ordinanza conseguente al rigetto in rito del reclamo. Diversamente, dovrebbe dedursi che il governo della misura rimanga ancorato al giudice di prime cure, ridimensionando eccessivamente la portata sostitutiva del reclamo cautelare (13).

4. – Dopo aver illustrato i tratti salienti dei due giudizi, volendo immaginare un possibile coordinamento «in via preventiva», si potrebbe ipotizzare che il reclamo venga esaminato una volta passata in giudicato la sentenza dichiarativa dell'inefficacia della misura. In tal senso, il collegio potrebbe sospendere il procedimento *ex* art. 295 c.p.c., dal momento che dalla pronuncia sull'(in)efficacia della misura potrebbe dipendere la decisione del reclamo. Questa tesi, che avrebbe il pregio di stabilire un rimedio risolutivo per il raccordo trai due giudizi, si presta tuttavia ad alcune immediate obiezioni.

Come è stato correttamente osservato, la sospensione del processo costituisce l'antitesi della tutela d'urgenza, motivo per cui è stata fermamente negata l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. nel giudizio cautelare (14). Inoltre, considerando che la finalità della sospensione necessaria per pregiudizialità è comunemente riconosciuta nell'esigenza di evitare un conflitto di giudicati, l'istituto sarebbe di per sé inadeguato per il processo cautelare, nel quale è inesistente il fenomeno della cosa giudicata sostanziale.

Un approdo diverso, ma sempre orientato alla sospensione del reclamo in attesa della chiusura del giudizio sull'inefficacia, potrebbe essere individuato nell'art. 337, comma 2°, c.p.c. secondo l'applicazione suggerita dalla Suprema Corte (15). In tal senso, la sospensione del gravame potreb-

---

(13) B. Capponi, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*, in *Foro it.* 1994, 2015, ritiene che la gestione processuale della misura rimanga in capo al giudice di primo grado. L'indirizzo maggioritario, in linea con la natura devolutiva del reclamo, sostiene l'opinione contraria, *ex multis* E. Merlin, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIV, Torino 1996, 416-417.

(14) G. Arieta, *Le cautele*, 1162; G. Trisorio Liuzzi, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in questa *Rivista* 2003, 756 ss., e Id, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari 1987, 653 ss. Ne deriva l'inapplicabilità della sospensione al caso di specie, S. Recchioni, *op. cit.*, 420, spec. 746, ove l'a. esclude anche le forme di coordinamento dell'art. 39 c.p.c. o della riunione *ex* art. 273 c.p.c.

(15) Mi riferisco a Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, in questa *Rivista* 2013, 683, con nota critica di S. Menchini, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, ed in *Corr. giur.* 2012, 1322, con nota di B. Zuffi, *Le Sezioni Unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

be essere disposta solo in presenza di prova che la sentenza dichiarativa dell'inefficacia sia stata impugnata o non sia ancora formalmente passata in giudicato. Nonostante parte della dottrina ritenga che l'art. 337 cpv., nel menzionare l'autorità della sentenza, si riferisca al giudicato, i termini della vicenda non cambiano, dal momento che la stasi derivante dalla sospensione potrebbe causare un pregiudizio al reclamante, soprattutto nel caso in cui il ricorso per l'inefficacia venga poi rigettato all'esito del processo di cognizione ordinaria.

Un coordinamento efficace, invece, potrebbe essere ottenuto devolvendo al collegio la competenza a decidere sull'inefficacia, mediante un onere della parte di dedurre la questione all'interno del reclamo come «circostanza» o «motivo sopravvenuto» (16). Se la causa di inefficacia si verificasse durante la pendenza del reclamo, la parte dovrebbe sottoporre tale circostanza al collegio, il quale, in deroga ai criteri di competenza stabiliti dall'art. 669 *novies*, potrebbe risolvere la questione incidentalmente, per poi decidere il gravame (17). La tesi esposta, pur essendo potenzialmente in grado di assicurare una sintesi efficace, appare costruita su alcune forzature difficilmente superabili. Innanzitutto, la devoluzione della questione al collegio comporterebbe una violazione dei criteri di competenza stabiliti per la declaratoria di inefficacia, in base ai quali la decisione deve essere pronunziata «dal giudice che ha emanato il provvedimento cautelare», ossia dal magistrato autore della misura. Inoltre, il collegio potrebbe dichiarare l'inefficacia con ordinanza, dando le disposizioni necessarie per il ripristino, ma in caso di contestazione, sarebbe costretto a rinviare all'ufficio giudiziario di appartenenza per la decisione mediante rito ordinario.

---

causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata. Secondo l'annotata pronuncia, il giudice della causa dipendente potrebbe optare se disporre la sospensione del processo o adeguarsi al contenuto della sentenza resa sulla causa pregiudicante, benché non ancora passata in giudicato.

(16) La norma, infatti, pone un onere di fare valere all'interno del reclamo qualsiasi situazione extra-processuale che darebbe luogo ad una modifica o revoca della misura. Così M. F. Ghirga, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in questa *Rivista* 2005, 802. Tale ipotesi è presa in considerazione anche da M. Dominici, *Quando il sequestro giudiziario di beni nuoce al sequestrante...: note sull'«assorbimento» della tutela cautelare nella sentenza che accerta l'esistenza del diritto e sui poteri del giudice del reclamo*, in *Giur.it.* 2003, III, 1818 ss. Secondo C. Cecchella, *op. cit.*, 194, l'inefficacia rappresenterebbe una sopravvenienza che potrebbe legittimare la revoca della misura.

(17) Secondo certa dottrina le cause di inefficacia potrebbero essere conosciute *incidenter tantum* dai vari giudici deputati alla gestione della misura cautelare. In tal senso C. Cecchella, *op. cit.*, 194; A. Attardi, *op. cit.*, 253; R. Giordano, *op. cit.*, 233.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Da ultimo, di fronte alla dichiarazione di inefficacia, si potrebbe profilare l'ipotesi della riproposizione dell'istanza cautelare. Questa strada, imboccata anche nell'ordinanza in commento, non mi sembra però una soluzione ottimale, dal momento che il rigetto del reclamo determina la conferma della misura, mentre l'inefficacia costituisce una interinale perdita di esecutività del provvedimento cautelare. Pertanto, la proposizione di una nuova domanda, uguale a quella già concessa in prime cure, potrebbe determinare una inammissibile duplicazione del potere cautelare, nonché una proliferazione di comandi giudiziali, specie nell'ipotesi in cui l'originaria misura riacquisti pienamente la propria efficacia (18).

5. – Le superiori riflessioni dimostrano che il tentativo di individuare un sistema preventivo di coordinamento si scontra inevitabilmente con l'impossibilità di garantire una trattazione simultanea o la sospensione della fase cautelare. In sostanza, l'eterogeneità dei giudizi, non solo nelle forme, ma anche nell'oggetto, porta ad escludere che si possa predisporre un efficace sistema di collegamento tra le decisioni. Conseguentemente, il reclamo non può subire alcun arresto a causa della contemporanea pendenza del giudizio ordinario sull'inefficacia, dovendo proseguire in modo naturale fino alla decisione sul provvedimento impugnato.

Chiarito ciò, compito dell'interprete è comprendere quale rilevanza abbia l'inefficacia all'interno del procedimento di reclamo, specialmente nel caso in cui la questione sia ancora suscettibile di riforma. Rispetto a questo interrogativo, la pronuncia in commento a primo acchito sembrerebbe poggiare su basi inattaccabili dal punto di vista logico-giuridico, dal momento che, ravvisata l'inefficacia della misura, la decisione finale dovrebbe sostanziarsi in una pronuncia di cessazione della materia del contendere (19). Dinanzi all'apparente indiscutibilità della soluzione adottata, tuttavia, una riflessione più accurata porta a ritenere che la statuizione del

---

(18) Inoltre, se l'inefficacia della misura fosse contestata nel procedimento di cognizione ordinaria, la nuova domanda cautelare, uguale a quella già accolta, a buon diritto potrebbe essere rigettata in rito per carenza di interesse ad agire.

(19) Così S. Recchioni, *op. cit.*, 746-747, il quale afferma che «la dichiarazione d'inefficacia della misura cautelare elimina la ragione del contendere anche nella fase di reclamo ovvero sul sub-procedimento di modifica o revoca del provvedimento, perché di nessuna utilità è la caducazione, modifica o revoca di un provvedimento ormai dichiarato privo di efficacia giuridica. Anche in questo caso, dunque, vi è una palese carenza sopravvenuta di interesse alla prosecuzione della *tranche* processuale ancora in essere, che potrà definirsi con pronuncia di cessazione della materia del contendere».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

collegio sconti alcuni equivoci sul concetto di efficacia e sulla operatività dell'interesse ad impugnare nella fase del reclamo.

Sul primo punto, deve dirsi che l'inefficacia rappresenta una fattispecie concepita in termini differenti dalla caducazione del provvedimento cautelare che potrebbe ottenersi, ad esempio, mediante l'accoglimento del reclamo o la revoca *ex* art. 669 *decies*, c.p.c. Contrariamente, non vi sarebbe una valida ragione per cui il legislatore distingua tra «inefficacia» e «revoca» della misura, apprestando differenti meccanismi per l'eliminazione del comando cautelare.

La distinzione, invece, mantiene un'importante autonomia concettuale giacché sottende la presenza di varie forme di controllo sull'esercizio del potere cautelare. Difatti, mentre la revoca *ex* art. 669 *decies* e il reclamo si caratterizzano per uno scrutinio sull'esistenza dei presupposti della tutela cautelare, seppur con premesse e finalità radicalmente divergenti, l'inefficacia non dipende in alcun modo da una valutazione delle esigenze cautelari, bensì da circostanze esterne e successive all'emanazione del provvedimento. Le circostanze che determinano l'inefficacia della misura, condividono in larga parte una radice comune, ossia il mancato assolvimento di un onere e/o un'inerzia da parte del titolare (20). Dunque, appare evidente che, escludendo la sola ipotesi di inesistenza del diritto cautelando, l'inefficacia della misura sia concepita come sanzione processuale all'inattività del beneficiario della misura, dalla quale può essere ricavata una carenza di interesse all'ottenimento del comando cautelare o alla coltivazione del giudizio di merito (21).

Da queste brevi considerazioni si può desumere che l'inefficacia, a differenza della revoca, non determina l'eliminazione del provvedimento cautelare dalla realtà materiale, ma comporta solamente l'inattuabilità della

---

(20) A. Carratta, *op. cit*., 289 ss.; F. Marelli, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, in questa *Rivista* 1999, 786. Tra le singole fattispecie basate su un'inattività di parte, bisogna annoverare il mancato o tardivo inizio del giudizio di merito, l'estinzione del giudizio di merito, il mancato versamento della cauzione, la mancata proposizione di domanda di esecutorietà della sentenza straniera o del lodo arbitrale, la mancata esecuzione del sequestro *ex* art. 675 c.p.c., omissione degli adempimenti *ex* art. 156 disp. att. cod. proc. civ. Rimarrebbe esclusa solo l'accertamento dell'inesistenza del diritto cautelato, fattispecie che potrebbe essere ricondotta alla diversa visione interpretativa dell'inefficacia quale rimedio all'attenuazione della strumentalità della tutela cautelare. Sul punto v. *infra.*

(21) Sostiene la natura sanzionatoria G. Basilico, *op. cit.*, 277-278. Un'altra parte della dottrina, invece, ritiene che l'inefficacia si ricolleghi alla carenza del nesso di strumentalità. Così G. Arieta, *Le cautele*, 1014; C. Cecchella, *op. cit*., 112; E. Merlin, *op. cit*., 425-426. Bisogna osservare, tuttavia, che l'inefficacia oggi mantiene spazi operativi assai ridotti, in virtù dell'introduzione del regime di strumentalità attenuata. Sul punto R. Caponi, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro. it*. 2006, II, 70 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

misura, con effetti retroattivi al momento della emanazione del provvedimento. Scartata l'idea di un'immediata caducazione del provvedimento, la misura cautelare, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti di cui all'art. 669 *novies* c.p.c., riacquista la propria efficacia automaticamente, senza necessità di una nuova pronuncia (22). In tal senso, l'effetto principale della sentenza che riforma o cassa la declaratoria d'inefficacia è quello di ripristinare il provvedimento cautelare, consentendo l'esperimento *ex novo* del procedimento di attuazione (23). Dunque, chiarita la non coincidenza tra due concetti, non mi sembra che l'inefficacia costituisca necessariamente un «mutamento delle circostanze» che legittimi la revoca della misura, come è stato talora sostenuto in giurisprudenza (24).

6. – Se queste premesse fossero valide, si potrebbero avanzare fondati dubbi nei confronti della declaratoria di sopravvenuto difetto di interesse ad agire delle parti, che viene ricavata dalla attuale (ma non definitiva) inefficacia del provvedimento cautelare. La pronuncia in commento, infatti, sposa l'orientamento secondo cui, esclusa una diretta corrispondenza con il *periculum in mora*, le caratteristiche dell'interesse ad agire nel giudizio cautelare non sarebbero dissimili da quelle del processo di cognizione, dovendo il giudice constatare la concreta ed effettiva utilità del provvedimento rispetto alle richieste delle parti (25).

---

(22) S. Recchioni, *op. cit.*, 689, con riferimento alla riforma della pronuncia di estinzione del giudizio. G. Oberto, *Il nuovo processo cautelare*, Milano 1992, 94, rispetto al caso della inibitoria della sentenza di rigetto di primo grado. In giurisprudenza Cass., sez. un., 16 luglio 2012, n. 12103, in *Dir. e giustizia* 2012, 617, con nota di I. Nocera, *sequestro conservativo inefficace se il giudizio di merito correlato si estingue.* Analoghe considerazioni potrebbero farsi rispetto al caso della riforma della sentenza che accerta l'inesistenza del diritto cautelato.

(23) S. Recchioni, *op. cit.*, 743. Bisogna tuttavia segnalare che la norma non contempla espressamente la possibilità di impartire provvedimenti di ripristino nella fase a cognizione piena, a differenza della fase sommaria. Nel silenzio della legge, non mi sembra corretto escludere una tale possibilità, ma tenendo a mente che, in alcuni casi, si potrebbero verificare situazioni incongrue per il beneficiario della cautela. Ad esempio, in tema di sequestri, non è improbabile che, una volta rinnovata l'efficacia della misura, il bene originariamente sequestrato sia stato *medio tempore* venduto a terzi. Nel caso di misure conservative, B. Sassani, *op. cit.*, 498, conclude per la possibilità di richiedere di un nuovo provvedimento in appello. A mio giudizio, un coordinamento potrebbe essere ottenuto ammettendo che il giudice possa modificare la misura, avvalendosi dello speciale potere concesso dall'art. 669-*novies*, al fine di adeguare il comando cautelare con la mutata realtà sostanziale.

(24) Trib. Padova, 12 novembre 1998, in *Giur. it.* 2000, 87 ss., spec. 92, con nota di F. Corsini, *il reclamo contro il provvedimento che revoca o modifica la misura cautelare*.

(25) Secondo S. Recchioni, *op. cit.*, 117, vi sarebbe il «dubbio, veramente amletico e irrisolto, se il pericolo cautelare coincida o meno con l'interesse all'azione cautelare». Abbandonata la risalente tesi della coincidenza con il *periculum in mora* (fra tutti A. Attardi,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Senonché, il richiamo all'interesse ad agire appare fuorviante nel caso di specie, dal momento che, trovandosi la controversia in fase di reclamo, il sindacato del collegio sarebbe dovuto ricadere sulla sussistenza dell'interesse ad impugnare piuttosto che sull'art. 100 c.p.c., considerato anche che la dottrina ha definitivamente dimostrato la non coincidenza tra i due concetti (26). In particolare, l'approdo a cui è pervenuta la scienza processuale, dopo molteplici arresti, è che l'interesse ad impugnare deve essere ricollegato non già al mero interesse ad agire, bensì alla nozione di soccombenza (27). Ed invero, come è stato ulteriormente osservato (28), la soccombenza rappresenta condizione minima (ma) non essenziale per l'affermazione del diritto ad impugnare, dal momento che la parte dovrà dimostrare anche di poter conseguire un obbiettivo margine di vantaggio dalla riforma della decisione di primo grado. Pertanto, il vaglio di ammissibilità del gravame deve essere perimetrato alla concreta utilità derivante dalla riforma del provvedimento impugnato, non essendo sufficiente l'indicazione della soccombenza formale rispetto alle domande proposte in prima istanza.

Queste considerazioni possono essere agevolmente traposte anche nel processo cautelare, ove la proposizione del reclamo deve essere assistita dalla presenza dei requisiti dell'impugnazione al fine di ottenere la riforma della misura cautelare (29). L'interesse alla decisione del gravame, infatti, dovrà essere valutato in relazione ai diversi snodi decisori del reclamo, ossia revoca, modifica o conferma del provvedimento. Così, la parte resistente rispetto alla proposizione della domanda cautelare, in caso di accoglimento, potrà richiedere la revoca o la modifica peggiorativa della misura; parimenti, il reclamante incidentale, vittorioso in primo grado, in caso di soccombenza parziale, potrà domandare la modifica ampliativa o la conferma. Di converso, va negata l'impugnabilità del provvedimento di rigetto da parte del

---

voce *Interesse ad agire*, in *Dig. it.*, *disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino 1993, 522) derivante dall'idea chiovendiana dell'azione in senso concreto, a questo interrogativo la dottrina maggioritaria risponde negativamente, ritenendo che l'interesse vada valutato autonomamente rispetto ai presupposti della tutela cautelare. Per A. Carratta, *op. cit.*, 48, ad esempio, esso consisterebbe nella neutralizzazione del «rischio che, nel tempo necessario per pervenire a tale tutela di merito, la *tutelanda* situazione sostanziale subisca pregiudizi».

(26) C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 12° ed., Torino 2019, II, 432-433; L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano 1990, 19 ss.; F. Lancellotti, *La soccombenza requisito di legittimazione alle impugnazioni*, Milano 1996, 34 ss.

(27) Su tutti L. Salvaneschi, *op. cit.*, 38 ss., la quale fonda l'interesse ad impugnare sul concetto di soccombenza, a differenza di F. Lancellotti, *op. cit.*, secondo cui la soccombenza sarebbe requisito della legittimazione all'impugnazione.

(28) L. Salvaneschi, *op. cit.*, 377 ss., spec. 379 ss.

(29) F. Corsini, *Il reclamo cautelare*, Torino 2002, 256. S. Recchioni, *op. cit.*, 834.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

resistente, soccombente su questioni di rito, per ottenere la riforma nel merito, considerando le modeste preclusioni connesse alla riproposizione della domanda cautelare (30). Dunque, riportando a fattor comune le superiori ipotesi, risulta evidente che il criterio di vantaggio assuma validità operativa anche nel processo cautelare, come canone valutativo per l'esistenza delle condizioni per la decidibilità del gravame.

Cionondimeno, permane il dubbio se l'inefficacia della misura possa dar luogo ad un'ipotesi di cessazione della materia del contendere, eliminando le ragioni della lite in fase di gravame. A questo interrogativo, forti delle chiarificazioni in tema di interesse ad impugnare, non può che rispondersi negativamente, almeno per due ordini di motivi. In primo luogo, l'inquadramento sistematico della cessazione della materia del contendere come fattispecie di sopravvenuta carenza di interesse di entrambe le parti, contestato da una parte della dottrina (31), mostra tutta la sua inadeguatezza dinanzi al reclamo proposto dal soccombente al fine di ottenere la revoca della misura inefficace, atteso che, allegando il pregiudizio potenzialmente derivante dalla pendenza del giudizio di impugnazione, l'interesse sarebbe certamente sussistente. In secondo luogo, l'orientamento consolidato della giurisprudenza, nonostante qualche pronuncia contraria, sostiene che la cessazione della materia del contendere può essere dichiarata dal giudice a patto che non vi sia dissenso tra le parti sul fatto di cessazione (32); condizione che giammai potrebbe ravvisarvi allorché la questione dell'inefficacia sia contestata nel separato processo di cognizione ordinaria.

---

(30) Così S. Recchioni, *op cit.*, 834, F. Corsini, *op. ult. cit.*, 257-258, il quale esclude anche il reclamo da parte del resistente rispetto al provvedimento di rigetto al fine di ottenere la conferma sulla base di un diverso motivo. In giurisprudenza App. Torino, 20 luglio 2002, in *Giur. it.* 2003, 1838 ss., con la già citata nota di M. Dominici, *Quando il sequestro giudiziario di beni nuoce al sequestrante...: note sull'«assorbimento» della tutela cautelare nella sentenza che accerta l'esistenza del diritto e sui poteri del giudice del reclamo.*

(31) Si tratta di un consolidato orientamento giurisprudenziale, Cass., 18 febbraio 1994, n. 1614, in *Giur. it.* 1995, I, 461 ss., Cass. civ., sez. lav., 6 maggio 1998, n. 4582, in *Giur. it.* 1999, 495. *Contra* A. Scala, *Cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino 2011, 17 ss. Con riferimento al processo cautelare v. B. Sassani, *Provvedimento cautelare atipico e carenza sopravenuta di interesse*, in *Giust. civ.* 1981, 234 ss., M. Cirulli, *Cessazione della materia del contendere e pronuncia sulle spese del procedimento cautelare* ante causam, in *Giur. merito* 1994, 837.

(32) A. Panzarola, voce *Cessazione della materia del contendere (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, VI, Milano 2002, 226, e per il processo cautelare G. Arieta, *Le cautele*, 953. *Contra* E. Garbagnati, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, in questa *Rivista* 1982, 608 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

7. – Le osservazioni sin ora effettuate consentono alcune conclusioni per sottoporre a ragionevole critica il provvedimento. Sussiste interesse al reclamo in capo alla parte che richiede la revoca della misura (ancorché) inefficace, allegando il pregiudizio potenzialmente derivante dalla (possibile) riforma della sentenza dichiarativa, dal momento che l'accoglimento dell'impugnazione attribuisce una concreta utilità al reclamante, consistente nella eliminazione definitiva del comando cautelare. Tale conclusione, che si fonda sulla differenza concettuale intercorrente tra revoca e inefficacia, permette di affermare che la parte possa ottenere la riforma di un provvedimento che sia stato temporaneamente privato di efficacia se da ciò derivi un apprezzabile vantaggio sul piano sostanziale. Ad esempio, se l'inefficacia non fosse contestata dalla controparte, o la sentenza dichiarativa fosse passata in giudicato, il reclamo potrebbe essere chiuso in rito per carenza di interesse al reclamo; in caso contrario, l'accoglimento dell'impugnazione eviterebbe al reclamante di dover subire l'attuazione della misura nel caso in cui, dopo la fase di gravame, la questione dell'inefficacia venisse riformata in senso a lui sfavorevole.

Seguendo nel ragionamento, la carenza di interesse ad impugnare, invece, dovrebbe essere predicata nei confronti del beneficiario della misura, il quale non potrebbe validamente reclamare, seppur incidentalmente, un provvedimento dichiarato inefficace a causa di una sua colpevole inerzia. La dichiarazione di cui all'art. 669 *novies* c.p.c., infatti, rimuove l'interesse della parte ad ottenere una modifica ampliativa del provvedimento nonostante la soccombenza parziale, considerato che, altrimenti, si potrebbe eludere la sanzione dell'inefficacia, ottenendo l'adozione di un nuovo provvedimento in sede di reclamo. Conseguentemente, in caso di riforma della sentenza che abbia dichiarato erroneamente l'inefficacia, il titolare della misura potrà attuare l'originario comando cautelare, a patto che non sia stato revocato o modificato riduttivamente dal collegio.

Stando così le cose, il reclamo principale avrebbe dovuto essere deciso nel merito, non essendovi margini per un rigetto in rito o per una pronuncia di cessazione della materia al contendere. La revoca della misura, disposta dal collegio o dal giudice di merito, determinando la caducazione del provvedimento, dovrebbe condurre ad una definizione anticipata del separato giudizio sull'inefficacia (33). In caso di modifica, invece, bisogne-

(33) Così S. Recchioni, *op. cit.*, 746, il quale afferma che «se il giudice di reclamo o quella della lite di merito caducano la misura cautelare, la causa relativa all'inefficacia perderà il suo oggetto, posto che è evidentemente superflua la dichiarazione di inefficacia di un provvedimento ormai caducato, specie ove ciò consegua all'accoglimento del reclamo,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rebbe distinguere caso per caso se il comando cautelare impartito in sede di reclamo rientri nella fattispecie resa ormai inefficace, valutando se la nuova misura rimanga ancora parzialmente ineseguibile.

Per concludere, la pronuncia in commento è utile per una ricostruzione sistematica dei rapporti tra reclamo cautelare e giudizio sull'inefficacia della misura, contribuendo a chiarire le reciproche interconnessioni, nonché le frequenti interferenze. In generale, se da un lato la revoca della misura rende vana qualsiasi altra decisione, non vale assolutamente il contrario, giacché il reclamo non potrà subire arresti a causa della contemporanea pendenza del procedimento ordinario sull'inefficacia, purché sussista un valido interesse alla riforma del provvedimento impugnato. La chiave di volta per l'individuazione di un coordinamento tra i due giudizi, quindi, è costituita dalla rilevanza dell'interesse ad impugnare il provvedimento cautelare, in base al quale deve essere pragmaticamente valutato il margine di utilità derivante dalla caducazione definitiva della misura cautelare.

ALESSANDRO TRIOLO
Dottorando di Ricerca nell'Università di Roma Tor Vergata

---

con conseguente cessazione della materia del contendere sul punto». In senso conforme A. Scala, *op. cit.*, 336.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Corte di Cassazione, sez. VI civ., ordinanza 25 novembre 2021, n. 36659

Pres. Lombardo – Rel. Vidiri

Consorzio Poltu Quatu c. Vedetta 2 Mondialpol S.p.A.

La non contestazione costituisce un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con 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'àmbito degli accertamenti richiesti (massima non ufficiale).

(*Omissis*). *Motivi della decisione* – 1. La Vedetta 2 Mondialpol ha ottenuto il decreto ingiuntivo n. 1805/2015 nei confronti del Consorzio Poltu Quatu, per il pagamento di Euro 73.192,96 quale corrispettivo del servizio di vigilanza svolto dall'1 marzo 2012 al maggio 2015, in forza dei contratti asseritamente stipulati in data (*Omissis*) e (*Omissis*).

Il Consorzio ha proposto opposizione e, oltre ad eccepire l'incompetenza territoriale del giudice adito, ha sostenuto che la Mondialpol avesse titolo ad un corrispettivo minore di quello richiesto, sull'assunto che nessun accordo scritto fosse stato concluso riguardo allo svolgimento del servizio dal 30 aprile 2014 al maggio 2015 e nessuna prestazione fosse stata resa dalla controparte.

Il tribunale di Cagliari, dinanzi al quale è stato riassunto il giudizio a seguito di declaratoria di incompetenza per territorio del giudice inizialmente adito, ha accolto l'opposizione e ha revocato il decreto ingiuntivo, ritenendo infondata la domanda di pagamento.

Su appello dell'istituto di sorveglianza, la Corte d'appello di Cagliari ha parzialmente riformato la decisione, rilevando che il Consorzio non aveva contestato la spettanza del compenso per le attività svolte fino al 30 aprile 2014, avendo negato di dover versare il corrispettivo per le sole fatture emesse per il periodo successivo.

Ha perciò liquidato un compenso di Euro 39.802,83, disponendo la parziale compensazione delle spese di primo grado, con aggravio di quelle di appello a carico del Consorzio.

Per la cassazione della sentenza, il Consorzio Poltu Quatu ha proposto ricorso in tre motivi, illustrati con memoria. La Vedetta 2 resiste con controricorso e con ricorso incidentale in un unico motivo.

Su proposta del relatore, secondo cui il ricorso principale, in quanto manifestamente inammissibile, e quello incidentale, in quanto manifestamente fondato, potevano esser definiti ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c., in relazione all'art. 375 c.p.c., comma 1°, n. 5, il Presidente ha fissato l'adunanza in Camera di consiglio.

2. Il primo motivo del ricorso principale denuncia la violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2°, n. 4, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1°, n. 4, per aver la sentenza accolto immotivatamente la domanda monitoria, senza dar conto delle ragioni della decisione e senza neppure esaminare le contestazioni della ricorrente riguardo alla mancanza di prova dell'effettuazione del servizio di vigilanza.

Il secondo motivo denuncia genericamente la violazione di norme di diritto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1°, n. 3, censurando la pronuncia per aver condannato la ricorrente al pagamento del compenso, pur in assenza di prova dell'effettuazione del servizio di sorveglianza.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

I due motivi, che possono essere esaminati congiuntamente, sono inammissibili.

La Corte d'appello, interpretando il contenuto delle difese svolte nella comparsa di costituzione del Consorzio, ha ritenuto incontestato - da parte di quest'ultimo - sia che le parti avessero stipulato il contratto di vigilanza con effetto fino all'aprile 2014, sia che le relative prestazioni fossero state eseguite, ponendo in rilievo come l'ingiunto avesse negato esclusivamente l'avvenuto perfezionamento del contratto e la sua regolare esecuzione a far data dal maggio 2014.

Premesso che compete al giudice di merito valutare se la condotta processuale e il tenore delle difese integrino la non contestazione dei fatti costitutivi della domanda, con apprezzamento censurabile solo sul piano della motivazione, per il resto, una volta stabilito che il Consorzio avesse - appunto - negato la spettanza del compenso per il periodo successivo al 30 aprile 2014, non era necessaria alcuna prova del contratto e della regolare esecuzione della prestazione anche con riferimento al periodo precedente.

La non contestazione costituisce un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con 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'àmbito degli accertamenti richiesti (Cass. n. 12517 del 2016; Cass. n. 3727 del 2012). – (*Omissis*)

In tema di fondamento sistematico del principio di non contestazione e della sua efficacia sull'attività decisoria del giudice

1. – L'ordinanza in commento è l'occasione per riservare nuovamente qualche breve riflessione ad un tema che da sempre nutre l'interesse della dottrina e della giurisprudenza (1) e su cui ho tentato di esprimere il mio

(1) Molto attuali, a tal proposito, appaiono le riflessioni di B. Sassani, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.com* e in *Giusto proc. civ.* 2010, 410 ss., il quale, all'indomani della novella dell'art. 115, comma 1°, c.p.c., per effetto dell'art. 45, comma 14°, della l. 18 giugno 2009, n. 69, sottolineava che «La mancanza di esplicita prescrizione, che in passato non aveva destato particolari problemi, nell'ultimo quindicennio aveva però venato di incertezza il tema proiettandosi sulla giurisprudenza che ha dibattuto dell'esistenza o meno di un principio di non contestazione, sulla sua portata e sulla sua giustificazione sistematica. Perché questo sia accaduto non è del tutto chiaro, o meglio, mentre si comprende l'esigenza di sciogliere alcune questioni particolari (emerse specialmente nelle controversie di lavoro), non è chiaro perché ci si sia buttati con grande spreco di dommatica a tentar di riscrivere i principi, con il risultato (nel migliore dei casi) di ribadire l'ovvio, ma, in genere, di imprigionare il dibattito nella perversa logica delle preclusioni che avvelena da tempo il processo civile». La produzione scientifica in materia è davvero ampia. Così, senza alcuna pretesa di completezza bibliografica, v. F. Carnelutti, *La prova civile*, rist., Milano 1992, 18 ss., che aveva dedicato un intero paragrafo alla «Posizione del fatto non controverso»; G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, 2ª ed. rived. ed emen., Napoli 1936, 325 ss.;

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

punto di vista in un precedente lavoro (2), avendovi quindi fatto ritorno in altre due circostanze, seppure in tali ultime occasioni nel più riservato circolo dell'istruttoria arbitrale (3).

È opportuno premettere che il provvedimento in questione non ha in sé profili di novità; anzi ripropone, anche se in motivazione (4), massime tralatizie, laddove, al par. 2, predica in questi termini: «La non contesta-

---

T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano 1951, II, 741 ss.; V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, I, 3ª ed. rived., Napoli 1957, 340; Idem, voce *Prova* (*Diritto processuale civile*), in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, 274 ss.; C. Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova 1940, 18 ss.; S. Patti, voce *Prova* (Prova documentale), *Enc. giur.*, XXV, Roma 1998, 7; Idem, *Le prove*, 2ª ed., Milano 2021, 13 ss.; G. Verde, voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), *Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc dir.*, XXXVII, Milano 1988, 613 ss.; A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995. Idem, *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in *Giur. it.* 1997, I, 2, 151 ss.; L. Dittrich, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, Milano 2021, 39 ss.; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano 1997, 49-50; C. Punzi, *Il processo civile*, *Sistema e problematiche*, I, 2ª ed., Torino 2010, 398 ss.; C. Mandrioli e A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, 27ª ed., Torino 2019, 110-111; *Ivi*, II, 39 e note 94 e 95. Ma si veda anche C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.* 2002, I, 2, 2017 ss.; Idem, *Art. 115*, in *Le nuove leggi civili commentate* 2010, II, 792 ss.; Idem, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.* 2011, II-V, 99 ss.; G. Ianniruberto, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.* 2010, I, 309 ss.; M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. giur.* 2003, II, 1342 ss.; S. Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.* 2004, II, 111 ss.; A. 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 ss.; A.D. De Santis, *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, in questa *Rivista* 2008, I, 560 ss.; A. Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.* 2009, II, 259 ss.; B. Sassani, *L'onere della contestazione*, *cit.*, 410 ss.; G. Balena, *La riforma della giustizia civile*, Balena-Caponi-Chizzini-Menchini (di), Torino 2009, 32 ss.; M. Pacilli, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, I, 299 ss.; M. Mocci, *Principio di non contestazione*, in questa *Rivista* 2011, 316 ss.; A. Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in questa *Rivista* 2011, 76 ss.; G. Frus, *Un interessante (ma non condivisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di contestazione e di contestazione*, in *Giur. it.* 2012, I, 131 ss.; L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in questa *Rivista* 2014, 1043 ss.

(2) Cfr. A. Carosi, *Il principio della non contestazione ad oltre un decennio dalla novella dell'art. 115, comma 1, c.p.c.*, in *Il Processo* 2020, 2, 555 ss.

(3) V. A. Carosi, *Sulla tendenziale irrilevanza, anche in arbitrato e quanto meno ai sensi dell'art. 115, comma 1, c.p.c., dell'inerzia della parte ai fini dell'applicazione del principio della non contestazione*, in *Riv. arb.* 2022, 1, 237 ss.; Idem, *L'istruttoria arbitrale alla luce del principio di flessibilità e i riflessi sull'applicazione della regola della «non contestazione»*, in *Riv. arb.* 2022, 3, in corso di pubblicazione.

(4) La massima del CED della Corte di Cassazione afferisce, non a caso, a tutt'altra materia, segnatamente interessi e obbligazioni di valuta, e il ricorso per la cassazione della sentenza della Corte d'appello di Cagliari del 27 marzo 2020, n. 107, era fondato su tre distinti motivi, nessuno dei quali verteva sull'art. 115, comma 1°, c.p.c.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione costituisce un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con 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'àmbito degli accertamenti richiesti» (orientamento di cui la più nota espressione è stata Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, ma che ha anche precedenti più risalenti, su cui *infra*) (5).

Il principio di diritto, espresso in termini così netti (si tratta, in ogni caso, di un *obiter dictum*) (6), è però contraddetto da altre decisioni di legittimità. Cito, a titolo esemplificativo, la recente Cass. ordinanza 2 marzo 2022, n. 6799, la cui massima così espone: «Nel vigore del novellato art. 115 c.p.c., secondo cui la mancata contestazione specifica di circostanze di

---

(5) La stessa ordinanza in commento cita Cass. 9 marzo 2012, n. 3727, una delle cui massime ufficiali recita «Anche nelle controversie in tema di riscatto o prelazione agrari la non contestazione del convenuto costituisce un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con 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'àmbito degli accertamenti richiesti»; nonché richiama Cass. 17 giugno 2016, n. 12517, la cui massima ufficiale è così formulata: «La non contestazione del convenuto costituisce, anche nelle controversie in tema di riscatto o prelazione agraria, un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che deve astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale, ritenendolo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'àmbito degli accertamenti richiesti». Ma si ritrovano massime di questo tenore anche in epoche ben più risalenti: cfr. così Cass. 5 ottobre 1964, n. 2518, in *Foro it. Rep.* 1964, voce *Prova civile in genere*, n. 11); ma v. anche, ma in motivazione, Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761 (su cui v. *infra* la nota 6); Cass. 14 gennaio 2004, n. 405; Cass. 25 maggio 2004, n. 10031.

(6) Il che non è di per sé una stranezza. Infatti, la stessa Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, alla quale è stato pressoché unanimemente riconosciuto di essere stata la prima vera affermazione dell'esistenza di un generale onere di contestazione nel processo civile, altro non è in fondo che un lungo *obiter dictum*: la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione aveva investito il diverso e contrastato tema della necessità di contestazione specifica da parte del convenuto-datore di lavoro dei conteggi elaborati dall'attore-lavoratore e il profilo su cui la Corte di Cassazione avrebbe dovuto pronunciarsi avrebbe dovuto concernere solo se la contestazione dell'*an* di un determinato credito valesse, o meno, anche come contestazione del *quantum*. Sottolinea l'aspetto C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 2021, secondo il quale «(...) la sentenza 761/02 in epigrafe che, pur intervenuta su un problema specifico, ha enunciato principi che sicuramente travalicano l'àmbito che li ha originati (...)». Lo stesso rilievo lo si rinviene in M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1342 e in S. Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 128.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fatto produce l'effetto della *relevatio ab onere probandi*, spetta al giudice del merito apprezzare, nell'àmbito del giudizio di fatto al medesimo riservato, l'esistenza ed il valore di una condotta di non contestazione dei fatti rilevanti, allegati dalla controparte» (7).

L'inconciliabilità dei due assiomi mi sembra quantomeno evidente e dai riflessi per nulla trascurabili. Infatti, 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 a vantaggio della parte che lo ha allegato, la quale non è onerata di provarlo, fermo rimanendo però il libero apprezzamento del giudice ed anche il principio di acquisizione probatoria (8). Per dirla in altri termini, altro è opinare che il giudice deve ritenere il fatto non contestato senz'altro vero, al limite pure se smentito da altre emergenze istruttorie ritualmente apprese al giudizio, perché le parti

---

(7) Così Cass. ordinanza 2 marzo 2022, n. 6799, in *One LEGALE* (massima redazionale). V. Cass. ordinanza 20 dicembre 2016, n. 26395, la cui massima ufficiale recita: «Nel rito del lavoro, il principio che esclude dal tema di indagine il fatto costitutivo della domanda per effetto della sua mancata contestazione, giusta l'art. 416, comma 3°, c.p.c., incontra l'unica deroga della possibilità che il giudice ne accerti, d'ufficio, l'esistenza o l'inesistenza in base alle risultanze ritualmente acquisite»; Cass. 4 aprile 2012, n. 5363 nonché Cass. 10 luglio 2009, n. 16201.

(8) Sul principio di acquisizione quale fenomeno di limitazione o attenuazione dell'onere della prova e di superamento della regola di giudizio *ex* art. 2697 c.c., perché una prova, una volta che ha avuto ingresso nel processo, può giovare o nuocere alle parti, indipendentemente da quella che ne abbia provocato l'acquisizione, cfr. C. Mandrioli e A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., II, 184, per il quale l'acquisizione della prova «(...) si sostanzia nella regola generale, secondo la quale, una volta che la prova sia entrata nel processo, ossia acquisita, il giudice può prescindere dal fatto che vi sia entrata per iniziativa della parte onerata, oppure dell'altra parte, o, nei casi in cui ciò è possibile, addirittura per iniziativa dello stesso giudice, purché i fatti oggetto di prova siano stati allegati dalla parte che fruisce della prova (...)». In giurisprudenza cfr. Cass. 14 gennaio 2016, n. 455, secondo cui (in motivazione) «(...) il principio di acquisizione probatoria, coniugato con il principio del contraddittorio, è altro rispetto a quanto suppone parte ricorrente, e riguarda non già l'obbligo del giudice di considerare e tenere ferme le prove per come espletate, ma l'impossibilità della parte di disporre degli effetti delle prove raccolte, che una volta assunte possono giovare o nuocere all'una o all'altra parte indipendentemente da chi le abbia dedotte (...)». Riferimenti al principio di acquisizione probatoria in V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, cit., I, 332; v. anche S. Patti, *Le prove*, cit., 21-22; L. Dittrich, *Le prove nel processo arbitrale e civile*, cit., 41; L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1057; M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1346-1347; S. Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 139 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

è così che hanno voluto e disposto per effetto del loro contegno processuale nella fase di allegazione dei fatti; altro è argomentare che il fatto non contestato non è un fatto provato, bensì un fatto pacifico (9), di cui il giudice può ancora apprezzare l'inesistenza o la divergenza (rispetto alla versione offertane dalle parti), se l'una o l'altra risultino dal restante materiale probatorio raccolto.

I diversi effetti sull'attività di cognizione del giudice, che possono scaturire dall'adesione all'uno o all'altro dei due postulati, sono così profondamente distanti tra loro che è illogico trovarli affermati entrambi con questa facilità nei precedenti di legittimità. Un quadro giurisprudenziale di legittimità ancora oggi così scomposto (10) – giustificabile ante novella del

---

(9) Sulla sottile, ma fondamentale, linea di demarcazione tra fatto provato e fatto pacifico (o non controverso) v. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., II, 50, il quale dice espressamente che il fatto pacifico non è un fatto provato, ma un fatto che non ha (più) bisogno di essere provato, la cui esistenza deve ritenersi per vera, senza che debba essere confermata da mezzi di prova. Così, precisa l'a., l'unica controversia che vi è in relazione ad un fatto non contestato afferisce alle sue conseguenze giuridiche, rispetto alle quali il giudice è libero di operare in ossequio al principio *iura novit curia*. Si rinvia anche a A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 194, 385, per il quale il fatto non contestato non è un fatto sicuramente accaduto e che precisa, inoltre, come la non contestazione cada solo sui fatti e non con riferimento a norme giuridiche o diritti. V. altresì C. Mandrioli e A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., II, 183, segnatamente nota 67. Cfr. L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1047, secondo il quale «(...) i «fatti» in esame, in quanto «non specificatamente contestati» (ossia resi «pacifici», e quindi non più controversi, da un determinato comportamento di parte), sono (e rimangono), epistemicamente, *non provati*: solo una *fictio iuris*, quale traspare dalla stessa disciplina dell'interrogatorio formale, consente (od impone) al giudice di prenderne cognizione *come se* la loro sussistenza fosse stata effettivamente provata in giudizio (...)». V. anche C.M. Cea, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., 101 e ivi la nota 3. M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1346-1347, scevera ulteriormente tra fatto provato, fatto pacifico e fatto non contestato (o non più bisognoso di essere provato), evidenziando che «Il fatto non contestato non è un fatto pacifico in senso stretto poiché altre prove acquisite al processo potrebbero smentirlo ed allora il giudice si dovrebbe comunque porre il problema di valutare il fatto non contestato alla luce delle altre emergenze probatorie».

(10) La giurisprudenza sulla non contestazione nel processo civile è stata sempre caratterizzata da poca coerenza. Si pensi che, anche all'indomani della assai nota e già richiamata sentenza «spartiacque» Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761 (v. *supra* la nota 6), la stessa Corte di Cassazione emanò diverse decisioni che vi si posero in contraddizione. Così, ad esempio, Cass. 17 aprile 2002, n. 5526 proseguì sul tracciato segnato dal *leading case*, ma parve discostarsene quanto alla giustificazione logica del principio della non contestazione, ravvisata non nel principio dispositivo in senso stretto, bensì nei principi di concentrazione, oralità e immediatezza. Invece, Cass. 21 agosto 2003, n. 12317 andò in netto contrasto con la sentenza a Sezioni Unite dell'anno precedente, affermando che «Nel rito del lavoro, il convenuto, rimasto contumace nel giudizio di primo grado, ben può nell'atto di appello contestare la fondatezza della domanda, nel rispetto delle disposizioni di cui agli art. 436 e 437 c.p.c. La previsione dell'obbligo del convenuto di formulare nella memoria

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2009, meno oggi, che il principio della non contestazione ha avuto formale ingresso nel codice di rito – è forse il frutto di una meditazione dell'argomento non compiuta, ma anche delle scelte del legislatore che, nonostante il mai appagato miraggio che si intravede all'orizzonte del continuo percorso di riforma del processo civile (11), ha omesso di intervenire sui molti nodi critici della materia qui all'esame (12).

---

difensiva di primo grado, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito nonché di prendere posizione precisa in ordine alla domanda e di indicare le prove di cui intende avvalersi, infatti, da un lato, non esclude il potere-dovere del giudice di accertare se da parte attorea sia stata data dimostrazione probatoria dei fatti costitutivi e giustificativi della pretesa, indipendentemente dalla circostanza che, in ordine ai medesimi, siano state o meno proposte, dalla parte legittimata a contraddire, contestazione specifiche, difese ed eccezioni improprie, e dall'altro non impedisce alla parte di sollevare (ed impone al giudice di esaminare) in qualunque momento – e quindi anche nel giudizio di appello – tutte le difese in senso lato e le questioni rilevabili d'ufficio che possano incidere sul rapporto controverso». Sempre in discontinuità rispetto alla sentenza del 2002, si collocò anche Cass. 4 febbraio 2005, n. 2273, tornando a smentire l'esistenza di un generale onere di contestazione nel processo civile. Sottolinea il disordine del panorama giurisprudenziale domestico C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 2021. Un'ampia disamina del problema anche da parte di S. Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 119-135.

(11) V. i sempre attuali rilievi di B. Sassani, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in questa *Rivista* 2012, 1429 e di nuovo su *judicium.it* in data 21 settembre 2021. Cfr. altresì A. Briguglio, *Avanti con l'ennesima riforma del rito civile purché sia solo (tutt'altro che decisiva ma) modestamente utile e non dannosa*, in *giustiziacivile.com*.

(12) La novella dell'art. 115, comma 1°, c.p.c., apportata dall'art. 45, comma 14°, della l. 18 giugno 2009, n. 69, fu oggetto di pregnanti censure in dottrina per avere omesso di intervenire su alcuni aspetti problematici legati al principio della non contestazione, quali, ad esempio: (i) gli effetti della non contestazione; (ii) se essa interessi tutti i fatti, principali e secondari, o solo i primi, con esclusione dei secondi; (iii) se la contestazione dei fatti allegati sia soggetta a preclusione e, in caso affermativo, quando la relativa barriera scatti, con conseguente irreversibilità, a quel punto, della contestazione omessa o tardiva. Per alcuni rilievi critici sulla novella del 2009 cfr. C.M. Cea, *Art. 115*, *cit.*, 803 e A. Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit., 11 ss. La timidezza del legislatore non va intesa come assenza di consapevolezza delle problematicità che il principio della non contestazione nel processo civile pone. Infatti, proprio alla vigilia della riforma del 2009, il Progetto per un nuovo codice di procedura civile, stilato dal Prof. Andrea Proto Pisani, conteneva alcune assai interessanti proposte (anche) relative all'applicazione del principio della non contestazione. Ad esempio, il punto 2.7 del Progetto, avendo bene a mente la *vexata quaestio* se la non contestazione debba riguardare i soli fatti principali (cioè costitutivi ovvero impeditivi, modificativi ed estintivi della pretesa) o anche quelli secondari, ipotizzava di onerare esplicitamente il convenuto di «(...) prendere posizione specifica, e non limitata ad una generica contestazione, sui fatti principali e secondari posti dall'attore a fondamento della domanda (...)». Il punto 2.16, poi, proponeva di assegnare alla mancata costituzione della parte il rilievo della *ficta confessio*, formulando che «In materia di diritti disponibili, ove il convenuto non si sia tempestivamente costituito, il giudice deve ritenere esistenti i fatti posti dall'attore a fondamento della sua domanda e pronunciarsi sulla domanda stessa sulla base della sola valutazione in dirit-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il fulcro della questione sta, quindi, nelle pieghe del problema della giustificazione sistematica del principio della non contestazione, punto di partenza di ogni ulteriore ragionamento sul tema, incluso quello che concerne gli effetti del contegno non contestativo sulla attività cognitoria del giudicante. È a questo specifico profilo che intendo riservare qualche ulteriore riflessione.

2. – Ho detto nell'*incipit* di questo breve contributo che il tema della non contestazione nel processo civile ha, da sempre, stimolato la dottrina e la giurisprudenza (13).

Il Prof. Giovanni Verde, che alla prova nel processo civile ha dedicato una lunga riflessione (14), scriveva che il principio per cui il giudice non

---

to». A distanza di anni, e alle soglie della nuova (ennesima) riforma del processo civile, è tornata sull'argomento la Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civili e di strumenti alternativi, istituita presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia e presieduta dal Prof. Francesco Paolo Luiso, le cui «III. Proposte in materia di processo civile: modifiche al rito ordinario in primo grado, appello e cassazione. Ulteriori interventi sul rito», prevedevano espressamente al par. «1. Giudizio di primo grado», che «Inoltre, sempre in un'ottica di semplificazione della disciplina processuale e dell'attività istruttoria del giudice, la delega propone di puntualizzare che l'applicazione del principio della non contestazione, già introdotto con la l. 18 giugno 2009, n. 69, nel comma 1° dell'articolo 115 c.p.c., riguardi le controversie su diritti disponibili e di estenderlo anche all'ipotesi in cui vi sia la contumacia della parte. In questa direzione si muove la proposta di prevedere che, in materia di diritti disponibili, siano non bisognosi di prova per il giudice, comunque, i fatti allegati da una parte e non specificatamente contestati dalla controparte, anche laddove la non specifica contestazione sia l'effetto della contumacia. Strettamente connessa con l'operare del principio della non contestazione è anche la questione – lasciata irrisolta dalla riforma del 2009 e fonte di divergenti orientamenti in sede applicativa – del termine entro il quale la parte possa esercitare la specifica contestazione dei fatti allegati dalla controparte. A questo fine la delega propone di introdurre, come regola generale, la previsione secondo cui la specifica contestazione vada effettuata, a pena di decadenza, nel primo scritto difensivo successivo a quello in cui vi sia stata l'allegazione dei fatti in giudizio con riferimento ai quali va esercitato l'onere di contestazione». In questa prospettiva, era ipotizzato, all'art. 3, comma 1°, lett. b), della norma di legge delega di «prevedere che, nell'atto di citazione, l'attore, oltre alle indicazioni oggi contenute nell'articolo 163 c.p.c., debba (...) avvertire espressamente il convenuto che la contumacia implicherà, per le cause aventi ad oggetti diritti disponibili, la non contestazione dei fatti posti a fondamento della domanda» e alla lett. d) di «prevedere che il convenuto, nella comparsa di risposta, debba prendere posizione in maniera precisa e specifica e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti posti dall'attore a fondamento della domanda». Le proposte della Commissione «Luiso», in materia di principio della non contestazione, non sono state accolte, però, dalla legge delega 21 novembre 2021, n. 206 e, quindi, dal successivo D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, attuativo di quella delega.

(13) V. *supra* par. 1 e la nota 1 per i riferimenti bibliografici.

(14) Cfr. G. Verde, voce *Prova* (*dir. Proc. Civ.*), cit., 613 ss.; ma v. anche, senza pretesa di completezza, Idem, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli 1974; Idem, *Profili del processo civile*, II, *Processo di cognizione*, Napoli 1996, 83 ss.; Idem, voce *Dispositivo* (*prin-*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

deve sottoporre a prova i fatti incontroversi rappresenta «una massima che la giurisprudenza accoglie come verità assiomatica ed irrinunziabile, anche se, a ben vedere, non esiste nel nostro ordinamento giuridico alcuna norma che ad essa fornisca un avallo sicuro, contrariamente a quanto avviene in altri sistemi» (15).

L'illustre giurista, come è chiaro dalle sue parole, formulava questo pensiero in un momento in cui la ratifica legislativa del principio della non contestazione nel processo civile, poi avutasi con la novella dell'art. 115, comma 1°, c.p.c., introdotta dall'art. 45, comma 14°, della legge 18 giugno 2009, n. 69, non era neppure alle viste (16). Egli discorreva, non a caso, di un principio di elaborazione giurisprudenziale, che però anche la dottrina, sebbene con distinguo e sfumature di vario genere, aveva già da tempo sostenuto (17).

Quelle poche righe, in ogni caso, consentono di comprendere come il fenomeno della non contestazione sia sempre stato ritenuto immanente al nostro sistema processuale civile (18), pur nell'assenza di un'esplicita norma di legge ordinaria che lo sancisse. Il dibattito, insomma, non si è mai attestato sull'*an* del principio in parola (semmai, veniva sconfessata l'esistenza di un generale onere di contestazione, ma sul punto v. più nel dettaglio *infra*), quanto, piuttosto, sul suo *quomodo*, o meglio ancora del suo concreto atteggiarsi nelle varie manifestazioni (*i.e.* quali fossero i fatti

---

cipio), in *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, 1 ss.; Idem, voce *Domanda* (*principio della*), in *Enc. giur*, XII, Roma 1989, 1 ss.

(15) Cfr. G. Verde, voce *Prova* (*dir. Proc. Civ.*), cit., 614. Rilievi simili, anche se con posizioni difformi quanto a pressoché tutto il resto, da parte di A. Proto Pisani, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, cit., 3144, per il quale «Si tratta di un principio tacito, ma non per questo meno importante, di diuturna applicazione del processo (…)».

(16) Vi era stata, però, la riforma del rito del lavoro per effetto della l. 11 agosto 1973, n. 533, che determinò l'introduzione dell'art. 416, comma 3°, c.p.c., ai sensi del quale il convenuto «Nella stessa memoria (*i.e.* in quella difensiva di costituzione) deve prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda (...)».

(17) Su cui v. *infra*.

(18) Cfr. sul punto, se si vuole, A. Carosi, *Il principio della non contestazione ad oltre un decennio dalla novella dell'art. 115, comma 1, c.p.c.*, 557-558, dove osservavo che il dibattito sull'esistenza di un principio di non contestazione nel processo civile ha attraversato ben tre secoli, essendo iniziato sotto la vigenza del codice di procedura del 1865 per giungere, dopo l'approvazione del codice di procedura civile del 1940 e le varie riforme che lo hanno interessato (in particolare, la «controriforma» di cui alla l. 4 luglio 1950, n. 581; la riforma del processo del lavoro con l. 11 agosto 1973, n. 533; la riforma del processo ordinario di cognizione con l. 26 novembre 1990, n. 353; la l. 18 giugno 2009, n. 69, che ha novellato, per l'appunto, l'art. 115, comma 1°, c.p.c.), sino ai nostri giorni.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

interessati dalla non contestazione; che tipo di efficacia essa esercitasse sull'attività cognitoria del giudice; quali comportamenti processuali potessero integrarla; se essa fosse, o meno, reversibile ed entro quali termini) (19).

Mi permetto giusto di annotare che al postutto una simile immanenza ci dovrebbe apparire scontata, perché quel che è chiaro è che, alla base del principio della non contestazione, al di là delle approfondite esegesi sulla sua giustificazione dogmatica (20), si colloca pur sempre un dato di comune esperienza, e cioè quello per cui colui contro il quale è allegato un fatto, se quel fatto non è vero (purché gli sia avverso e gli sia conosciuto), lo contesta, di guisa che, se tale contestazione manca, si deve ritenere che quel fatto è vero o, quantomeno, che la parte contro cui sia stato allegato non ha elementi per fornirne la prova contraria (21).

L'indagine deve muovere da una premessa, da sempre affermata, sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, alla base di ogni speculazione sul tema. Tale premessa è che non tutti i fatti rilevanti ai fini del giudizio necessitano di essere provati per poter esser collocati a fondamento della decisione. Infatti, è *communis opinio* (22) che non abbisognano di essere

---

(19) Riferimenti al tema da parte di S. Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 111-113.

(20) Mi sembra che è a ciò che si riferisca B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit., 2, quando, nel fotografare il travagliato percorso del principio della non contestazione fino alla novella del 2009, rimarca che «non è chiaro perché ci si sia buttati con grande spreco di dommatica a tentar di riscrivere i principi, con il risultato (nel migliore dei casi) di ribadire l'ovvio, ma, in genere, di imprigionare il dibattito nella perversa logica delle preclusioni che avvelena ormai da tempo il processo civile».

(21) Cfr. V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, cit., I, 340, il quale, nel sottoporre a critica la concezione per cui il fatto non contestato dovesse ritenersi senz'altro non bisognoso d'essere provato e nel porlo piuttosto in relazione ad un contegno processuale della parte da cui ricavare un argomento di prova *ex* art. 116, comma 2°, c.p.c., osservava che il principio della non contestazione corrisponde all'«id quod plerumque accidit (ché di solito colui il quale non contesta un fatto affermato dall'altra parte mostra a chiare note di non essere in grado di fornire la prova contraria)». Cfr. anche S. Patti, voce *Prova* (*Prova documentale*), cit., 7; Idem, *Le prove*, cit., 15.

(22) Cfr. F. Carnelutti, *La prova civile*, cit., 18-21; G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 427-428; C. Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., 67; V. Andrioli, voce *Prova* (*Diritto processuale civile*), cit., 274; U. Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, II, 2ª ed. accresc., Torino 1966, 179-180; G. Verde, voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), cit., 613-614; S. Patti, voce *Prova* (*Prova documentale*), cit., 6; Idem, *Le prove*, cit., 13. In giurisprudenza, v. Cass. 5 ottobre 1964, n. 2518, in *Foro it. Rep.* 1964, voce *Prova civile in genere*, n. 11; Cass. 25 ottobre 1965, n. 2240, in *Foro it. Mass.* 1965, 655. Altri Autori hanno censurato la scelta del legislatore del 2009 di collocare il principio della non contestazione nel primo comma dell'art. 115 c.p.c. Si è affermato, infatti, che il principio *de quo* avrebbe trovato più giusta posizione nel comma secondo dell'art. 115 c.p.c. per via della

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dimostrati dalla parte che li afferma (secondo la regola generale sancita dall'art. 2697 c.c. ([23])), i fatti non controversi e i fatti notori, questi ultimi

---

assimilazione, quanto alla non necessità della relativa prova, tra fatti non contestati e fatti notori. Cfr. E.F. Ricci, *Alcune novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in questa *Rivista* 2008, 1361; C. Punzi, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 1198; M. Bove, in Bove-Santi, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata 2009, 44; S. Boccagna, in Aa.Vv., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli 2009, 55.

([23]) Il rapporto tra il principio della non contestazione e la regola generale sull'onere probatorio, contenuta nell'art. 2697 c.c., è stato assai indagato in dottrina. Alcuni autori hanno addirittura criticato la scelta dei *conditores* del 2009 di sistemare il principio della non contestazione nell'art. 115, comma 1°, c.p.c. e non nella sede più naturale, che sarebbe stata per l'appunto l'art. 2697 c.c. Secondo i sostenitori di questa tesi, la non contestazione, non essendo un mezzo per provare il fatto, bensì per rendere inutile la prova di un fatto, avrebbe ottenuto ben più congrua collocazione nell'art. 2697 c.c. (v. G.F. Ricci, *Diritto processuale civile. Il processo di cognizione e le impugnazioni*, II, Torino 2009, 59; v. nello stesso senso M. Pacilli, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 312 ss. e, in particolare, 315). Ancora con riferimento al rapporto tra principio della non contestazione e regola generale sull'onere della prova, è stato sottolineato, e a mio avviso in modo condivisibile, che la regola generale sull'onere della prova è una regola finale di giudizio, il cui scopo è quello di ripartire preventivamente le conseguenze connesse alla mancata prova dei fatti dedotti e controversi tra le parti. Ne consegue che la prima regola di giudizio da applicare in materia di prova è logicamente quella legata al principio della non contestazione perché, se un fatto non è controverso, esso non deve essere provato e, dunque, è sottratto all'art. 2697 c.c.; mentre la seconda (ed ultima) regola di giudizio è quella sull'onere della prova perché è ad essa che il giudice ricorre per non violare il divieto di *non liquet* sui fatti oggetto di dibattito tra le parti. Cfr. F. Carnelutti, *La prova civile*, cit., 25, il quale, prima ancora del codice civile del 1942, evidenziava che «Tra i fatti non affermati da alcuna delle parti, che non esistono senz'altro per il giudice, e i fatti affermati da tutte le parti, che esistono senz'altro per lui, sta la zona neutra dei fatti affermati ma non ammessi, i quali possono esistere o non esistere. Sono i c.d. fatti controversi, i quali soltanto costituiscono di regola materia di prova». Cfr. G.A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova 1942, 144 e 216, nonché G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 58; Idem, voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), cit., 625 ss. V. S. Patti, voce *Prova* (*Prova documentale*), cit., 6-7; Idem, *Le prove*, cit., 13 ss., ma spec. 22, dove è affermato che quando il fatto è contestato, così come quando nella contrapposizione tra fatto allegato e non contestato e altri mezzi di prova «permane il dubbio, il giudice dovrà risolvere la questione in base alla regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.». Cfr. C. Punzi, *Il processo civile*, cit., I, 400, per il quale «L'art. 2697 c.c. fissa, dunque, una regola finale di giudizio, destinata ad operare in sede decisoria e pienamente compatibile con il principio di acquisizione, regola che vale ad individuare la parte in capo alla quale grava il rischio della mancata prova». V. C. Mandrioli e A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., II, 177-179, laddove è messo in evidenza che l'ordinamento non ammette che il giudice rifiuti il giudizio, arrestandosi al «non liquet», ma gli impone di giudicare sempre sulle domande propostegli, indipendentemente dal fatto che disponga, o meno, di prove, di guisa che «Se, dunque, il giudice deve giudicare sempre, anche quando manca di prova, è del tutto evidente la necessità di una regola che stabilisca come egli deve giudicare (ossia a chi dar ragione e chi torto) quando manca di prove (...) Sennonché, per poter applicare questa regola, occorre che sia preventivamente stabilito qual è la parte che avrebbe dovuto provare le circostanze che costituiscono oggetto del giudizio (...) Ecco, dunque, che la regola di giudizio per il caso

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

intesi come «le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza» di cui all'art. 115, comma 2°, c.p.c. (24).

Le tesi si sono diversificate, però, quando si è trattato di inquadrare il fondamento logico del principio della non contestazione nel processo civile.

L'impostazione tradizionale, nata già sotto l'imperio del codice di procedura civile del 1865, ma poi perpetrata anche nella vigenza del codice di rito del 1940 (segnalo, solo per completezza, che il codice di rito del 1865 non conteneva alcuna menzione di un principio generale di non contestazione, scelta ribadita dal codice di procedura civile del 1940), muoveva dal presupposto della tendenziale inesistenza, a carico della parte costituita (25), di un generale onere di contestazione dei fatti affermati dalla

---

del difetto di prova, si traduce, in concreto, nella regola che disciplina la distribuzione, tra le parti, dell'onere della prova, ossia la regola che pone il criterio in base al quale il giudice che rileva il difetto di prova su una certa circostanza, può e deve innanzitutto stabilire quale delle parti era onerata della relativa prova, per dedurne senz'altro la soccombenza (su quel punto) della parte onerata e la vittoria dell'altra parte». V. anche L. Dittrich, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 42-43, per il quale «il principio dell'onere della prova è funzionale al divieto per il giudice di non liquet, ovvero di pronunciare una sentenza di rigetto allo stato degli atti, pur se la fonte ultima di tale divieto deve probabilmente ricercarsi in altre norme, quali l'art. 24 Cost. o gli artt. 99 e 112 c.p.c.». Riferimenti all'onere della prova quale regola di giudizio in E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 8ª ed., Milano 2012, 93-94.

(24) Cfr. G. Verde, voce *Dispositivo* (*principio*), cit., 6. V. anche S. Patti, *Le prove*, cit., 13.

(25) L'opinione comune, frutto di un atteggiamento tralatizio, trasfuso nella novella dell'art. 115, comma 1°, c.p.c., nega che possa darsi un qualche rilievo al contegno non contestativo della parte non costituita nel processo. La ragione di ciò è nel fatto che la contumacia è stata sempre considerata espressione di un atteggiamento neutro della parte (e come tale non sanzionato dall'ordinamento giuridico), la quale, a fronte della opzione tra il partecipare attivamente al processo esercitando il proprio diritto di difesa positivamente ed il rimanervi inerte, sceglie la seconda via. La contumacia, insomma, è stata valutata come un non-comportamento, o quantomeno come un comportamento equivoco e non concludente, mentre la non contestazione implicherebbe in ogni caso un contegno concreto della parte presente nel giudizio. Cfr. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 474-475, il quale evidenzia che «Nel nostro sistema la contumacia del convenuto non è considerata né come una reazione al potere del giudice e come tale punita; né come una rinuncia alla difesa; né come una rimessione alla giustizia del magistrato; né come una presunta ignoranza dell'esistenza della lite; ma per quello che è in ogni caso: una completa inattività all'udienza». Per F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., II, 49, «(...) il convenuto contumace non tiene alcun comportamento e quindi da tale non-comportamento non si può ricavare né la non contestazione né l'ammissione». Cfr. V. Andrioli, voce *Prova* (*Diritto processuale civile*), cit., 274 e, poi, 275. V. G. Verde, voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), cit., 616, il quale annota che «La contumacia non può essere di base alla non contestazione, perché, per il nostro sistema e a differenza di quanto avviene altrove, è un comportamento equivoco e non concludente». L'impostazione tradizionale, di cui si è appena dato atto, è stata oggetto di vibrata critica da parte della dottrina più recente, la quale ha sostanzialmente evidenziato

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

controparte, prevalentemente in virtù del rilievo dell'assenza di una norma di legge che esplicitamente ponesse un simile onere (26). Si pensava, di conseguenza, che l'unico contegno processuale capace di rendere il fatto

---

l'irrazionalità di un sistema processuale che, per la via sopra delineata, finisce per riservare un trattamento di favore alla parte non costituita rispetto alla posizione sopportata dalla parte che opti per l'essere parte attiva nel processo. La contumacia, infatti, si risolve così in una *ficta contestatio*, il cui contraddittorio effetto è non tanto di escludere qualsiasi vantaggio probatorio per la parte costituita, quanto piuttosto di riservare a quest'ultima una posizione più onerosa di quella della parte che abbia consapevolmente scelto di rimanere estranea al giudizio: la parte costituita, infatti, è soggetta all'onere della contestazione specifica, a «pena» di risultare soccombente sull'accertamento dei fatti non contestati, mentre il contumace, magari a corto di argomentazioni difensive o di prove a supporto, può beneficiare della propria inerzia, accomunata per mezzo di una finzione, quanto agli effetti, alla contestazione specifica. Sulla contumacia come *ficta contestatio* v. L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1049. Tra l'altro, va anche sottolineato che la tesi tradizionale aveva senz'altro maggiori argomentazioni di supporto nella disciplina vigente ante novella del 2009, nell'àmbito della quale, mancando l'espresso riconoscimento del principio della non contestazione, si negava l'esistenza di un generale onere di contestare i fatti allegati dall'altra parte e si riteneva che la non contestazione non potesse derivare dal silenzio, ma implicasse sempre e necessariamente un contegno processuale attivo, consistente nell'ammissione esplicita (*i.e.* allegazione concorde di un fatto già affermato dall'altra parte) o implicita (*i.e.* linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto dedotto dall'altra parte o conciliabile solo con il suo riconoscimento). Queste considerazioni hanno indotto autorevolissimi autori ad evidenziare l'opportunità di rivedere l'atteggiamento del legislatore verso la contumacia suggerendo di equipararne gli effetti alla *ficta confessio* e conseguentemente di estendere il principio della non contestazione anche alla parte non costituita nel processo, con conseguente rivisitazione in senso estensivo, ad esempio, del contenuto dell'avvertimento di cui all'art. 163, comma 3°, n. 7, c.p.c. nonché dell'elenco delle decadenze menzionate dall'art. 167 c.p.c. (sul punto cfr. *supra*, la nota 12). Cfr. G. Monteleone, *Diritto processuale civile*, I, 8ª ed., 2018, Milano, 268 ss., il quale rileva che la disciplina approntata dall'art. 115, comma 1°, c.p.c. colloca la parte costituita in una posizione deteriore rispetto al contumace. V. altresì B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit., 17, il quale, in accezione critica alla scelta del legislatore della riforma del 2009, afferma che «La stretta e puntigliosa limitazione del valore della non contestazione alle parti costituite costituisce un obiettivo difetto che doveva essere evitato». Sempre in senso critico rispetto al postulato della rilevanza della sola non contestazione proveniente dalla parte costituita e con cenni comparatistici, cfr. L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1049-1050 e, per i richiamati cenni comparatistici, nota 24. V. anche A. Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit., 12 ss., il quale definisce timida la scelta del legislatore della riforma del 2009 di aver continuato ad associare la contumacia ad una *ficta contestatio* e di non aver aggiunto alle decadenze di cui all'art. 167 c.p.c. quella relativa alla mancata contestazione. *Contra* fra gli altri G. Balena, *La riforma della giustizia civile*, cit., 34, per il quale il contegno processuale di chi, partecipando al processo, non contesti un fatto, è molto più rilevante del comportamento della parte che abbia scelto di rimanervi inerte.

(26) Sul punto v. C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2018; v. anche M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1342-1343 e poi 1345 e ivi la nota 24; rilievi in L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1048. Cass. 16 giugno 2006, n. 13958, in *Foro it. Rep.*, voce *Prova civile in genere*, n. 18.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non controverso fosse quello dell'ammissione, esplicita o implicita, di quello stesso fatto ad opera della parte contro cui era stato allegato (27). L'ammissione esplicita – all'infuori dell'art. 218 c.p.c. del 1865 in relazione all'ipotesi di mancata presentazione della parte all'interrogatorio formale o di rifiuto ingiustificato di rispondere, poi ripresa, riguardo alla stessa fattispecie astratta, dall'art. 232 c.p.c. del 1940 – sarebbe consistita nella affermazione, a fondamento della propria domanda, di un fatto già collocato a fondamento della domanda avversaria (28). L'ammissione implicita, invece, sarebbe stata il prodotto di una linea difensiva logicamente incompatibile con il disconoscimento dei fatti affermati dall'altra parte o, in alternativa, conciliabile con il loro riconoscimento (29). L'ammissione

---

(27) V. innanzitutto F. Carnelutti, *La prova civile*, cit., 18 ss. e, segnatamente, 47, il quale pone in evidenza come debbano considerarsi esclusi dalla prova i fatti sui quali si ha concorde affermazione delle parti, cioè i fatti ammessi e perciò non controversi, perché «L'uso della parola prova si limita ai procedimenti istituiti dal giudice per il controllo dei fatti controversi (affermati e non ammessi) (...)». Cfr. anche U. Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, II, cit., 179-180.

(28) Cfr. F. Carnelutti, *La prova civile*, cit., 19 e ivi la nota 8, il quale, muovendosi sul terreno della stretta linea di demarcazione tra ammissione e confessione, evidenzia che i due concetti condividono la affermazione di un fatto posto a fondamento della domanda avversaria, ma che solo l'ammissione, la quale in ciò si distingue dalla confessione, è la posizione, come presupposto della propria domanda, di un fatto già presupposto dalla domanda avversaria.

(29) Cfr. V. Andrioli, voce *Prova* (*Diritto processuale civile*), cit., 274, il quale, scevera tra non contestazione, ammissione (che deve constare dei requisiti di cui all'art. 232 c.p.c.) e confessione (che deve avere i caratteri dell'art. 2730 c.c.), affermando che «(...) la non contestazione nasce da un sistema di argomentazioni del difensore o della parte, comparsa di persona, che sia conciliabile con la verità dei fatti allegati dall'altra parte o dal difensore di questa, né importa che la conciliabilità sia esplicita o implicita». Anche U. Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., II, 179, pone la stessa distinzione tra fatto ammesso e fatto non contestato, poiché quest'ultimo è il fatto tacitamente o implicitamente ammesso. V. anche G. Verde, voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), cit., 616, parla di sistema difensivo nel suo complesso come àmbito dal quale desumere la natura controversa o incontroversa di un fatto «(...) nel senso che sono incontroversi i fatti sicuramente incompatibili con tale sistema e condivisi dall'altra parte». Cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., II, 49, per il quale l'ammissione è il comportamento esplicito della parte che riconosce come veri i fatti dedotti dall'altra parte, mentre la non contestazione sta nel riconoscimento implicito della verità dei fatti affermati dalla controparte in quanto la parte «(...) si difende in maniera tale da manifestare inequivocabilmente la volontà di ritenere come veri tali fatti». V. anche M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1343 e ivi la nota 9. In giurisprudenza v. Cass. 28 febbraio 2002, n. 2959; nonché, in tempi passati, Cass. 8 giugno 1977, n. 2346; Cass. 9 febbraio 1977, n. 567; Cass. 21 gennaio 1977, n. 316; Cass. 12 maggio 1971, n. 1367; Cass. 26 giugno 1964, n. 1683, in *Foro it. Rep.*, voce *Prova civile in genere*, n. 16; Cass. 3 settembre 1957, n. 3426, in *Foro it. Rep.*, voce *Prova civile in genere*, n. 23. *Contra* S. Patti, voce *Prova* (*Prova documentale*), cit., 6-7, il quale, già in epoca risalente, segnalava di ritenere «preferibile la tesi sopra esposta, secondo cui perché un fatto non sia

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

implicita era ritenuta il contegno processuale più prossimo a quella che oggi definiremmo «non contestazione» (30).

Il mero silenzio, invece, non era considerato utile a rendere non controversi i fatti, proprio per via della negazione dell'esistenza di un generale onere di contestazione nel processo civile (31), mentre era ritenuto una condotta valutabile sotto il profilo della correttezza processuale e, in sede decisoria, come argomento di prova, ai sensi dell'art. 116, comma 2°, c.p.c. (32).

In altri termini, il fatto poteva essere in questa prospettiva teorica:

affermato da una parte e ammesso (espressamente o tacitamente) dall'altra e, così, incontroverso e non bisognoso di essere provato (si vedrà *infra* con quali effetti); oppure

affermato da una parte e negato o semplicemente non ammesso dall'altra (silenzio) e, dunque, controverso e bisognoso di essere dimostrato, pena la soccombenza sul punto, secondo la regola generale sull'onere della prova.

Si opinava, inoltre, che la non contestazione si muovesse esclusivamente sul terreno dell'allegazione dei fatti, e quindi necessariamente di quelli costitutivi della pretesa ovvero impeditivi, modificativi o estintivi della stessa, e che fosse, conseguentemente, manifestazione del principio della disponibilità della tutela giurisdizionale (33). Tale principio, di cui gli altri della domanda (art. 99 c.p.c.), del contraddittorio (art. 101 c.p.c.) e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.) sono i corollari più eclatanti (34), è scolpito a chiare lettere nella prima parte

---

considerato controverso, nel processo, è sufficiente che esso venga affermato da una parte e non contestato dall'altra».

(30) Cfr. proprio in questi termini U. Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., II, 179; v. nello stesso senso F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., II, 49.

(31) V. Cass. 7 maggio 1999, n. 4604, in *Foro it. Rep.* 1999, voce *Prova civile in genere*, n. 7; Cass. 26 gennaio 1996, n. 600, in *Foro it. Rep.*, voce *Prova civile in genere*, n. 3.

(32) Cfr. A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 285 ss.; v. anche L.P. Comoglio, C. Ferri e M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna 1995, 512.

(33) V. su tutti G. Verde, voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), cit., 614; Idem, voce *Domanda* (*principio della*), in *Enc. giur.*, XII, 1989, Roma, 8-9; cfr. in senso conforme, ma non senza rilevanti differenziazioni, S. Patti, voce *Prova documentale*, 6-7.

(34) V. C. Mandrioli e A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., I, 89-90 e, poi, 90-91 e ivi la nota 21, ove è evidenziato che è la domanda della parte (art. 99 c.p.c.) a determinare la pendenza del processo civile, a cui si correla il dovere del giudice di decidere su tutta la domanda e nei limiti di essa (art. 112 c.p.c.), come definiti dalle parti mediante l'allegazione dei fatti costitutivi della pretesa e di quelli impeditivi, modificativi ed estintivi della stessa a fondamento di eccezioni. Sullo stretto collegamento tra il principio della non contestazione e quello della domanda v. G. Verde, voce *Domanda* (*principio della*), cit., 8-9; G. Tarzia,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

(*iudex secundum alligata*) del noto brocardo *iudex secundum alligata et probata partium iudicare debet* (35) ed esprime nient'altro che il potere delle parti di fissare, nei processi su diritti disponibili e con effetto pienamente vincolante, il *thema decidendum* su cui il giudice è chiamato a decidere. Il principio dispositivo in senso stretto è, in definitiva, la reiterazione nel processo del monopolio che le parti hanno sulla situazione giuridica sostanziale dedotta ed è inteso ad impedire che il giudice – quando l'oggetto della tutela giurisdizionale sia disponibile e dunque non disciplinato da norme cogenti o inderogabili, perché poste a presidio di interessi metaindividuali (o, diremmo, di ordine pubblico) – ecceda i propri limiti invadendo la sfera di autonomia privata delle parti (36).

Una serie di assai rilevanti conseguenze vi è a valle di tale impostazione.

Lineamenti del nuovo processo civile, Milano 1991, 71; L.P. Comoglio, in Aa.Vv., *I provvedimenti anticipatori*, in *Le riforme della giustizia civile*, Torino 2000, 301 ss. e 312 ss.; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino 1995, § 5 e in particolare la nota 5; A. Proto Pisani, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.* 1990, V, 397; Idem, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 607.

(35) Sull'equivoco ingenerato dal brocardo *iudex secundum alligata et probata partium iudicare debet*, che mette insieme, per l'appunto, il vincolo del giudice al *thema decidendum* stabilito dalle parti (*i.e.* gli *alligata*) e agli strumenti tecnici indicati dalle parti per l'accertamento dell'esistenza dei fatti che compongono lo stesso *thema decidendum* (*i.e.* i *probata*), v. G. Verde, voce *Dispositivo* (*principio*), cit., 1. Ampia ricostruzione dell'equivoco in C. Mandrioli e A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., I, 105, dove viene segnalata l'improprietà di riferire all'art. 115 c.p.c. il principio dispositivo, mentre sarebbe più corretto parlare di principio della disponibilità della prova (secondo sintagma del brocardo *iudex* (...) *secundum probata partium iudicare debet*), il quale esprime il generale divieto per il giudice dell'iniziativa officiosa in materia istruttoria. Il principio della disponibilità della prova (attenuato, viste le circoscritte, ma esistenti, deroghe) è un'opzione di tecnica processuale perché esprime la scelta da parte del legislatore, operata sulla base di considerazioni di opportunità, dei mezzi ritenuti più idonei per porre il giudice in condizione di pervenire ad una ricostruzione del fatto con il più elevato grado possibile di approssimazione alla verità. Esso, in altri termini, non sarebbe scelta ineludibile, bensì opzione dettata da ragioni tecniche, rapportate all'ambiente storico, che stanno nella regola di esperienza secondo cui, nei rapporti tra privati, sono le parti i soggetti più adatti a ricercare ed offrire gli elementi utili all'accertamento dei fatti, non potendosi escludere che il legislatore possa, in un diverso momento storico ed in un altro ambiente, optare per il ricorso ad un sistema inquisitorio, con più penetranti poteri di iniziativa officiosa da parte del giudice. V. su tutti G. Verde, voce *Dispositivo* (*principio*), cit., 1-3.

(36) F. Carnelutti, *La prova civile*, cit., 20, scriveva a tal riguardo che «La affermazione delle parti vincola il giudice per la posizione del fatto nel senso che da un lato egli non può porre una situazione di fatto che non sia affermata da una (almeno) delle parti, dall'altro lato egli non può non porre (omettere) una situazione di fatto che sia affermata da tutte le parti (...) I fatti non affermati non possono essere posti; i fatti affermati concordemente devono essere posti. Un sistema così fatto integra un potere di disposizione delle parti sul materiale di fatto della sentenza e perciò una influenza del contegno di queste sul contenuto della sentenza medesima». V. Verde, voce *Domanda (principio della)*, cit., 9.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Innanzitutto, il principio della disponibilità della tutela giurisdizionale agisce nel momento iniziale della lite, afferisce, cioè, all'iniziativa processuale e all'introduzione (mediante l'allegazione) dei fatti nel processo. È evidente che la non contestazione, in questa prospettiva, può riguardare i soli fatti principali, cioè quegli accadimenti a cui il diritto sostanziale ricollega la nascita di un diritto soggettivo ovvero la sua modificazione, l'impedimento o la sua estinzione (cioè quei fatti che costituiscono il fondamento delle rispettive pretese o perché costitutivi o perché impeditivi, modificativi o estintivi) e che, in quanto tali, devono essere posti nel momento in cui la domanda di tutela è avanzata, mentre essa non afferisce ai fatti secondari, dedotti all'unico fine di provare i fatti principali, la cui introduzione nel giudizio nulla avrebbe a che fare con l'art. 112 c.p.c. (37).

In secondo luogo, ne discende, quanto agli effetti, che il fatto ammesso o implicitamente riconosciuto sia non tanto non bisognoso di prova, ma, e più correttamente, sottratto *ab origine* all'accertamento richiesto al giudice perché espunto dal *thema decidendum* in virtù dell'atto dispositivo del diritto sostanziale realizzato dalle parti nel processo (38). Da qui il diffuso convincimento, riaffermato in modo tralatizio, ma piuttosto costante, che il giudice debba ritenere senz'altro vero il fatto allegato da una parte e non contestato dall'altra, ad esempio anche se (e questa è una conseguenza che,

---

(37) Cfr. T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 695 ss. V. G. Verde, voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), cit., 614; Idem, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in questa *Rivista* 1977, cit., 200; Idem, *I profili del processo civile*, I, Parte generale, Napoli 1999, 100 ss. V. E. Grasso, *Sub art. 115*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino 1973, 1304. In questo senso v. anche S. Patti, *Le prove*, cit., 17-18, per il quale il fatto che può essere oggetto di riconoscimento, ammissione o non contestazione ad opera della controparte è solo quello che determina l'applicazione della norma, ovverosia il fatto principale, che l'altra parte deve sempre allegare, anche se non è in grado di offrirne la prova diretta. In questa prospettiva, la mancata contestazione del fatto secondario rileverebbe solo come argomento di prova desumibile dal contegno (non contestativo) processuale osservato dalla parte (così sempre S. Patti, *Le prove*, cit., 18). Anche Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, su cui v. *retro* la nota 6, muovendo dal dato della non contestazione come espressione del principio della disponibilità della tutela giurisdizionale, negava che la non contestazione potesse avere una qualche rilevanza rispetto ai fatti secondari. *Contra* v. Cass. 17 aprile 2002, n. 5526.

(38) V. su tutti G. Verde, voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), cit., 616, il quale parla proprio di riconoscimento alle parti «di una sfera di autonomia privata idonea a tradursi in comportamenti processuali direttamente efficaci», rilevando poi che «Il fatto non contestato non ha bisogno, in conclusione, di prova, perché le parti in qualche maniera ne hanno disposto, autorizzando (e obbligando) il giudice a tenerne conto senza necessità che egli si convinca dell'effettiva esistenza del medesimo». Idem, voce *Domanda* (*principio della*), cit., 9, ove è detto che «(...) è certo che il fatto non contestato può vincolare il giudice solamente a patto di concepire un potere delle parti idoneo a porre tale fatto fuori dal novero di quelli bisognosi di accertamento».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nella prospettiva qui assunta, non mi pare possa essere elusa) smentito da altre emergenze istruttorie ritualmente acquisite al processo (39).

In terzo luogo, la contestazione sconterebbe le stesse preclusioni e le stesse decadenze dell'attività assertiva di guisa che essa dovrebbe intervenire con le stesse scansioni temporali entro cui deve essere compiuta l'attività di allegazione dei fatti principali e, per converso, la contestazione omessa sarebbe revocabile negli stessi tempi in cui sarebbe possibile modificare l'allegazione dei fatti (40) (il che equivale a dire, nell'attuale sistema del processo ordinario di cognizione e salvo l'istituto eccezionale della rimessione in termini *ex* art. 153, comma 2°, c.p.c., con la memoria di cui all'art. 183, comma 6°, n. 1, c.p.c. (41) o, nel rito del lavoro, con gli atti introduttivi *ex* artt. 414 e 416 c.p.c. o, al più tardi, all'udienza di discussione, ai sensi dell'art. 420, comma 1°, c.p.c., se ricorrono gravi motivi e previa autorizzazione del giudice).

L'idea per cui, alla base del fenomeno della non contestazione, sta il principio della disponibilità della tutela giurisdizionale – frutto, come detto (42), della negazione di un autonomo principio di portata generale (43) – ha progressivamente, ma inesorabilmente, ceduto il passo nelle

---

(39) Cfr. G. Verde, voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), cit., 616.

(40) Così G. Verde, voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), cit., 615 (con riferimenti impliciti al tema) e 617 (con riferimenti, invece, espliciti). V. M. Pacilli, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 307-308: Cfr., anche se in senso critico, L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1054-1055. Cfr. sul punto anche S. Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 129; M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto*, cit., 1347.

(41) Sul punto v. A. Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit., *passim*. Ma, evidentemente, il tutto andrà rimeditato – ma v'è tempo per farlo – alla luce della appena approvata riforma del processo civile (su cui v. anche *supra*, nota 12), che ha pressoché del tutto riscritto la fase introduttiva del giudizio ordinario di cognizione, con la soppressione, tra l'altro, delle memorie *ex* art. 183, comma 6, c.p.c., di fatto sostituite dalle tre memorie integrative, anteriori all'udienza di prima comparizione e trattazione, di cui al nuovo art. 171-*ter* c.p.c. Tuttavia, l'art. 35, comma 1, del D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 fissa l'entrata in vigore della riforma a decorrere dal 30 giugno 2023 e stabilisce che le relative disposizioni si applichino ai procedimenti instaurati successivamente a tale data, salve le limitatissime eccezioni indicate al comma secondo della citata disciplina transitoria, la vigenza delle quali è anticipata al 1° gennaio 2023 anche rispetto ai processi civili pendenti a quella data.

(42) Negazione che avrebbe trovato conferma nel carattere eccezionale delle disposizioni di legge che, più o meno esplicitamente, affermavano, già prima della novella del 2009, un onere di contestazione. V. *retro* la nota 26, ma v. anche, circa le disposizioni speciali, *infra* la nota 44.

(43) Cfr. A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 200.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

riflessioni più recenti (invero iniziate ben prima della novella dell'art. 115, comma 1°, c.p.c.) (44).

In verità, l'Andrioli aveva già denunciato i rischi connessi alla enunciazione della ineludibilità del dogma «fatto non controverso (o fatto non contestato) = fatto non bisognoso di essere provato». Egli, infatti, aveva sostenuto con vigore l'opportunità che il giudice, prima di fare ricorso a siffatta equazione, esercitasse la vigile partecipazione al contraddittorio a cui è facoltizzato dalla legge e che, a questo scopo, facesse ricorso ai poteri di collaborazione concessigli dall'allora art. 183, comma 2°, c.p.c. (oggi art. 183, comma 4°, c.p.c.), richiedendo alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari ed indicando le questioni rilevabili d'ufficio, delle quali ritenga opportuna la trattazione (v. in argomento anche l'art. 101, comma 2°, c.p.c.). Di guisa che «Pertanto, la proposizione, in virtù dei quali, i fatti non contestati non debbono essere provati, non ha in sé nulla d'ineluttabile ma s'inserisce nel libero apprezzamento del comportamento

(44) Va segnalato, d'altra parte, che vagiti del formale riconoscimento della non contestazione come principio di portata generale si erano avuti ben prima del 2009 (ma per l'opposta tesi delle norme eccezionali come indice sintomatico dell'assenza di un principio di ampiezza generale v. *retro* la nota 42), con il novellato art. 423 c.p.c. (ordinanze per il pagamento di somme non contestate), figlio della riforma del rito del lavoro con l. 11 agosto 1973, n. 533, poi replicato nell'art. 186-*bis* c.p.c., articolo aggiunto dalla l. 26 novembre 1990, n. 353, con la precisazione presente in quest'ultima (assente, invece, nel più enigmatico, sul punto, art. 423 c.p.c.) che la non contestazione, per produrre l'effetto previsto dalla norma, deve provenire dalla parte costituita. Ma, si pensi anche all'art. 416 c.p.c., novellato anch'esso in sede di riforma del rito del lavoro, il cui comma terzo onera il convenuto, al momento della costituzione in giudizio, di «prendere posizione, in maniera specifica e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda (...)»; o all'art. 167 c.p.c., novellato con la riforma del rito ordinario del 1990, ai sensi del cui primo comma «Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (...)»; oppure, infine, all'art. 4, comma 1°, del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, introduttivo del rito societario, ma di lì a poco abrogato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, ai sensi del quale «Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'altra parte a fondamento della domanda (...)». Prima ancora, indizi dell'esistenza del principio della non contestazione sarebbero stati senz'altro rinvenibili: nell'art. 14, comma 3°, c.p.c. a proposito della omessa contestazione, da parte del convenuto nella prima difesa, del valore dichiarato o presunto delle controversie relative a somme di denaro e a beni mobili, il quale rimane fissato, anche agli effetti del merito, nei limiti della competenza del giudice adito; nell'art. 35 c.p.c., il quale prevede che, in caso di eccezione di compensazione di un controcredito contestato e che eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda è fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile, decide sulla domanda stessa e rimette le parti al giudice competente per la decisione relativa all'eccezione di compensazione; e, infine, nell'art. 2734 c.c. a proposito delle dichiarazioni aggiunte dal confitente alla confessione, idonee ad infirmarne il valore, se non contestate dall'altra parte.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della parte, che è materiato sì di autoresponsabilità, e suppone la cooperazione del giudice, di cui sono tangibili segni disposizioni normative purtroppo applicate di rado» (45).

Si è, così, via via formata e, quindi, diffusa una corrente di pensiero volta a far emergere l'errore di fondo che marchierebbe l'orientamento più tradizionale sul fondamento della non contestazione. Si è affermato, infatti, che la tesi tralatizia aveva esteso il principio dispositivo in senso stretto ben oltre l'àmbito che gli pertiene, che è quello dell'allegazione del fatto principale (e, cioè, se il giudice debba o meno giudicare su di esso e in quali limiti), fino ad investire il modo con cui si svolge il giudizio su quel fatto, ovverosia la direzione del processo e la determinazione dei mezzi tecnici (*i.e.* le prove) di cui il giudice può servirsi nell'attività di accertamento dei fatti sottopostigli. Simile impostazione, in altri termini, avrebbe avuto il difetto di porre sullo stesso piano il principio dispositivo in senso sostanziale, il quale esprime l'esclusiva delle parti nel porre la domanda di tutela giurisdizionale (*an*) e nel determinarne i confini (*oggetto*), e il principio dispositivo in senso processuale (o di disponibilità della prova), secondo cui il giudice non può disporre né prendere in considerazione prove che non siano state proposte dalle parti (divieto del ricorso alla scienza privata) (46). Si è invece evidenziato che tali principi sono tra loro distinti e che

---

(45) Così V. Andrioli, voce *Prova* (*diritto processuale civile*), cit., 275. Al principio di autoresponsabilità si era richiamato già C. Furno, *Contributo alla teoria generale della prova legale*, cit., 78 e, in epoca più recente, A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 275. Sull'autoresponsabilità v. anche *infra* la nota 50.

(46) Cfr. sul punto *retro*, anche la nota 35, dove mi sono già permesso di segnalare l'equivoco, su cui la più autorevole dottrina ha richiamato l'attenzione, ingenerato dal brocardo *iudex secundum alligata et probata partium iudicare debet*. V., oltre a quanto richiamato sempre alla nota 35, T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 724 ss.; E. Grasso, Sub *art. 115*, cit., 1303, il quale rimarca che il ditterio *secondum alligata et probata* va scisso e riferito, quanto al *secundum alligata*, all'art. 112 c.p.c. e, quanto al *secundum probata*, all'art. 115 c.p.c.; G. Nappi, *Sub art. 115*, in *Commentario al codice di procedura civile*, I, 2, Milano 1941, 666 ss.; A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, 67 ss. e spec. 68-69, la quale rileva come spetti alle parti dare impulso al processo e determinarne l'oggetto (principio della disponibilità della tutela giurisdizionale) e al legislatore stabilire come – ovverosia i mezzi tecnici attraverso cui – il processo debba fornire risposta all'istanza di tutela giurisdizionale; M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, 329, il quale evidenzia come l'allegazione dei fatti sia elemento necessario ed essenziale della domanda giudiziale, assoggettata «(...) per necessaria conseguenza del carattere privato del rapporto litigioso, al potere dispositivo delle parti (...)»; mentre, dall'altro lato, l'offerta dei mezzi di prova concerne gli strumenti tecnici attraverso cui il giudice forma il suo convincimento nell'accertamento dei fatti. Cfr., se si vuole, anche A. Carosi, *Il principio della non contestazione ad oltre un decennio dalla novella dell'art. 115, comma 1, c.p.c.*, cit., 575 ss. e spec. 576-578. Invece per V. Andrioli, *Commento al codice di procedura*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ben marcata è la linea che li scevera: il principio della disponibilità della tutela giurisdizionale è la proiezione nel processo del diritto soggettivo entro i limiti segnati dalla legge ed agisce, come già più sopra rilevato, nella fase introduttiva del giudizio perché è lì che si manifesta il potere d'impulso delle parti indispensabile, nelle controversie su diritti disponibili, affinché il processo inizi e il suo oggetto venga definito; il principio della disponibilità della prova, temperato dall'indipendenza del giudice rispetto all'iniziativa delle parti e dall'affidamento allo stesso di determinati poteri istruttori officiosi anche nelle controversie su diritti disponibili (47), è invece una questione di tecnica processuale o, in altri termini, di modello di processo in concreto adottato dal legislatore, in una data realtà storica, sulla base di valutazioni di opportunità (48). In forza di queste considerazioni, si è, quindi, concluso che il fenomeno della non contestazione non avrebbe a che vedere con il principio della disponibilità della tutela giuri-

---

civile, cit. I, 331, l'art. 115 c.p.c. «codifica il principio, secondo il quale «judex secundum alligata et probata partium judicare debet»». Per M. Taruffo, Sub *art. 115*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna 2011, 462 ss. e spec. 470-478, per il quale l'art. 115 c.p.c. codifica il divieto per il giudice di ricorrere alla scienza privata.

(47) Tra cui possono essere annoverati i seguenti poteri e facoltà del giudice: di avvalersi di un consulente tecnico (artt. 191 ss. c.p.c.); di ordinare alle parti e ai terzi di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiano indispensabili per conoscere i fatti della causa (art. 118 c.p.c.); di ordinare alla parte o ad un terzo, negli stessi limiti in cui può essere ordinata l'ispezione ai sensi dell'art. 118 c.p.c., l'esibizione di un documento o di altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo (art. 210 c.p.c.); di richiedere informazioni scritte alla pubblica amministrazione (art. 213 c.p.c.); di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti della causa (art. 117 c.p.c.).

(48) Per comprendere quali siano state le ragioni di opportunità che hanno ispirato il codice di procedura civile del 1940 nel campo della prova occorre rivolgersi alla Relazione del Guardasigilli al Re, che ha accompagnato la presentazione del R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443, il cui par. 29 così recitava: «Già si sono viste le ragioni di ordine generale per le quali è stato mantenuto nel nuovo processo il principio dispositivo, e con esso la regola, che tradizionalmente si accompagna, secondo la quale il giudice non può disporre né prendere in considerazione prove che non siano state proposte dalle parti. Questa regola non è soltanto una logica conseguenza del potere di disposizione che le parti hanno sulla propria sfera giuridica; ma è altresì il portato di una esperienza due volte millenaria di tecnica processuale, la quale dimostra che, quando la controversia verte su rapporti di diritto privato, lo strumento più sensibile e più penetrante per la ricerca della verità è costituito dal contraddittorio delle parti interessate. Per la conoscenza diretta che esse hanno dei fatti e per lo stimolo dell'interesse individuale che spinge ciascuna di esse a scegliere e a mettere in evidenza quelli che giovano alla propria tesi, l'onere di allegazione e di prova posto a loro carico si risolve, anche se inconsapevolmente, in una collaborazione agli scopi della giustizia; sicché il giudice, giovandosi della collaborazione dei loro sforzi contrapposti, volti ciascuno a scoprire un profilo della verità, riesce a ricostruire la verità tutta intera assai meglio di quanto gli riuscirebbe, esplorando, coi soli suoi mezzi, circostanze a lui del tutto sconosciute».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sdizionale, bensì afferirebbe al principio della disponibilità della prova (o dispositivo in senso processuale). La non contestazione, in definitiva, sarebbe essa stessa un mero espediente tecnico, giustificato da ragioni di semplificazione (cfr. art. 111, commi 1° e 2°, Cost. e art. 6, comma 1°, C.E.D.U., entrambi con riferimento alla ragionevole durata del processo), che, attraverso il meccanismo della finzione (49) e il richiamo all'autoresponsabilità (50), 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 (51).

---

(49) Per la tecnica delle «finzioni» v. S. Pugliatti, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 45 ss. e spec. 104 ss.; Idem, voce *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, 658 ss. e spec. 663; R. Guastini, voce *Finzione giuridica* (*nella teoria generale*), in *Dig. it. disc. priv.*, *sez. civ.*, VIII, Torino 1992, 354 ss.

(50) Sull'autoresponsabilità (o responsabilità verso sé stessi), intesa quale conseguenza di un comportamento che non incida su un interesse collettivo, e sul collegamento dell'autoresponsabilità con il concetto di onere, v. S. Pugliatti, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 452 ss., e spec. 455, il quale evidenzia che, mentre la libertà del soggetto è generalmente limitata da un obbligo determinato, in relazione al quale esiste una situazione soggettiva attiva di altri, di guisa che l'obbligo è mezzo di tutela dell'interesse altrui, «L'autoresponsabilità (...) si circoscrive nella sfera degli interessi del soggetto agente. Così che appare più proprio il richiamo al concetto di onere, che non implica l'idea di un vinculum iuris verso altri, ma, se mai, quella di una valutazione in lato senso economica dell'opportunità di tenere un determinato comportamento per il conseguimento di un dato risultato». V. anche A. De Cupis, sub *art. 2043*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna 1962, 298-299. Cfr. A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di L. Marafioti e R. Del Coco, Torino 2012, 9 ss. e spec. 17-18, il quale rileva che il fondamento dell'espediente o del meccanismo della preclusione è proprio nell'autoresponsabilità delle parti, la quale poggia, a propria volta, sul mancato rispetto di un onere. Sulle nozioni di preclusione (in origine intesa come perdita o consumazione di una facoltà processuale, ma poi vista come conseguenza negativa di un onere inadempiuto) e di onere (situazione giuridica soggettiva negativa, intesa come strumento per ottenere la tutela del proprio interesse, ma anche per evitare le conseguenze negative a proprio carico della inattività), sulle loro differenze e sul loro porsi in relazione alla concezione del processo staticamente inteso come rapporto giuridico (risalente alla dogmatica tedesca della seconda metà dell'ottocento e recepita dal Chiovenda) o dinamicamente considerato come situazione giuridica (in cui si è innestata il concetto di onere e quello correlativo di preclusione come onere inosservato), v. A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 9 ss.; cfr. anche C. Mandrioli e A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., I, 37-38. Si vedano anche i riferimenti contenuti *retro* alla nota 49 a proposito della tecnica delle «finzioni».

(51) Cfr. A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 167 e 274 ss.; C. Mandrioli e A. Carratta, *Diritto processuale civile*, II, cit., 39 alla nota 95; v. altresì L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1048-1049 e 1056-1059. Secondo S. Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 138 ss., per il quale la disponibilità della situazione controversa sarebbe già salvaguardata dal divieto per il giudice di rilevare fatti individuatori della stessa ovvero fatti oggetto di eccezioni riservate alla parte, mentre tutti gli altri fatti, sia principali che secondari, servirebbero al convincimento del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tale impostazione teorica ha permesso, prima della novella del 2009, di affermare l'esistenza di un vero e proprio onere di contestare, la cui mancata osservanza realizza la conseguenza, negativa per la parte inerte e favorevole per l'altra, dell'esonero di quest'ultima dall'onere di provare il fatto allegato e non contestato.

Ma, altri fondamentali conseguenze si ricollegano a questa ricostruzione dogmatica.

In primo luogo, disancorare la non contestazione dal principio dispositivo in senso sostanziale, e dunque dall'attività di introduzione, per mezzo dell'allegazione, dei fatti principali nel processo, consente di riferirla a tutti i fatti, senza alcuna distinzione tra fatti principali e fatti secondari. Il ragionamento potrebbe essere pure capovolto nel senso che la non contestazione deve riguardare anche i fatti secondari non essendo sufficiente la sola contestazione del fatto principale: se il fatto principale è controverso, ma quello secondario, volto a dimostrarlo, è pacifico, non v'è ragione per escludere a priori che il giudice possa inferire dal secondo l'esistenza del primo e così accogliere la domanda (52). Il principio della disponibilità

---

giudice al fine di emettere una decisione quanto più possibile rispondente alla realtà sostanziale. Cfr. anche A. Proto Pisani, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, cit., 3143 ss., secondo il quale il principio di non contestazione è il primo principio in materia di prova in quanto volto, nei processi su diritti disponibili, a determinare e delimitare il *thema probandum*, cioè i fatti controversi e, quindi, da provare. Secondo lo stesso a. «(...) Si tratta di un principio tacito, ma non per questo meno importante, di diuturna applicazione del processo civile, fondato su esigenze di semplificazione ed economia processuale (o anche, se si vuole, sulla responsabilità o autoresponsabilità delle parti nell'allegazione dei fatti di causa) (...)». C.M. Cea, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., 99 ss. e spec. 101-102, il quale rileva come «(...) la non contestazione sia una tecnica semplificatoria diretta a perseguire il fine dell'economia processuale e, come tale, sia anche dotata di copertura costituzionale *ex* art. 111 Cost., nella parte in cui si prevede, tra i valori del giusto processo, anche quello della ragionevole durata del processo (...)»; A. Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 83, secondo cui «(...) la non contestazione è mera tecnica di economia processuale, che trova fondamento nella responsabilità o autoresponsabilità 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 (...)». Così anche M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1347, secondo cui la non contestazione produce conseguenze sul piano probatorio in punto di *relevatio ab onere probandi* del fatto non contestato con conseguente sua espunzione dal *thema probandum*. Lo stesso a., spec. 1346, evidenzia, però, come il vincolo che incontra il giudice è solo sull'esistenza del fatto, nei limiti di quanto dedotto e non contestato, ma «(...) non anche sull'inferenza probatoria del fatto rispetto al diritto sostanziale dedotto; così pure la qualificazione del fatto alla luce delle norme giuridiche non è vincolata dalla non contestazione e rimane affidata al giudice (...)». Si veda anche M. Pacilli, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 299 ss.

(52) Cfr. C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, cit.,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della tutela giurisdizionale coinvolge, per quanto si è già detto, i soli fatti principali di guisa che la non contestazione, interessando anche i fatti secondari, non può venire inquadrata nel perimetro di quel principio.

In secondo luogo, e questo è l'aspetto che maggiormente interessa ai fini della presente analisi, sganciare la non contestazione dal principio della disponibilità della tutela giurisdizionale, per collocarla sul terreno della prova, porta ad escludere che il contegno non contestativo vincoli l'attività di cognizione del giudice. Infatti, se si assume che la non contestazione di un fatto è determinativa della *relevatio ab onere probandi* della parte che lo ha allegato, ne deriva:

che il fatto non contestato non è (più) bisognoso di essere provato e che il giudice deve (*rectius*, può) porlo nella sentenza, nel senso che egli deve valutare quel fatto come verificatosi nei limiti dell'allegazione fattane e della non contestazione; ma anche che

è fatto salvo il principio del libero convincimento e quello di acquisizione processuale perché il giudice mantiene il potere di decidere in senso difforme se, dal residuo materiale probatorio in atti, quel fatto risulti smentito o altrimenti verificatosi.

3. – L'ordinanza che si annota si pone nel solco dell'orientamento tradizionale, ovverosia di quella corrente di pensiero che vede nel fenomeno della non contestazione un'espressione del principio dispositivo in senso sostanziale e dell'attività di allegazione dei fatti principali. Ciò è quanto emerge evidentemente dal passaggio della motivazione che si è riportato all'inizio di questo contributo (v. *retro*, par. 1). Ho anche subito premesso che la statuizione in esame non presenta elementi di particolare novità perché il contenuto di quel frammento della parte motiva è ciclicamente riproposto dalla Corte di Cassazione nei propri arresti. Ciò mi induce a ritenere che non se ne debba esaltare il rilievo oltre il giusto: innanzitutto perché quelle poche righe appaiono formulate *per incidens* (infatti, né il ricorso principale né quello incidentale avevano denunciato un qualche vizio connesso all'applicazione del principio della non contestazione) e poi perché la sensazione che si ricava, anche alla luce della lettura di altri precedenti di legittimità, è quella di enunciazioni tralatizie e non sempre opportunamente meditate.

2024 e S. Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 137.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Questi rilievi preliminari non sgomberano il campo da un dato di fondo, e cioè che la tendenza a mettere in correlazione principio dispositivo in senso stretto e principio della non contestazione è ancora oggi forte e piuttosto radicata, anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. È, però, una tendenza non condivisibile, quanto meno a mio sommesso avviso. A me pare che l'analisi che si è proposta abbia dimostrato quanto siano forti e fondate le contraddizioni e le controindicazioni che scaturiscono dalla tesi tradizionale.

In primo luogo, mi sembra corretto il rilievo per cui quella impostazione dogmatica ha il difetto di confondere due piani che appaiono oggi tra loro ben distinti, cioè quello dell'allegazione dei fatti – ovverosia, della proposizione della domanda di tutela giurisdizionale e della connessa introduzione nel processo, mediante la loro affermazione, dei fatti costitutivi e di quelli modificativi, impeditivi ed estintivi della pretesa – e quello della prova, cioè dei mezzi tecnici, normalmente offerti dalle parti, attraverso cui il giudice forma il proprio convincimento sulla ontologica esistenza di quei fatti. Infatti, mi pare che si possa considerare ormai acquisito che la non contestazione, i cui legami con la fase assertiva sono indiscutibili perché è comunque entro il limite temporale dell'attività di allegazione dei fatti che la non contestazione deve intervenire (53), operi come meccanismo d'inversione processuale dell'onere probatorio e che quindi la sua corretta posizione sia sul terreno della prova. Allo stesso modo, riterrei giusto rinvenirne il fondamento nell'autoresponsabilità delle parti, a cui è strettamente correlato il concetto di onere, di cui il fenomeno della non contestazione mostra tutti i caratteri: la parte contro cui è allegato un fatto sa che, per conseguire il vantaggio di mantenere intatto l'onere della prova a carico dell'allegante, deve contestarlo in modo specifico, ma sa anche che, se non lo fa, patirà lo svantaggio della *relevatio ab onere probandi* della parte che lo ha affermato (la quale, per converso, ne riceve un vantaggio). Così come mi sembra che la giustificazione del ricorso a tale meccanismo d'inversione processuale dell'onere probatorio, ovverosia quelle ragioni di opportunità tenute sempre a mente dal legislatore per far sì che il processo risponda alla concreta realtà storica in cui si muove (54), si ponga in ottica

---

(53) Cfr. A. Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit. e v. comunque *retro*, anche la nota 41.

(54) V. sul punto sempre la Relazione del Guardasigilli al Re di accompagnamento del R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443, par. 2, secondo capoverso («Il Codice di diritto processuale presuppone, dietro le formule dei suoi articoli, una concreta realtà storica, della quale esso dev'essere fedele espressione»).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

semplificatoria in relazione alla ragionevole durata del giudizio, e cioè, in ultima istanza, nella realizzazione dei principi del giusto processo (cfr. art. 111, commi 1 e 2, Cost. e art. 6, comma 1°, C.E.D.U.). Il principio di economia processuale è, infatti, rafforzato già per effetto dell'alleggerimento della fase istruttoria sulla scorta del semplice rilievo di irrilevanza per inutilità delle istanze istruttorie, che la parte allegante avrà in ipotesi formulate sulla scorta del principio di eventualità, volte alla dimostrazione del fatto non contestato (si può anche opinare nel senso di una duplice incidenza del principio della non contestazione, come prima regola di giudizio in materia di prova nella fase di selezione del *thema probandum* e di ammissione delle prove [55] e poi come regola da applicare al momento della decisione, fermo in ogni caso il principio *iura novit curia*).

Tali conclusioni consentono anche di scansare le ricadute – che a me paiono non condivisibili – della tesi che fa leva sul principio della disponibilità della tutela giurisdizionale. Enucleo:

la non contestazione del fatto, non operando sul terreno della introduzione dei fatti principali nel processo e della fissazione del *thema decidendum*, non esercita un vincolo assoluto sull'attività decisoria del giudice perché il fatto non contestato non può dirsi espunto, per volontà delle parti, dal novero degli accertamenti richiesti; ne consegue che

è salvaguardato il libero convincimento del giudice *ex* art. 116, comma 1°, c.p.c., che è la regola «salvo che la legge disponga altrimenti», mentre, opinando nell'altro senso, la non contestazione finirebbe per trasformarsi in una sorta di presunzione legale assoluta, se non addirittura in una vera e propria prova legale, non sorretta però da espressa previsione legislativa [56]; e altresì

è preservato il principio di acquisizione perché in questa prospettiva il fatto non contestato, che non è né un fatto provato né un fatto senz'altro vero, si pone soltanto come fatto pacifico, da cui il giudice può deviare – ove necessario anche provocando il contraddittorio *ex* art. 101, comma 2°, c.p.c. – se esso emerga smentito o in altro modo verificatosi alla luce del residuo materiale probatorio appreso al processo.

D'altronde, non mi sembra confutabile che il fine ultimo del processo sia quello di condurre il giudice ad un accertamento che si avvicini con il più alto grado possibile di approssimazione alla verità materiale, fine che ha ispirato il codice di rito del 1940 nel quadro di un misurato rafforza-

---

(55) V. A. Proto Pisani, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, cit., 3143 ss.

(56) Cfr. su tutti L.P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1057-1058.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mento del ruolo del giudice, ma che sarebbe davvero vanificato laddove, esasperando oltre ogni limite la concezione liberale, si giungesse al punto di ammettere che al giudice sia fatto divieto di escludere il fatto non controverso, anche ove esso sia smentito da altre emergenze istruttorie ritualmente acquisiste. È compito del legislatore, invece, escogitare e disciplinare gli espedienti di tecnica processuale idonei a realizzare, in un dato contesto storico, economico e sociale, e fermi in ogni caso i principi dell'ordine pubblico processuale (contraddittorio tra le parti, imparzialità e terzietà del giudice, ragionevole durata del giudizio), il miglior punto di equilibrio tra il *presto* e il *bene* della tutela giurisdizionale e, in definitiva, tra la visione liberale e la visione pubblicistica del processo (57).

Mi pare opportuna un'ultima, davvero assai sommessa, annotazione.

La persistente frammentarietà del quadro giurisprudenziale di riferimento, anche di legittimità, non agevola a superare i dubbi, ma piuttosto li alimenta e, ancor peggio, enfatizza le difformità interpretative ed applicative: trovo predicabile che, presto o tardi, o comunque quando se ne presenti l'occasione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, superata ormai la disputa sull'esistenza di un principio generale di non contestazione e di un correlato onere di contestare (58), vengano sollecitate a chiarirne il fondamento sistematico, così offrendo a teorici e operatori del diritto a vario titolo – pure nell'assenza di un principio generale di *stare decisis* e fermo restando il sempre possibile dissenso dal precedente (auspicabilmente ben ragionato ed argomentato, soprattutto se al cospetto di fattispecie analoghe) – un viatico a cui (quantomeno tentare di) assicurare stabilità in futuro.

ALESSIO CAROSI
Avvocato in Roma

(57) Cfr. sul punto le riflessioni di P. Calamandrei, *Osservazioni e proposte sul Progetto di codice di procedura* civile, I, 1938, 49 ss., parere redatto per l'Università di Firenze sul Progetto preliminare Solmi.

(58) Su cui intervenne, con buon anticipo rispetto alla novella del 2009, la pur sempre meritoria (pur con qualche zona d'ombra) Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE (PROCESSO CIVILE: 1° LUGLIO – 30 SETTEMBRE 2022) (1)

SOMMARIO: 1. Norme investite da ordinanze di rimessione giunte alla Corte. – 2. Questioni dichiarate inammissibili.

1. – Sono giunte alla Corte ordinanze di rimessione aventi ad oggetto le seguenti norme:

– art. 669-*quater* c.p.c., nella parte in cui, nel disciplinare la competenza del giudice nel procedimento cautelare in corso di causa, sia considerato idoneo a determinare, in caso di litispendenza o continenza o connessione, la revoca del provvedimento per incompetenza del giudice, ancorché successivamente adito, che abbia pronunciato decreto cautelare *ex* art. 669-*sexies*, comma 2°, c.p.c. in forza di propria competenza territoriale sull'oggetto della domanda cui la cautela è strumentale, per violazione degli articoli 3 e 24 Cost. (Trib. Siena 30 marzo 2022, in *Gazz. uff.* 17 agosto 2022, n. 33);

– art. 630, comma 3°, c.p.c., nella parte in cui, richiamando l'applicazione dell'art. 178, comma 4° e 5°, c.p.c., dispone che il reclamo contro il provvedimento che dichiara l'estinzione del processo esecutivo o respinge la relativa eccezione debba essere proposto al giudice dell'esecuzione e che del collegio giudicante sul reclamo debba fare parte anche il giudice che ha emesso il provvedimento reclamato, anziché richiamare quanto previsto dall'art. 669-*terdecies*, comma 2°, primo periodo, c.p.c. o dall'art. 186-*bis* disp. att. c.p.c., per violazione degli articoli 3, comma 1°, 111, comma 2°, e 117, comma 1°, Cost. (Trib. Udine 21 aprile 2022, in *Gazz. uff.* 14 settembre 2022, n. 37).

2. – Con ordinanza del 6 luglio – 1° settembre 2022 (*Gazz. uff.* 7 settembre 2022, n. 36) la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione sollevata, negli stessi termini, da Trib. Cosenza e da Trib. Napoli con ordinanze rispettivamente del 21 giugno 2021 e del 3 febbraio

(1) Questa rubrica tiene conto delle Gazzette Ufficiali pubblicate nel periodo indicato, salvo deroghe eccezionali.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2021. La questione aveva ad oggetto l'art. 117, comma 4°, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (contenente «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»), convertito nella legge n. 177 del 2020, come modificato dall'art. 3, comma 8°, d.l. 28 dicembre 2020, n. 183, convertito nella legge n. 21 del 2021, n. 21, nella parte in cui ne deriva il divieto di iniziare o proseguite azioni esecutive nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale fino al 31 dicembre 2021, per violazione degli artt. 24, comma 1° e comma 2°, 111, comma 2°, e 3 Cost. In particolare, la questione è stata dichiarata inammissibile per sopravvenuta carenza del relativo oggetto, per aver la Corte già precedentemente dichiarato, con altro provvedimento (sentenza n. 236 del 2021), l'illegittimità costituzionale della proroga al 31 dicembre 2021 disposta dalla norma denunciata e ritenuto invece infondate le questioni sollevate, in riferimento ai medesimi parametri, rispetto alla disposizione originaria.

NICCOLÒ NISIVOCCIA
Avvocato in Milano

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

OSSERVATORIO SULLA CASSAZIONE CIVILE

SOMMARIO: 1. Mediazione. – 2. Competenza. Azione di riduzione dell'ipoteca. – 3. Notificazioni e comunicazioni. – 4. Domanda giudiziale. Condanna generica. – 5. Prova testimoniale. – 6. Consulenza tecnica. – 7. Impugnazioni civili. – 8. Ricorso per cassazione. Giurisdizione. – 9. Processo civile telematico. – 10. Procedimenti in materia di famiglia. – 11. Arbitrato.

1. – In materia di mediazione obbligatoria, la Corte di cassazione ha confermato su due distinte questioni orientamenti consolidati. Con ordinanza del 25 luglio 2022, n. 23072, Pres. Frasca, Rel. Condello, la Corte di cassazione ha affermato che, affinché possa intendersi rispettata la condizione di procedibilità dell'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, è necessario che vi sia esatta corrispondenza fra il *petitum* e la *causa petendi* dell'istanza di conciliazione e quelli della successiva domanda, azionata innanzi al giudice ordinario. Il giudice è chiamato ad accertare sia l'esatta corrispondenza, dal punto di vista soggettivo, fra i soggetti dell'azione giudiziale e della conciliazione stragiudiziale, che, dal punto di vista oggettivo, fra le domande presentate innanzi al giudice e quelle indicate in sede di conciliazione. Nel caso di specie, la normativa applicabile era quella dettata dall'art. 1, comma 11°, l. 31 luglio 1997, n. 249, e dal regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti, adottato da ultimo con delibera AGCOM n. 173/07/CONS (modificato con delibera n. 597/11/CONS). La Corte di cassazione ha chiarito che dal tenore dell'art. 7, comma 2°, della delibera 173/07/CONS appena richiamata, l'oggetto del tentativo di conciliazione deve essere individuato sulla base delle indicazioni contenute nell'istanza di conciliazione e non sulla base di quanto emerge dal verbale di conciliazione. Il tentativo obbligatorio di conciliazione, ha ricordato la Corte, persegue il fine di consentire alle parti di raggiungere in via stragiudiziale un accordo che eviti un contenzioso giudiziario, e per tale motivo presuppone la piena conoscenza in capo alla controparte sia dell'oggetto della pretesa avanzata da chi promuove l'esperimento di conciliazione sia delle ragioni di fatto che alla stessa sono sottese. A questa conclusione la Corte è pervenuta anche sulla scorta della giurisprudenza di legittimità in materia agraria, dove si afferma che il giudice investito di controversia vertente su contratti agrari, al fine di verificare la proponibilità della domanda, deve appurare se l'attore ha adempiuto l'onere di cui all'art. 46 della l. 3 maggio 1982, n. 203, e dunque deve accertare, prescindendo da ogni altra indagine, che esista

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non solo perfetta coincidenza soggettiva fra coloro che hanno partecipato al tentativo di conciliazione e quanti hanno assunto, nel successivo giudizio, la qualità di parte, ma anche che le domande formulate dalla parte ricorrente (e da quella resistente in via riconvenzionale) siano le stesse intorno alle quali il tentativo medesimo si è svolto (così Cass. 28 luglio 2005, n. 15802, Pres. Duva, Rel. Finocchiaro; Cass. 10 giugno 2019, n. 16281, Pres. Travaglino, Rel. Scrima).

La Corte ha poi affrontato anche la questione se il mancato previo esperimento del tentativo di conciliazione debba qualificarsi come improponibilità o come improcedibilità della domanda. Richiamando Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241, Pres. Travaglino, Rel. Rubino (segnalata da G. Parisi nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2020, 1420 s., § 19, e che a sua volta aveva dato continuità all'orientamento precedente: cfr. Cass. 27 giugno 2011, n. 14103, Pres. Amatucci, Rel. Frasca; Cass. 2 settembre 2015, n. 17480, Pres. Finocchiaro, Rel. Frasca, segnalata da G. Marmiroli nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2015, 1634 s., § 15; Cass. 4 dicembre 2015, n. 24711, Pres. Di Palma, Rel. Valitutti), la terza sezione ha ribadito che il mancato preventivo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 1, comma 11°, l. n. 249/1997 cit., non dà luogo alla improponibilità della domanda, ma ad una mera improcedibilità. Qualora il predetto tentativo non sia esperito, il giudice non definisce il giudizio in rito ma lo sospende e, fermi gli effetti sostanziali e processuali della domanda, fissa un termine per consentire alle parti di dar luogo al procedimento conciliativo, fallito il quale il giudizio può proseguire.

2. – A proposito di competenza, si segnala Cass. 9 giugno 2022, n. 18681, Pres. Amendola, Rel. Valle, con cui la sesta sezione, in accoglimento del proposto regolamento necessario, ha affermato che la competenza territoriale a conoscere dell'azione per riduzione di ipoteca si determina in base all'art. 21 c.p.c., conformemente a quanto disposto per tutte le azioni che riguardano diritti reali su beni immobili. La Corte attesta che dottrina e giurisprudenza non sono (state) univoche nell'affermare la competenza, nelle ipotesi di domanda di riduzione dell'ipoteca, del tribunale del luogo in cui i beni si trovano, in applicazione dell'art. 21 c.p.c. Nell'ordinanza in esame è anzitutto richiamata la risalente Cass. 30 ottobre 1971, n. 3100, Pres. Berri, Rel. Chessa, per la quale nei casi in cui si contesta l'entità del credito per il quale si procede deve farsi applicazione del criterio generale di cui all'art. 18 c.p.c., e poi successive pronunce (Cass. 14 gennaio 1974, n. 100, Pres. Mongardi, Rel. Coletti; Cass. 6 agosto 1977, n. 3601, Pres. Marchetti, Rel. D'Avino) che avevano invece riconosciuto natura reale

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

all'azione diretta ad ottenere la cancellazione dell'ipoteca (sul presupposto dell'estinzione dell'obbligazione a garanzia della quale l'ipoteca stessa era stata iscritta), con conseguente applicazione dell'art. 21 c.p.c. per l'individuazione della competenza territoriale (spettante al tribunale nella cui circoscrizione si trova l'immobile gravato dall'ipoteca). La prima sezione evoca in questo secondo gruppo di pronunce anche Cass. 26 luglio 1994, n. 6958, Pres. Beneforti, Rel. Nardino, in *Foro it*. 1995, I, 851 ss., la quale tuttavia aveva operato una distinzione (omessa nell'ordinanza segnalata): l'azione esercitata dal proprietario dell'immobile illegittimamente gravato da ipoteca, perché non appartenente al debitore, ha natura reale (con conseguente applicazione dell'art. 21 c.p.c.), e non obbligatoria, configurandosi come *actio negatoria* tendente alla dichiarazione di libertà del bene, senza che vengano in discussione l'obbligo di prestare la garanzia o l'esistenza del credito, in base al quale si è proceduto all'iscrizione dell'ipoteca; ove sia però contestata la validità del negozio ipotecario, ovvero l'esistenza del rapporto giuridico giustificativo della costituzione della garanzia, l'azione di cancellazione dell'ipoteca ha natura personale, in quanto si traduce in una richiesta di accertamento negativo dell'obbligo di prestare detta garanzia. Con riguardo a tale domanda, pertanto, la competenza per territorio va determinata alla stregua del foro del convenuto e non del foro *rei sitae* (così già Cass. 15 ottobre 1981, n. 5402, Pres. Marchetti, Rel. Corda). Nel caso di specie, trattavasi di un'azione di riduzione c.d. impropria, diretta non alla riduzione della somma per cui è iscritta ipoteca, bensì alla restrizione dell'iscrizione ad una sola parte dei beni ipotecati (cfr. art. 2872, comma 1°, c.c.; sulla distinzione tra azione di riduzione propria e impropria, v. anche per richiami di dottrina, N. Andreoni, nota a Trib. Palmi, sez. dist. di Cinquefrondi, 16 aprile 2002, in *Foro it*. 2002, I, 2498 ss.). Essendo la domanda volta a delimitare il titolo su determinati beni, la corrispondente azione ha natura reale quale *actio negatoria*, perché destinata a risolversi con la cancellazione parziale dell'ipoteca, con conseguente applicazione dell'art. 21 c.p.c. e non dei criteri generali delle persone di cui agli artt. 18 e 19 c.p.c.

3. – In materia di notificazioni, si segnala anzitutto Cass. 2 maggio 2022, n. 13798, Pres. Orilia, Rel. Oliva, la quale, dando continuità a risalenti e consolidati indirizzi della medesima Corte, ha affermato che il duplicato dell'avviso di ricevimento (qualora sia smarrito o distrutto l'originale) rilasciato dall'ufficio postale, è documento idoneo a provare sia la consegna, sia la data di questa, sia l'identità della persona a mani della quale la consegna è stata eseguita. Il duplicato costituisce la riproduzione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di un documento al quale deve essere conforme per produrne gli effetti, quindi non costituisce prova dell'avvenuta notifica il documento il cui contenuto non sia conforme a quello dell'avviso di ricevimento. Il duplicato dell'avviso di ricevimento, o della comunicazione di avvenuto deposito in giacenza del plico (c.d. CAD), che sia completo di tutti i suoi elementi, ha natura di atto pubblico, alla stessa stregua dell'originale, e fa piena prova, ai sensi dell'art. 2700 c.c., in ordine alle dichiarazioni delle parti e agli altri fatti che l'agente postale attesta essere avvenuti in sua presenza, sicché il destinatario che intenda contestare l'avvenuta notificazione ha l'onere di proporre querela di falso nei confronti di detto atto (cfr. Cass. 15 ottobre 2020, n. 22348, Pres. Virgilio, Rel. Perrino). La sesta sezione ha accolto l'unico motivo di ricorso con cui era stata impugnata la sentenza del tribunale che aveva ritenuto insufficiente (così confermando la pronuncia del giudice di pace), ai fini della prova del rituale inoltro al Prefetto del ricorso avverso il verbale di contravvenzione posto a base della cartella esattoriale impugnata per violazioni del codice della strada, il duplicato della cartolina postale di ricezione della relativa raccomandata, poiché da esso non risultava l'effettiva consegna del plico al destinatario. La Corte di cassazione ha dunque ritenuto che il giudice *a quo* avesse violato l'art. 8 d.p.r. 29 maggio 1982, n. 655, nella parte in cui ha erroneamente escluso che il duplicato rilasciato da Poste Italiane s.p.a. sostituisca l'originale della cartolina postale di ricezione della raccomandata e rappresenti, nel caso in cui quest'ultimo sia smarrito, l'unico documento atto a dimostrare l'effettiva consegna del plico raccomandato e la data in cui essa è avvenuta. Richiamando Cass. 25 ottobre 1956, n. 3920, Pres. Cataldi, Rel. Albanese, la Corte ha chiarito che non è tecnicamente possibile che sul duplicato compaia la sottoscrizione del destinatario del plico consegnato, proprio perché si tratta di duplicato di un originale – quest'ultimo sì, firmato dal destinatario del plico all'atto della sua ricezione, come risulta dal registro di consegna – che è andato smarrito. Ciò che conta, ai fini dell'equipollenza del duplicato all'originale, è che il primo abbia contenuto conforme al secondo (cfr. Cass. 22 febbraio 2000, n. 1996, Pres. e Rel. Criscuolo), ed in particolare che rechi l'indicazione del soggetto che ha ricevuto l'atto (cfr. Cass. 6 giugno 2018, n. 14574, Pres. Locatelli, Rel. Giudicepietro). A questo riguardo, la Corte ricorda che se il duplicato non consente al giudice di verificare in quali esatti termini il recapito dell'atto si sia perfezionato, deve ritenersi inidoneo a provare la notifica (nell'ordinanza qui segnalata è menzionata Cass. 30 gennaio 2019, n. 2551, Pres. Travaglino, Rel. Porreca, che aveva cassato la sentenza che aveva ritenuto idoneo un duplicato recante un timbro con

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la firma dell'agente addetto al recapito nella colonna riferita alla «consegna a domicilio», sullo spazio previsto per la sottoscrizione del destinatario o della persona abilitata, ma privo di indicazione del soggetto ricevente l'atto e di barratura di alcuna delle caselle).

Nessuna novità di rilievo dunque su questo fronte, ma l'ordinanza sopra segnalata stimola qualche riflessione: il duplicato è tratto non già dall'originale dell'avviso di ricevimento (che è smarrito), ma dal registro di consegna, sì che quest'ultimo dovrebbe considerarsi l'originale da cui poi è estratta copia (avviso di ricevimento) ed eventualmente copia della copia (duplicato) con effetti equipollenti all'originale; la regolare mancanza di firma del pubblico ufficiale o del pubblico depositario sul duplicato esclude la sua rispondenza ai requisiti di cui all'art. 2714 c.c.; in caso di smarrimento dell'avviso di originale e di prova della notifica a mezzo duplicato (nel quale, come chiarisce la Corte di cassazione, non è mai presente la sottoscrizione del destinatario), qualora la sottoscrizione del consegnatario, così come risultante dal registro, sia illeggibile, il notificato, pur essendo onerato della proposizione di querela di falso per contestare che l'incaricato di pubblico servizio abbia consegnato il plico a persona qualificatasi destinatario o convivente del destinatario (così espressamente Cass. 16 gennaio 2015, n. 705, Pres. Bianchini, Rel. Proto, per la quale l'avviso di ricevimento che indica che la copia dell'atto è stata consegnata al ricevente che ha sottoscritto – ancorché con grafia illeggibile – «comporta l'attestazione, facente prova fino a querela di falso che l'atto è stato consegnato a persona coincidente con il destinatario e tale attestazione non può essere superata dal mero diniego della ricezione dell'atto»; v. già Cass. 1° marzo 2003 n. 3065, Pres. Prestipino, Rel. Capitanio; cfr. però anche Cass. 6 giugno 2007, n. 13216, Pres. Riggio, Rel. Marigliano, che ha escluso che siano assistite da pubblica fede tutte le attestazioni (come la dichiarazione del consegnatario di essere addetto alla casa, dipendente o convivente col destinatario) che non siano frutto della diretta percezione del pubblico ufficiale, bensì di informazioni da lui assunte o di indicazioni fornitegli da altri: dette attestazioni sono assistite da presunzione di veridicità che può essere superata solo con la prova contraria), ma sarebbe agevolato nel provare che tale soggetto in realtà non era lui (o il parente convivente), dalla circostanza che nulla in atti testimonia a favore della sua identità, dal momento che manca (tra l'altro) una sottoscrizione leggibile.

Ancora in tema di notificazione, si segnala Cass. 2 settembre 2022, n. 25885, Pres. Travaglino, Rel. Rossetti, che ha statuito che, al fine di far valere la nullità della notifica del ricorso *ex* art. 702 *bis* per mancata coincidenza tra luogo in cui è stata effettuata la notifica e la residenza

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

effettiva, non deve essere proposta querela di falso avverso la relata di notifica con cui l'ufficiale giudiziario (o l'ufficiale postale, nel caso di notifica per mezzo posta) dichiara di non aver trovato nessuno all'indirizzo indicato dal mittente, poiché la stessa non postula alcun accertamento sull'effettiva residenza del destinatario, né costituisce un'attestazione dotata di pubblica fede. La circostanza che la notifica risulti effettuata nel luogo indicato dal mittente costituisce una mera presunzione che in quel luogo si trova la residenza effettiva del destinatario dell'atto, superabile con qualsiasi mezzo di prova – tra cui le certificazioni anagrafiche – senza necessità di ricorrere alla querela di falso. L'ordinanza, motivando con i principi di cui alla massima, cassa la sentenza della Corte di appello di Roma, che aveva rigettato l'impugnazione ritenendo, invece, che sarebbe stato onere degli impugnanti proporre querela di falso avverso le attestazioni compiute dall'ufficiale postale nelle relate di notifica, in quanto le stesse avrebbero fatto piena fede fino a querela di falso della coincidenza tra l'indirizzo indicato dal mittente e la residenza effettiva del destinatario. In realtà, spiega la terza sezione, l'ufficiale postale, quando annota nella relazione di notificazione «l'assenza» del destinatario, non compie ricerche anagrafiche, né indagini di altro tipo, ma si limita a leggere un nome su una cassetta postale, e se corrisponde a quello del destinatario dell'atto, immette quest'ultimo nella cassetta. La Corte afferma che è «copiosa» la giurisprudenza così orientata (cfr. Cass. 26 luglio 2002, n. 11077, Pres. Giustiniani, Rel. Manzo; Cass. 8 agosto 2013, n. 19021, Pres. Salmé, Rel. Dogliotti), ma poi cita (solo) un precedente intervenuto su fattispecie non totalmente sovrapponibile, ovvero Cass. 16 novembre 2006, n. 24416, Pres. Elefante, Rel. Mazzacane: in quel caso la Corte territoriale aveva rigettato l'appello perché non aveva ritenuto dedotti in giudizio elementi da cui desumere che il notificante (chiamato in prime cure a integrare il contraddittorio *ex* art. 102 c.p.c.) conoscesse o avrebbe potuto conoscere con l'ordinaria diligenza l'avvenuto trasferimento di residenza del destinatario della notifica. La Corte di cassazione aveva accolto i motivi di ricorso con cui si rilevava la nullità della notificazione in discorso, perché eseguita ai sensi dell'art. 140 c.p.c. nonostante che il destinatario non fosse irreperibile ma trasferito (con doppia dichiarazione opponibile a terzi in buona fede, *ex* artt. 44, comma 1° c.c. e 31 disp. att. c.c.). Rimarcava la Corte di cassazione che in senso contrario non poteva darsi rilievo (come erroneamente fatto dal giudice *a quo*) alla dichiarazione dell'ufficiale giudiziario di non aver trovato nessuno all'indicato domicilio idoneo, ai sensi di legge, alla consegna dell'atto né alla considerazione che tale dichiarazione postulava un accertamento sulla effettiva ubicazione del destinatario non supe-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rabile dall'esistenza di contraria certificazione, perché nel caso in cui la notifica venga effettuata nelle forme previste dall'art. 140 c.p.c. nel luogo indicato nell'atto da notificare e nella richiesta di notifica, «costituisce mera presunzione, superabile con qualsiasi mezzo (e senza necessità di impugnare con querela di falso la relazione dell'ufficiale giudiziario) che in quel luogo si trovi la residenza effettiva (o la dimora o il domicilio) del destinatario dell'atto, sicché compete al giudice di merito, in caso di contestazione, compiere tale accertamento in base all'esame ed alla valutazione delle prove fornite dalle parti». È dunque solo la parte conclusiva di Cass. 16 novembre 2006, n. 24416, cit., che può valorizzarsi anche nel diverso ambito in cui è stata chiamata a pronunciarsi l'ordinanza n. 25885 qui segnalata.

4. – Decisamente degna di nota è Cass. 3 giugno 2022, n. 17984, Pres. e Rel. Frasca, recante il seguente principio di diritto: «l'attore che chiede la tutela giurisdizionale di una situazione giuridica soggettiva, secondo la tecnica di tutela della condanna all'esecuzione della prestazione necessaria per assicurare tutela a detta situazione, non può proporre la domanda limitando la richiesta di tutela ad una condanna generica, cioè al solo *an debeatur* e fare riserva di introdurre un successivo giudizio per l'accertamento del *quantum*, a somiglianza di quanto l'art. 278 c.p.c. consente all'attore di chiedere nel corso del processo in cui abbia proposto la domanda di condanna in modo pieno».

Era stata impugnata per cassazione la sentenza della Corte di appello di Torino (adita in sede di rinvio *ex* art. 392 c.p.c. in seguito alla sentenza della Corte di cassazione n. 2956 del 7 febbraio 2013, Pres. Petti, Rel. Massera), con cui le società concessionarie del servizio di riscossione del tributo locale I.C.I. per la provincia di Cuneo erano state condannate al pagamento in favore di Poste Italiane s.p.a. della commissione (pari a importi diversamente determinati in base al periodo di tempo considerato e indicato in sentenza) per ciascun bollettino postale, avente ad oggetto il pagamento dell'imposta comunale sugli immobili lavorato dagli uffici postali con accredito degli importi versati sul conto corrente postale intestato a ciascuna società concessionaria del servizio di riscossione del tributo convenuta. Essendo incontestato il fatto che Poste Italiane non avesse mai quantificato il numero di (né prodotto i) bollettini per cui domandava la condanna al pagamento della commissione, le società ricorrenti lamentavano la contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui per un verso aveva riconosciuto come «specifica» la domanda di condanna richiesta, per altro verso la aveva accolta, pur senza

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quantificare l'importo complessivo dovuto dalle soccombenti. La terza sezione esamina *in primis* il tenore della domanda proposta da Poste Italiane s.p.a. con l'atto introduttivo del giudizio, concludendo per la natura di condanna «piena»; quindi si interroga circa la questione (per così dire speculativa, priva di appiglio concreto nel caso di specie) dell'ammissibilità di una domanda *ab initio* di condanna generica, alla luce, dapprima, degli artt. 99 e 100 c.p.c., 24, comma 1°, Cost., quindi dell'art. 278 c.p.c. per pervenire, sulla scorta del dato testuale e sistematico delle disposizioni ora menzionate, a una soluzione negativa. In questa prospettiva viene sottoposto a critica il precedente giurisprudenziale con il quale le Sezioni Unite avevano considerato invece ammissibile la domanda di condanna generica proposta direttamente dall'attore, vale a dire Cass., sez. un., 23 novembre 1995, n. 12103, Pres. Favara, Rel. Bibolini (in *Foro it*. 1996, I, 1765; in *Giur. it*. 1996, 11309, con nota di A. Musso, *Nota sull'autonomia dell'azione di condanna generica in funzione di tutela anticipata del credito per il risarcimento del danno*), la cui motivazione viene disarticolata in sei argomenti, ciascuno dei quali ritenuto non persuasivo. Infine, per smentire la proponibilità in via autonoma della domanda di condanna generica è invocato il principio ispiratore del c.d. divieto di frazionamento della domanda (cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, Pres. Carbone, Rel. Morelli, in questa *Rivista* 2008, 1435, con nota di M. Gozzi, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*, e Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, Pres. Canzio, Rel. Di Blasi, in questa *Rivista* 2017, 1302, con nota di M. F. Ghirga, *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, segnalata da V. Giugliano nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2017, 879, § 6). La terza sezione conclusivamente, ritenendo presenti le condizioni per decidere nel merito *ex* art. 384 c.p.c., in accoglimento di uno dei motivi di ricorso proposto da entrambe le società concessionarie ricorrenti e rigettando il ricorso incidentale condizionato di Poste Italiane s.p.a., ha cassato la sentenza impugnata e rigettato le domande di Poste Italiane s.p.a. L'ordinanza (*recte*, sentenza) qui segnalata, se stimola un opportuno ripensamento dei contorni e della portata dell'istituto della condanna generica nell'ordinamento processuale civile, suscita però notevoli perplessità nella parte in cui fa discendere dalla proposizione di una domanda di condanna generica – ritenuta inammissibile per le ragioni sopra riportate – la conseguenza che il giudice dovrebbe qualificarla come «volta a chiedere una tutela condannatoria piena e procedere all'accertamento del diritto fatto valere sia nell'*an* che nel *quantum*», previo (eventuale, vien fatto di soggiungere) rilievo della nullità della citazione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ai sensi dell'art. 164, commi 4° ss., c.p.c. Volendo trascurare poi la considerazione che, nonostante le opposte considerazioni incidentalmente svolte in motivazione, il contrasto con il precedente e consolidato orientamento inaugurato con la summenzionata Cass., sez. un., 23 novembre 1995, n. 12103, avrebbe dovuto condurre a sollecitare l'intervento delle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374 c.p.c.

5. – In tema di prova testimoniale, occorre segnalare Cass. 9 giugno 2022, n. 18601, Pres. Spirito, Rel. Pellecchia, con cui la terza sezione ha rimesso gli atti al primo presidente perché valuti l'opportunità di assegnare il ricorso alle Sezioni Unite, *ex* art. 374 c.p.c., comma 2°, c.p.c., affinché sia valutata l'attualità e l'effettiva portata del principio secondo cui l'incapacità a testimoniare, prevista dall'art. 246 c.p.c., determina la nullità della deposizione e non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata a farla valere al momento dell'espletamento della prova o nella prima difesa successiva, restando altrimenti sanata ai sensi dell'art. 157, comma 2°, c.p.c., senza che la preventiva eccezione di incapacità a testimoniare possa ritenersi comprensiva dell'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa ed assunta nonostante l'opposizione. La Corte ricorda che il principio secondo cui «la nullità della testimonianza resa da persona incapace (in quanto portatrice di un interesse che avrebbe potuto legittimare il suo intervento in giudizio) deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova, ai sensi dell'art. 157, comma 2 (salvo che il difensore della parte interessata sia stato assente all'assunzione del mezzo istruttorio, nel qual caso la nullità può essere eccepita nell'udienza successiva), sicché, in mancanza di tempestiva eccezione, deve intendersi sanata, senza che la preventiva eccezione di incapacità a testimoniare, proposta a norma dell'art. 246 c.p.c., possa ritenerci comprensiva dell'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa ed assunta nonostante la previa opposizione», è stato affermato per la prima volta da Cass., sez. un., 4 agosto 1990, n. 7869, Pres. Parisi, Rel. Beneforti, in *Foro it. Rep*. 1990, *Prova testimoniale* n. 13 (ma già implicitamente da Cass. 10 febbraio 1987, n. 1425, Pres. Albanese, Rel. Chiavetta, in *Foro it. Rep*. 1987, *Prova testimoniale* n. 16), e si è «ampiamente consolidato nella giurisprudenza successiva della Corte» (è quindi richiamata una trentina di precedenti, a partire dal 1996 sino al 2020). Ciononostante la terza sezione – ritenendo per un verso, le argomentazioni di Cass., sez. un., 4 agosto 1990, n. 7869, *cit*., in parte non più attuali, in parte contrarie a una «tesi dottrinale minoritaria», per la quale le deposizioni assunte in violazione dell'art. 246 c.p.c. sarebbero inefficaci e come

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tali inutilizzabili dal giudice ai fini della decisione (cfr. V. Andrioli, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, 338; M. Taruffo, voce *Prova testimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 738; A. Dondi, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1997, 49; L. Dittrich, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano 2000, 373 ss.), per altro verso le pur numerose pronunce adesive alle Sezioni Unite ora ricordate poco consapevoli, dovendosi solo a Cass. 6 maggio 2020, n. 8528, Pres. Frasca, Rel. Di Florio, in *Foro it*. 2020, I, 3924, con nota di G. Fabrizzi, un esame diretto della questione della riconducibilità a nullità relativa della deposizione testimoniale assunta in spregio del divieto di cui all'art. 246 c.p.c., a fronte di una contraria giurisprudenza per la quale il vizio *de quo* andrebbe invece qualificato in termini diversi dalla nullità (cfr. Cass. 25 febbraio 1989, n. 1042, Pres. Parisi, Rel. Bronzini; Cass. 15 giugno 1999, n. 5925, Pres. Volpe, Rel. Napoletano; Cass. 24 novembre 2004, n. 22146, Pres. Nicastro, Rel. Segreto, in *Foro it*. 2005, I, 370, con nota di C. M. Barone) – ha rimesso come detto gli atti al primo presidente perché valuti di investire della decisione le Sezioni Unite.

6. – Per quanto attiene alla consulenza tecnica d'ufficio, si segnala Cass. 31 agosto 2022, n. 25604, Pres. Amendola, Rel. Scrima, che, richiamando la nota Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086, segnalata da M. Ragni insieme all'omologa Cass., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500, per entrambe Pres. Raimondi, Rel. Marulli, nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2022, 797 ss., § 7, ha inteso dare applicazione al principio di diritto ivi sancito per il quale il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti – non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie stabilite a loro carico –, tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che tali documenti non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni, che è onere delle parti provare, e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio. Nel caso di specie la Corte di cassazione ha confermato la sentenza impugnata, che a sua volta aveva rigettato l'appello avverso la pronuncia con il Tribunale aveva dichiarato inammissibile la richiesta formulata dal C.T.U. volta ad acquisire il *compact disc* della risonanza magnetica, con il relativo referto medico, sebbene esso fosse indicato nel «racconto anamnestico presente in cartella clinica prodotta in atti». In prime cure,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'attore non aveva depositato i documenti anzidetti né in allegato all'atto introduttivo né con le memorie *ex* art. 183, comma 6°, n. 2, c.p.c., pur essendo i medesimi pacificamente nella disponibilità dello stesso attore. La sesta sezione, sulla base della considerazione che il contenuto del *compact disc* fosse diretto a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda, ha valutato la correttezza dell'applicazione delle norme in tema di consulenza tecnica d'ufficio da parte dei giudici di merito, che pur essendo intervenuti prima delle Sezioni Unite menzionate in apertura di paragrafo, hanno rispettato i principi da quelle affermati.

7. – In materia di impugnazioni civili, Cass. 6 luglio 2022, n. 21403, Pres. Scarano, Rel. Guizzi, ha ribadito che lo smarrimento del fascicolo d'ufficio e di quello di parte, relativi al giudizio di primo grado, non può considerarsi causa impeditiva della proposizione dell'impugnazione entro il termine di cui all'art. 327 c.p.c., tale da giustificare una richiesta di rimessione in termini, potendo la parte chiedere al giudice la ricostituzione di detti fascicoli e l'eventuale integrazione dei motivi d'appello (cfr. Cass. 25 marzo 2013, n. 7393, Pres. Vidiri, Rel. Venuti). La terza sezione, nel confermare la sentenza impugnata che aveva escluso potesse essere provata per il tramite della non contestazione la mancata trasmissione al giudice d'appello del fascicolo di primo grado da parte della cancelleria del giudice *a quo*, ha affermato che il principio di cui all'art. 115 c.p.c. ha ad oggetto fatti storici sottesi a domande ed eccezioni e non può riguardare questioni che attengono allo svolgimento del processo (nell'ordinanza sono richiamati come precedenti Cass. 21 giugno 2013, n. 15658, Pres. Finocchiaro, Rel. Armano; Cass. 3 maggio 2016, n. 8647, Pres. Ambrosio, Rel. Pellecchia; Cass. 5 marzo 2020, n. 6172, Pres. Di Stefano, Rel. Porreca). La segnalata ordinanza costituisce espressione di un orientamento giurisprudenziale maggioritario (inaugurato dalle Sezioni Unite con la famosa sentenza del 23 gennaio 2002, n. 761, Pres. Marvulli, Rel. Evangelista, in *Foro it*. 2002, I, 2017 ss., con nota di C. M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*; *ivi* 2003, I, 604 ss., con nota di A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*; *ibid*. 1516 ss., con nota di R. Oriani, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*; in *Dir. giur.* 2002, 78 ss., con nota di N. Rascio, *Note brevi sul principio di non contestazione (a margine di un'importante sentenza)*; in *Corr. giur*. 2003, 1335 ss., con nota di M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*;), per il quale l'effetto tipico della non contestazione – espunzione del fatto dal *thema probandum* – si rife-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rirebbe soltanto ai fatti principali, con esclusione di quelli secondari e di quelli processuali. Assunto questo contestato in dottrina (cfr. N. Rascio, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corr. giur*. 2010, 1244 s.; M. Fornaciari, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rass. for.* 2011, 577 s.; G. Frus, *Il principio di non contestazione tra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 73), e non condiviso neppure dalla stessa giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 17 aprile 2002, n. 5526, Pres. Sciarelli, Rel. De Matteis, in *Foro it*. 2002, I, 2017; Cass. 29 dicembre 2004, n. 24103, Pres. Senese, Rel. Picone, che distingue però tra questione processuale (rilevabile di ufficio) e le circostanze di fatto condizionanti la stessa, rispetto alle quali il principio opererebbe); Cass. 13 giugno 2005, n. 12636, Pres. Senese, Rel. Di Iasi, in *Foro it*. 2006, I, 1492 ss., con nota parzialmente critica di A. D. De Santis, *Brevi note sulla sanatoria della nullità del ricorso* ex *art. 414 c.p.c. e sull'applicazione del principio di non contestazione ai c.d. fatti processuali*; *ibid*., 1873 ss., con nota di C. M. Cea, *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*; Cass. 4 dicembre 2007, n. 25269, Pres. Ciciretti, Rel. De Matteis, in *Lav. nella giur*. 2008, 270 ss., con nota di D. Iarussi, *Onere di contestazione tempestiva dei fatti e giusto processo*).

8. – In punto di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti la giurisdizione, Cass., sez. un., 30 agosto 2022, n. 25503, Pres. Travaglino, Rel. Lamorgese, è giunta a definire il giudizio che aveva occasionato il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia (con la commentatissima ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598, Pres. Mammone, Rel. Lamorgese, segnalata da R. Siciliano nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2021, 404 ss., § 3; e pubblicata in *Giur. cost*. 2020, 2535 ss., con nota di M. Francaviglia, *La violazione del diritto dell'Unione europea come motivo di ricorso per cassazione* ex *art. 111, ult. comma Cost.: un rimedio peggiore del male?*, in *Dir. proc. amm*. 2021, 135 ss., con nota di G. Cusenza, *Il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia: dubbi e criticità*), pronunciatasi infine con sentenza del 21 dicembre 2021, C-497/20 (commentata da B. Sassani, B. De Santis su *judicium.it*, 22 dicembre 2021, *Diniego di tutela giurisdizionale e poteri delle Sezioni Unite alla luce del diritto unitario europeo. Riflessioni a caldo su una decisione annunciata*), che ha

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ritenuto coerente con il diritto dell'Unione l'interpretazione in senso riduttivo (prospettata da Corte cost. n. 6/2018) degli art. 111, comma 8°, Cost., 360, comma 1°, n. 1, e 362, comma 1°, c.p.c. Le Sezioni Unite hanno dunque dichiarato il ricorso inammissibile a motivo dell'estraneità al perimetro del sindacato della Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione la denuncia di un eccesso di potere giurisdizionale, configurato nel diniego di giustizia da parte del giudice amministrativo di ultima istanza, derivante dallo stravolgimento delle norme di riferimento, nazionali o unionali, come interpretate in senso incompatibile con la giurisprudenza della C. Giust. UE. Rimane comunque impregiudicata la questione relativa al secondo quesito pregiudiziale proposto nell'ordinanza interlocutoria, relativo alla compatibilità con il diritto dell'Unione della giurisprudenza nazionale che intende in senso limitativo il sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del giudice amministrativo che immotivatamente si sottraggano all'obbligo di rinvio pregiudiziale, trattandosi di questione ritenuta non rilevante dalla Corte di Giustizia in ragione del fatto che non erano stati formulati specifici motivi di ricorso fondati sul fatto che il Consiglio di Stato, in violazione dell'art. 267 TFUE, avesse omesso di sottoporre alla stessa Corte Europea una domanda di pronuncia pregiudiziale.

9. – Si segnala quindi, in materia di processo civile telematico, Cass. 22 agosto 2022, n. 25177, Pres. Lombardo, Rel. Criscuolo, che ha confermato il principio per il quale, se è vero che il tardivo deposito dell'originale del ricorso per cassazione (dopo la scadenza del ventesimo giorno dall'ultima notificazione alle parti contro le quali è proposto) comporta l'improcedibilità dello stesso, rilevabile d'ufficio e non esclusa dalla circostanza che il controricorrente non abbia formulato apposita eccezione, tuttavia, ove il mancato tempestivo deposito del ricorso sia dovuto a causa non imputabile al ricorrente, è possibile evitare la declaratoria di improcedibilità chiedendo, non appena l'impedimento sia cessato, la rimessione in termini, ai sensi dell'art. 153, comma 2°, c.p.c., e provvedendo a depositare contestualmente l'atto che non si sia potuto depositare nei termini (cfr. Cass. 4 settembre 2019, n. 22092, Pres. Campanile, Rel. Lombardo, in *Giur. it.* 2020, 842 ss., con nota di A. Angelini, *La Cassazione e l'improcedibilità per mancato deposito dell'originale del ricorso*). Nella specie, la Corte ha ritenuto sussistenti i presupposti per la rimessione in termini quanto al tardivo deposito del ricorso dovuto a problemi tecnici del gestore dei servizi telematici, causa non imputabile al ricorrente. Questa pronuncia si inserisce nel filone giurisprudenziale diretto a garantire «una migliore realizza-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione dei principi del giusto processo evitando inutili formalismi anche con riguardo alla valutazione della procedibilità del ricorso, nella presente fase caratterizzata da una applicazione solo parziale delle regole del PCT al giudizio di cassazione», tramite un adattamento delle relative regole applicabili «onde evitare che l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità, sulla base dei principî tradizionali nati 'in ambiente di ricorso analogico', risulti irragionevole o sproporzionata nel diverso 'ambiente digitale'» (così Cass., sez. un., 25 marzo, 2019, n. 8312, Pres. Petitti, Rel. Tria, segnalata da V. De Carolis nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2019, 1421, § 11, a proposito di Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22438, Pres. Mammone, Rel. Vincenti, segnalata da L. Costantino nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2018, 1691, § 9).

10. – Cass., sez. un., 24 giugno 2022, n. 20495, Pres. Spirito, Rel. Nazzicone, ha affermato che, nel caso di procedimento per la revisione dell'assegno divorzile, ai sensi dell'art. 9, comma 1°, della l. n. 898 del 1970, il venir meno del coniuge ricorrente nel corso del medesimo non comporta la dichiarazione di improseguibilità dello stesso, ma gli eredi subentrano nella posizione del coniuge richiedente la revisione, al fine dell'accertamento della non debenza dell'assegno a decorrere dalla domanda sino al decesso, nonché nell'azione di ripetizione dell'indebito, *ex* art. 2033 c.c., per la restituzione delle somme non dovute. Alle Sezioni Unite era stata rimessa dalla sezione sesta la decisione sul ricorso con ordinanza interlocutoria del 20 gennaio 2022, n. 1814, Pres. Ferro, Rel. Caiazzo. Oggetto di rimessione alle Sezioni Unite era stata la questione, «di particolare importanza ai fini nomofilattici», se il coniuge divorziato abbia o meno diritto all'assegno divorzile che non sia stato riconosciuto giudizialmente (sia nella sua esistenza, sia nel suo ammontare) per la sopravvenuta morte del coniuge obbligato, pur essendo passata in giudicato la statuizione sullo *status* di divorziato assunta con sentenza non definitiva, articolantesi in due possibili soluzioni: «a) il decesso dell'ex-coniuge obbligato al versamento dell'assegno divorzile comporta ineluttabilmente la cessazione della materia del contendere, intesa come indissolubilmente connessa all'estinzione dello status di (ex) coniuge, quale centro d'imputazione di un'obbligazione patrimoniale nei confronti dell'altro ex-coniuge» (per quest'indirizzo, cfr. Cass. 20 gennaio 1980, n. 661, Pres. Vigorita, Rel. Sgroi; Cass. 18 marzo 1982, n. 1757, Pres. Marchetti, Rel. Borruso; Cass., 3 febbraio 1990, n. 740, Pres. Scanzano, Rel. Carbone; Cass. 4 aprile 1997, n. 2944, Pres. Lipari, Rel. Pignataro; Cass. 27 aprile 2006, n. 9689, Pres. Olla, Rel. Berruti; Cass. 20 novembre 2008, n. 27556, Pres. Luccioli, Rel.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Panzani; Cass. 26 luglio 2013, n. 18130, Pres. Salmé, Rel. Dogliotti; Cass. 8 novembre 2017, n. 26489; Cass. 12 dicembre 2017, n. 29669, Pres. Di Virgilio, Rel. Lamorgese, che ha tuttavia precisato che la morte di uno dei coniugi, in pendenza di giudizio di separazione personale, comporta sì la declaratoria di cessazione della materia del contendere e travolge tutte le precedenti pronunce emesse non ancora passate in giudicato, anche con riferimento alle istanze accessorie circa la regolamentazione dei rapporti patrimoniali attinenti alla cessazione della convivenza, ma restano salve le domande autonome che, proposte nello stesso giudizio, riguardano diritti e rapporti patrimoniali indipendenti dalla modificazione soggettiva dello status, già acquisiti al patrimonio dei coniugi, e nei quali subentrano gli eredi; Cass. 20 febbraio 2018, n. 4092, Pres. Di Palma, Rel. Bisogni, segnalata da L. Costantino nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2018, 1699, § 15; Cass. 2 dicembre 2019, n. 31358, Pres. Genovese, Rel. Nazzicone); «b) tale decesso, pur implicando l'estinzione del suddetto *status*, comporta una limitata ultrattività di tale obbligo, connesso anche alla definitività della sentenza dichiarativa della cessazione degli effetti civili del matrimonio da cui lo stesso obbligo trae origine, seconda opzione incentrata su prevalenti valori solidaristici nei confronti dell'ex-coniuge avente diritto all'assegno, nell'ambito dell'art. 2 Cost., che non sarebbero così vanificati dal decesso dell'obbligato» (cfr. Cass. 11 aprile 2013, n. 8874, Pres. Salmé, Rel. Campanile; Cass. 24 luglio 2014, n. 16951, Pres. Di Palma, Rel. Bisogni). Analoga questione era stata rimessa alle Sezioni Unite dalla prima sezione della Corte, con ordinanza 29 ottobre 2021, n. 30750. Le Sezioni Unite, dopo aver ricordato che la domanda di revoca o riduzione dell'assegno divorzile, già disposto in favore dell'altro coniuge, può sopravvenire anche al giudicato (giudicato c.d. *rebus sic stantibus*), in quanto per definizione soggetto al perdurante adeguamento alle situazioni sopravvenute (cfr. Cass. 30 luglio 2015, n. 16173, Pres. Di Palma, Rel. Bisogni; Cass. 2 luglio 2019, n. 17689, Pres. Vivaldi, Rel. De Stefano), in discontinuità con la giurisprudenza maggioritaria formatasi in argomento, ha affermato che il venir meno di un coniuge nel corso del giudizio di revisione dell'assegno, sia egli l'obbligato, sia egli l'avente titolo all'assegno, non comporta la improseguibilità del giudizio di revisione. Con riferimento al caso di specie, è stato quindi ritenuto che il giudizio di accertamento della non debenza dell'assegno dalla data della domanda a quella del decesso può essere proseguito da parte degli eredi dell'obbligato ai fini dell'accertamento della non debenza e del diritto di credito alla ripetizione dell'indebito per le somme versate sin dalla domanda di revisione, richieste in vita dal coniuge obbligato, diritto del quale gli eredi divengono titolari.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

11. – Per quanto concerne l'arbitrato rituale, Cass., sez. un., 20 giugno 2022, n. 19852, Pres. Raimondi, Rel. Di Marzio, ha statuito che la previsione dell'art. 817, comma 2°, secondo periodo, c.p.c., non preclude l'eccezione e rilevazione d'ufficio della non arbitrabilità della controversia, perché avente ad oggetto diritti indisponibili o per l'esistenza di una espressa norma proibitiva, in sede di impugnazione del lodo per nullità, anche qualora la relativa eccezione non sia stata formulata in sede arbitrale. In applicazione di tale principio, le Sezioni Unite hanno comunque escluso la nullità della clausola compromissoria inserita da una pubblica amministrazione in un contratto avente ad oggetto lavori, forniture e servizi, rilevando che l'art. 3, comma 19°, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, rubricato *Divieto di inserimento di clausole compromissorie nei contratti di lavori, servizi e forniture stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, che aveva posto il relativo divieto, la cui entrata in vigore era stata più volte posticipata, era stata definitivamente abrogato). Con ordinanza 24 febbraio 2022, n. 6148, Pres. Campanile, Rel. Caradonna, la sezione prima della Corte aveva disposto la trasmissione degli atti al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, deducendo che i motivi di ricorso investivano direttamente la sussistenza della giurisdizione del giudice adito, poiché la questione circa l'eventuale non compromettibilità ad arbitri della controversia, per essere la stessa riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, integra una questione di giurisdizione (principio di recente ribadito da Cass., sez. un., 26 ottobre 2020, n. 23418, Pres. Tirelli, Rel. Vincenti; cfr. pure Cass., 30 ottobre 2019, n. 27847, Pres. Mammone, Rel. Bruschetta; Cass., sez. un., 18 dicembre 2019, n. 33691, Pres. Mammone, Rel. Lamorgese).

PAOLA CHIARA RUGGIERI
Titolare di assegno di ricerca nell'Università di Napoli Federico II

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

INDICE DEL VOLUME SETTANTASETTESIMO

Seconda Serie - 2022

ARTICOLI

AMADEI D., *Presupposti processuali, invalidità della sentenza ed impugnazione* 103

BACCAGLINI L., *Obbligazioni solidali ad interesse comune e impugnazione incidentale tardiva* 84

BOLOGNARI M., *Le videoconferenze transnazionali nell'ordine europeo di indagine penale* 513

BONGIORNO G., *Considerazioni critiche sul giudizio di fatto nella revocatoria fallimentare: l'abuso degli indizi per la prova dello stato di insolvenza* 403

CALLARI F., *Ricerca della verità e dimensione etica del processo penale* 1247

CARRATTA A., *Prova scientifica e ragionamento presuntivo* 24

CAVALLINI C., *Processo civile e semplificazione del sistema: quale ruolo per la* Iurisprudentia*?* 839

DANIELE M., *Improcedibilità dell'impugnazione penale e reazioni applicative* 858

GALANTI L., *Di una fusione che estingue il «soggetto» ma non la «parte»* 923

GODIO F., *Diritto di regresso e giudizi di impugnazione* 490

GRADI M., *Cosa giudicata incostituzionale* 1190

ILLUMINATI G., *Alla ricerca di un processo penale efficiente* 1155

MONTANARI M., *Obbligazioni solidali e processo esecutivo: il problema della tutela dei coobbligati contro l'abuso dei mezzi di espropriazione* 906

MONTELEONE G., *Il nodo, apparentemente inestricabile, della Cassazione civile* 821

NASCOSI A., *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla Riforma del 2022* 1214

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ODORISIO E., *Le impugnazioni incidentali dello stato passivo nel codice della cri-si* 47

POLI R., *Gli «argomenti di prova»* ex *art. 116, comma 2º, c.p.c.*. 460

POLI R., *La valutazione delle prove: tra cognitivismo ed ermeneutica* 881

PROTO PISANI A., *Profili dogmatici e valori costituzionali nella successione a titolo particolare nel diritto controverso* 807

PUNZI C., *Sul processo civile telematico* 1

ROSSI R., *Responsabilità* ex *art. 96 c.p.c. per danni da illecita esecuzione e giudice competente* 955

RUFFINI G., *Il giudice e la legge* 830

SALETTI A., *Il terzo pignorato e le opposizioni esecutive* 9

SASSANI B., *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde* 424

TEDOLDI A., Iudex servus peritorum: *la consulenza tecnica psicologica* 1164

VANZ M.C., *L'onere di (ri)produzione documentale: esigenze di speditezza processuale e nuove tecnologie digitali* 1234

VERDE G., *Postilla* a Bruno Sassani, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde* 444

VERDE G., *«Tutto quello e proprio quello» (Riflettendo su di un libro di Nicolò Trocker)* 395

VULLO E., *Ricordando Sergio Chiarloni: «Misure coercitive e tutela fallimentare: l'abuso degli indizi per la prova dello stato di dei diritti»* 448

STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

CAPONI R., *Autonomia del processo civile (Note a margine di un tema immenso)* 136

CAVALLONE B., *I troppi ritorni di Martin Guerre* 1270

CAVALLONE B., *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato* 525

PANZAROLA A., *Su alcuni esempi della funzione «antiprocessuale» del notorio: il caso Wallenstein (e dintorni)* 144

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

DIBATTITI

AULETTA F., *La nullità degli atti processuali ovvero ... Taking (procedural) rights seriously* 546

CAVALLONE B., *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione* 981

DONZELLI R., *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c.* 556

MANCUSO C., *Le notificazioni in proprio a mezzo pec* 584

PINTO F., *Profili processuali del contratto di* leasing *finanziario* 1284

STELLA M., *La nullità della sentenza prematura, non preceduta dai termini* ex *art. 190 c.p.c., è* in re ipsa 571

ATTUALITÀ LEGISLATIVA

BACCAGLINI L., *Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, nella composizione negoziata della crisi* 635

CAVALLINI C., *Verso il nuovo modello del processo ordinario di cognizione* 161

D'ADAMO D., *Il curatore speciale del minore alla luce della riforma del processo civile* 1315

FABIANI M., *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico* 197

GHIRGA M.F., *L'ufficio del processo: una sfida* 177

PUNZI C., *Le prospettive di riforma dell'arbitrato offerte dalla legge delega «per l'efficienza del processo civile»* 611

RAITI G., *Il principio di sinteticità e di chiarezza del ricorso per cassazione secondo la legge delega sulla riforma del processo civile* 1027

RUSCIANO S., *Addio alla spedizione in forma esecutiva* 1037

SALVANESCHI L., *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile* 614

DIRITTO PROCESSUALE STRANIERO E COMPARATO

D'ALESSANDRO E., *Revocazione della sentenza civile e Convenzione europea dei diritti dell'uomo* 217

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

DE PROPRIS L., *Appunti sulla cessione transfrontaliera del credito dal punto di vista del processo* 235

FRASSINETTI A., *L'opposizione ed il riesame esperibili dal debitore contro il decreto ingiuntivo europeo* 658

VACCARELLA R., *Violazioni del diritto europeo e «motivi inerenti alla giurisdizione»: novità in vista?* 207

RICORDI

CAVALLONE B., *Virginio Rognoni* 1333

SASSANI B., *Sergio Chiarloni* 255

NOTIZIE

MERLIN E., *È legge la delega al Governo per gli interventi sul processo civile (Legge 26 novembre 2021 n. 206)* 258

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Buoncristiani D., (Merlin E.) 261

Campione F., (Zulberti M.) 1335

Carmellino G., (Tarricone S.) 1060

Caruso G., (De Santis A.D.) 679

Chainais C., van Drooghenbroeck J.-F., Saletti A., Hess B. (diretto da), (Briguglio A.) 1341

Comoglio L.P., (Spaccapelo C.) 1337

Costantino G. (a cura di), (Punzi C.) 1061

Donzelli.R., (Marelli F.) 265

Fuiano M.P., (Tedoldi A.) 1064

Ghirga M.F., (Boccagna S.) 1067

Giostra G., Orlandi R. (a cura di), (Monti A.) 266

Gradi M., (Merlin E.) 268

Marinelli M., (Cavallone B.) 272

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Martello M., (Raiti G.) 1344

Minafra N., (Garavaglia M.) 1345

Nobili M., (Kostoris R.E.) 275

Proto Pisani A., (Punzi C.) 1334

Proto Pisani A., (Trisorio Liuzzi G.) 679

Proto Pisani A. (a cura di), (Comoglio L.P.) 1069

Punzi C., (Cavallone B.) 682

Ricci E.F., (Punzi C.) 1342

Ruggieri P.C., (Raiti G.) 1347

Silvestri C., (Ghirga M.F.) 277

Stella M., (Pezzani T.) 685

Zucconi Galli Fonseca E., (Punzi C.) 280

NOTE ALLE SENTENZE

BERNARDINI L., *I diritti dei migranti detenuti ai tempi del* Covid-19*: in Feilazoo c. Malta la CEDU «lascia» o «raddoppia»?* 344

BONAFINE A.L., *Il reclamo* ex *art. 630, comma 3°, c.p.c.: natura e modalità di deposito* 1383

BRIGUGLIO A., *Fra Sezioni unite e Consiglio di Stato la Corte di Giustizia pronuncia «nell'interesse della legge»* 694

CAROSI A, *In tema di fondamento sistematico del principio di non contestazione e della sua efficacia sull'attività decisoria del giudice* 1433

COMMANDATORE C., *Rimedi processuali contro il giudicato anticomunitario* 719

CONFORTI S., *Sull'omesso deposito in sede di opposizione allo stato passivo della copia autentica del decreto di esecutività* 324

DE SANTIS DI NICOLA F., *Quesito di diritto e autosufficienza del ricorso per Cassazione secondo la Corte di Strasburgo* 304

EREMITA A.R., *In tema di* mutatio *ed* emendatio libelli *nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo* 334

GIUSSANI A., *Sulla* ratio *della sospensione per pregiudizialità* 290

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

GUARNIERI G., *Sulle modalità di proposizione della c.d. domanda riconvenzionale trasversale* 759

LIMONGI B., *Sui criteri distintivi fra sentenze definitive e non definitive* 776

MALATESTA F.C, *Sul consolidamento del rito erroneamente instaurato* 1403

MARINO C., *Caducazione del titolo esecutivo e giudizio di opposizione all'esecuzione* 738

NICOLAI F., *Sul rapporto tra sezioni civili e penali di un medesimo ufficio* 1104

ROSSI A., *Sulla disciplina applicabile all'appellante rimasto contumace in primo grado nel caso di nullità dell'atto di citazione* 1117

SALVIONI T., *L'ordinanza di sospensione della delibera di esclusione del socio* 1372

SICA M., *Appello cautelare e rimedi avverso i decreti presidenziali monocratici dei T.A.R.* 1352

TRIOLO A, *Sui rapporti tra reclamo e inefficacia della misura cautelare* 1418

VILLATA S.A., *Invalidità delle deliberazioni condominiali, opposizione a decreto ingiuntivo e sospensione del processo* 1079

ZITARELLI M., *Le prime questioni applicative relative alla «trattazione cartolare» delle udienze* 1132

PANORAMI

ANGELINI A., *Osservatorio sulla Cassazione Civile* 366

BIASUCCI G., *Osservatorio sulla Cassazione Civile* 1145

NISIVOCCIA N., *Osservatorio sulla Corte Costituzionale (processo civile: 1º ottobre – 31 dicembre 2021)* 364

NISIVOCCIA N., *Osservatorio sulla Corte Costituzionale (processo civile: 1º gennaio – 31 marzo 2022)* 788

NISIVOCCIA N., *Osservatorio sulla Corte Costituzionale (processo civile: 1º aprile – 30 giugno 2022)* 1143

NISIVOCCIA N., *Osservatorio sulla Corte Costituzionale (processo civile: 1º luglio – 30 settembre 2022)* 1459

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

RAGNI M., *Osservatorio sulla Cassazione Civile* 789

RUGGIERI P.C., *Osservatorio sulla Cassazione Civile* 1461

INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

Accertamento dei fatti, non contestazione dei fatti, effetto vincolante per il giudice ed espunzione dall'ambito degli accertamenti richiesti, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. VI civ., ordinanza 25 novembre 2021, n. 36659 1432

Appello civile, deduzione della nullità della citazione di primo grado per vizi della *vocatio in ius*, esclusione della rimessione della causa in primo grado e necessità di rinnovazione degli atti affetti da nullità derivata, sussistenza, possibilità di rimessione in termini del convenuto rimasto contumace solo se dimostri di non aver avuto conoscenza del processo a causa del vizio di nullità della citazione, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 26 gennaio 2022, n. 2258 1114

Competenza, ripartizione di affari fra sezioni civili e penali del medesimo ufficio, configurabilità di una questione di competenza, insussistenza, impugnabilità con il regolamento di competenza del provvedimento di rimessione dall'una all'altra sezione, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 6 dicembre 2021, n. 38596 1101

Deposito di atti di parte, ricorso per reclamo avverso l'ordinanza che pronuncia sull'estinzione del processo esecutivo *ex* art. 630, comma 3°, c.p.c., necessità di deposito in via telematica, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 10 marzo 2022, n. 7877 1380

Detenzione di soggetto straniero, condizioni inadeguate di detenzione e mantenimento del migrante in locali destinati alla quarantena di persone affette da Covid-19, contrarietà all'art. 3 CEDU, sussistenza: Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 11 marzo 2021, *Feilazoo c. Malta* 341

Detenzione di soggetto straniero, sussistenza di provvedimento definitivo ed esecutivo di espulsione dallo Stato, omissione da parte dello Stato dei comportamenti attivi e diligenti atti a consentire il rimpatrio effettivo, contrarietà all'art. 5, § 1, lett. f), CEDU, sussistenza: Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 11 marzo 2021, *Feilazoo c. Malta* 341

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Domanda giudiziale, proposizione con la notifica di atto di citazione in luogo del deposito del ricorso prescritto dalla legge, idoneità della domanda a produrre i propri effetti processuali e sostanziali in base alla forma concretamente assunta ed indipendentemente dal provvedimento di conversione del rito, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 12 gennaio 2022, n. 758 1402

Domanda riconvenzionale, proposizione di domanda «trasversale» da parte di un convenuto nei confronti di altro soggetto convenuto in giudizio dall'attore, necessità di proposizione, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata ai sensi dell'art. 166 c.p.c. e di richiesta di differimento della prima udienza ai sensi dell'art. 269 c.p.c. con successiva notifica della citazione all'altro convenuto nel rispetto dei termini dell'art. 163 *bis* c.p.c., sussistenza: Corte di Cassazione, sez. I civ., ordinanza 12 maggio 2021, n. 12662 752

Giudizio di opposizione all'esecuzione, sopravvenuta caducazione del titolo per effetto di pronuncia del giudice del processo di cognizione, necessità di definizione del giudizio di opposizione con pronuncia di cessazione della materia del contendere e di liquidazione delle spese processuali secondo il criterio della soccombenza virtuale, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 21 settembre 2021, n. 25478 735

Giudizio di separazione personale fra i coniugi, procedimento di appello soggetto al rito camerale, provvedimento che dispone la sostituzione dell'udienza con la trattazione scritta *ex* art. 83, 7° comma, lett. h), d.l. n. 18/2020, necessità di concessione di termini per il deposito di scritti conclusionali, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. VI civ., ordinanza 10 novembre 2021 n. 33175 1129

Opposizione a decreto ingiuntivo, ingiunzione emessa per il pagamento di contributi alle spese condominiali, possibilità per l'opponente di far valere in via di mera eccezione l'annullabilità della delibera dell'assemblea posta a fondamento dell'ingiunzione, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 14 aprile 2021, n. 9839 1074

Opposizione a decreto ingiuntivo, ingiunzione emessa per il pagamento di contributi alle spese condominiali, sindacabilità in sede di opposizione dell'invalidità della delibera dell'assemblea posta a fondamento dell'ingiunzione, sussistenza, necessità di proposizione di domanda riconvenzionale da parte dell'opponente ove si tratti di annullabilità e non di nullità della delibera,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 14 aprile 2021, n. 9839 1074

Opposizione allo stato passivo ex *art. 98 l.f.*, omesso deposito a cura dell'opponente di copia del provvedimento del giudice delegato, necessità che il giudice dell'opposizione si attivi officiosamente per la sua acquisizione, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. I civ., 29 luglio 2021, n. 21826 322

Procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, ammissibilità di proposizione di domande nuove da parte del creditore opposto in replica a domande riconvenzionali od eccezioni in senso stretto dell'opponente, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., 10 marzo 2021, n. 6579 333

Processo amministrativo, decreto cautelare presidenziale *ex* art. 56 c.p.a., autonoma impugnabilità con l'appello, insussistenza: Consiglio di Stato, sez. IV, decreto 4 luglio 2022, n. 3114 1349

Provvedimenti cautelari, ordinanza di sospensione della delibera assembleare di esclusione di un socio dalla compagine sociale, natura conservativa, sussistenza, perdita di efficacia in caso di mancato inizio del giudizio di merito nel termine di legge o di sua estinzione, sussistenza: Corte di Cassazione, sez I civ., ordinanza 26 aprile 2021, n. 10986 1367

Provvedimenti cautelari, reclamo avverso provvedimento cautelare di sequestro conservativo, sopravvenuta declaratoria di inefficacia del sequestro per mancata esecuzione nei termini di cui all'art. 675 c.p.c., carenza di interesse di entrambe le parti alla decisione del reclamo, sussistenza: Tribunale di Roma, sez. imprese, 22 giugno 2021 1417

Responsabilità processuale aggravata ex *art. 96, comma 2º, c.p.c.*, proponibilità della domanda risarcitoria al giudice del giudizio di cognizione o in alternativa al giudice dell'opposizione all'esecuzione o in un giudizio autonomo, condizioni: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 21 settembre 2021, n. 25478 735

Ricorso in cassazione, impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione *ex* art. 111, comma 8º, Cost., esclusione della censura inerente alla violazione del diritto dell'Unione Europea, incompatibilita' con l'ordinamento dell'Unione, insussistenza: Corte di Giustizia, gr. sez., 21 dicembre 2021, C-497/2020 687

Ricorso in cassazione, inammissibilità per esposizione dei fatti di causa mediante pedissequa riproduzione degli atti processuali,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

incompatibilità con la garanzia del diritto di accesso al giudice *ex* art. 6, § 1, CEDU, insussistenza: Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 28 ottobre 2021, *Succi e altri c. Italia* 301

Ricorso in cassazione, onere di formulazione del quesito di diritto *ex* art. 366 *bis* c.p.c., incompatibilità con la garanzia del diritto di accesso al giudice *ex* art. 6, § 1, CEDU, insussistenza: Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 28 ottobre 2021, *Succi e altri c. Italia* 301

Ricorso in cassazione, principio di autosufficienza del ricorso, compatibilità con la garanzia del diritto di accesso al giudice *ex* art. 6, § 1, CEDU, limiti: Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 28 ottobre 2021, *Succi e altri c. Italia* 301

Sentenza e riserva di appello, pronuncia su una o solo alcune delle domande cumulate con prosecuzione del giudizio per le altre con liquidazione delle spese processuali per quelle decise, espressa qualificazione della sentenza come non definitiva da parte del giudice che l'ha emessa, prevalenza di tale qualificazione ai fini della natura del provvedimento, incondizionata efficacia della riserva di appello differito formulata dalla parte soccombente, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 19 aprile 2021, n. 10242 773

Sospensione del processo civile per pregiudizialità, avvenuta definizione del processo pregiudiziale con sentenza non passata in giudicato, possibilità di prosecuzione del processo pregiudicato e applicabilità della sospensione facoltativa di cui all'art. 337, comma 2°, c.p.c., sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 29 luglio 2021, n. 21763 283

Sospensione del processo civile per pregiudizialità, provvedimento di rigetto dell'istanza di prosecuzione *ex* art. 297 c.p.c., impugnabilità con il regolamento di competenza, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 29 luglio 2021, n. 21763 283

Sospensione del processo civile per pregiudizialità, provvedimento di rigetto dell'istanza di prosecuzione *ex* art. 297 c.p.c. successivo a provvedimento di rigetto di istanza del medesimo contenuto, preclusione per consumazione del potere di impugnare il provvedimento successivo, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 29 luglio 2021, n. 21763 283

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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@wkicert.it.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Le versioni digitali sono consultabili online su www.edicolaprofessionale.com/RDP, tablet (iOS e Android) e smartphone (Android).

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a WKI Srl - Via 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 2023

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 245,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 205,00 + iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 310,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 205,00 (esente IVA)

SERVIZIO CLIENTI CEDAM

Informazioni commerciali ed amministrative:
tel. 02.824761 - Indirizzo internet: *www.servizioclienti.wki.it* - e-mail: *servizio.clienti@wolterskluwer.com*

I dattiloscritti, libri per recensione, pubblicazioni periodiche devono essere diretti al professor Bruno Cavallone, 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, rivdirproc@libero.it, cpunzi@studioprofpunzi.it.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. – Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 – 20142 Milano (MI).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

00256311
5 000002 563119
€ 62,00 I.V.A. INCLUSA

Wolters Kluwer

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX