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 LXXIX (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 - L.P. COMOGLIO
C. CONSOLO - G. COSTANTINO
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
2024

100 ANNI

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 - P.C. RUGGIERI

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

MILANO

REDATTORE CAPO: E. MERLIN

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

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

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

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

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

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

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

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

FSC
MISTO
Carta | A sostegno della gestione forestale responsabile
FSC® C007287

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

INDICE DEL FASCICOLO

Anno LXXIX (Seconda Serie) – N. 4 – Ottobre-Dicembre 2024

ARTICOLI

MARIA FRANCESCA GHIRGA, *Riflessioni sparse sulle tutele dei legittimari* 1089

ALBERTO M. TEDOLDI, «Onus probandi incumbit ei qui negat». *Eterogenesi e palingenesi dell'onere della prova e della contumacia* 1118

SILVIA SIGNORATO, *Indagini e prove digitali* 1150

RITA MARUFFI, *Successori universali nel processo* ex *art. 110 c.p.c. e proposizione di domande nuove* 1181

STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

BRUNO CAVALLONE, *«Fausti presagi». Breve ricordo di un maestro* larger than life 1201

CLAUDIO CONSOLO, *Elio Fazzalari punto di incontro fra filosofica teoria generale e ben concetta analisi processualcivilistica* 1205

PAOLO SPAZIANI, *Carnelutti e Calamandrei tra il «capo» e la «questione» (ovverosia, Chiovenda, la terza legge di Newton e la poesia di donne)* 1213

ATTUALITÀ LEGISLATIVA

MIRIAM MARTINO, *Sulla difficile convivenza tra le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e le azioni collettive* ex *artt. 840*-bis *e ss. c.p.c.* 1222

DIRITTO PROCESSUALE COMPARATO E INTERNAZIONALE

JOAN PICÓ JUNOY, *Le udienze di assunzione dei mezzi di prova da remoto: un approccio comparato (italiano, spagnolo e statunitense)* 1245

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

FERRUCCIO AULETTA, *La privatizzazione della tutela giurisdizionale per la reintegrazione sanzionatoria del danno erariale nell'esperienza statunitense dell'azione* qui tam 1261

NOTIZIE E RICORDI

LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Ricordo affettuoso di Corrado Ferri* 1280

ELENA MERLIN, *Un convegno in ricordo di Natale Giallongo: la prova nel diritto civile* 1282

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Opere segnalate: *Aa.Vv. (L'onere della prova)* (Titina Maria Pezzani); *Valerio Aiuti* (Luca Pressacco); *Federico Carpi, Paolo Biavati, Elena Zucconi Galli Fonseca, Carlo Rasia* (Chiara Spaccapelo); *Massimo Cirulli* (Silvia Tarricone); *Salvatore Patti, Roberto Poli (a cura di)* (Andrea Giussani) 1283

NOTE A SENTENZA

ANTONIO BRIGUGLIO, *Il nuovo art. 171*-bis *c.p.c., la Corte costituzionale ed il «primo grado Cartabia» fra l'essere quest'ultimo solo inutile e l'essere dannoso, nonché fra le nostre discrete angosce e il vivido desiderio di integrale abrogazione. Con una Postilla sul «Correttivo»* 1309

LAURA BACCAGLINI, *Impugnazione incidentale tardiva e coobbligazione solidale: la conferma di una soluzione inappagante* 1247

ULISSE COREA, *Sentenza* ex *art. 2932 c.c. e condanna implicita* 1364

PAMELA CHIARANDA, *Ammissibili i rinvii pregiudiziali alla Corte di cassazione proposti dai giudici tributari e su questioni di giurisdizione* 1383

FILIPPO NICOLAI, *Sulla tassatività delle ipotesi di astensione obbligatoria quali disposizioni a tutela dell'accettabilità del risultato della giurisdizione* 1401

PANORAMI

NICCOLÒ NISIVOCCIA, *Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile:1° luglio – 30 settembre 2024)* 1413

FRANCESCA FRISINA, *Osservatorio sulla Cassazione civile* 1414

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

INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

Rito ordinario di cognizione in primo grado, provvedimenti da assumersi con decreto anteriormente alla prima udienza di comparizione ai sensi dell'art. 171-*bis* c.p.c., introdotto dal D.Lgs. n. 149/2022, questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 77 Cost., inammissibilità: Corte Costituzionale, 3 giugno 2024, n. 96 1298

Rito ordinario di cognizione in primo grado, provvedimenti da assumersi con decreto anteriormente alla prima udienza di comparizione ai sensi dell'art. 171-*bis* c.p.c., introdotto dal D.Lgs. n. 149/2022, questione di legittimità costituzionale per violazione dei limiti della delega legislativa ai sensi dell'art. 76 Cost. e del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., infondatezza: Corte Costituzionale, 3 giugno 2024, n. 96 1298

Rito ordinario di cognizione in primo grado, provvedimenti da assumersi con decreto anteriormente alla prima udienza di comparizione ai sensi dell'art. 171-*bis* c.p.c., introdotto dal d.lgs. n. 149/2022, questione di legittimità costituzionale per violazione del principio del contraddittorio e dell'art. 24 Cost., infondatezza, necessità di un'interpretazione adeguatrice della disposizione censurata, necessità: Corte Costituzionale, 3 giugno 2024, n. 96 1298

Impugnazioni incidentali, ammissibilità nelle cause scindibili *ex* art. 332 c.p.c. di impugnazione incidentale tardiva a norma dell'art. 334 c.p.c. del litisconsorte non destinatario di alcuna precedente impugnazione e anche in via meramente adesiva rispetto all'impugnazione principale, sussistenza, condizioni: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 28 marzo 2024, n. 8486 1335

Impugnazioni incidentali, applicabilità del principio di ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva, nelle cause scindibili *ex* art. 332 c.p.c., del litisconsorte non destinatario di altra impugnazione anche ove il pregiudizio giuridicamente rilevante sia determinato da impugnazione incidentale tardiva proposta da altro litisconsorte, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 28 marzo 2024, n. 8486 1335

Sentenza costitutiva ex *art. 2932 c.c.*, sentenza che dispone il trasferimento di proprietà di un bene su domanda *ex* art. 2932 c.c., contenuto implicito di condanna al rilascio del bene ed

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

efficacia di titolo esecutivo della sentenza, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., 5 settembre 2023, n. 25941 1361

Rinvio pregiudiziale nomofilattico alla Corte di Cassazione, rinvio pregiudiziale alla Corte di legittimità ai sensi del nuovo art. 363-*bis* c.p.c., ammissibilità del rinvio da parte del giudice tributario, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 13 dicembre 2023, n. 34851 1379

Rinvio pregiudiziale nomofilattico alla Corte di Cassazione, rinvio pregiudiziale alla Corte di legittimità ai sensi del nuovo art. 363-*bis* c.p.c., ammissibilità anche per la definizione di questioni di diritto relative alle norme disciplinatrici del riparto di giurisdizione, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 13 dicembre 2023, n. 34851 1379

Terzietà del giudice, proposta di definizione accelerata del giudizio di cassazione ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c., idoneità del presidente o del consigliere delegato autore della proposta a far parte del collegio, ed eventualmente ad esserne nominato relatore, che decide il giudizio ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c., sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 10 aprile 2024, n. 9611 1399

INDICE DEL VOLUME SETTANTANOVESIMO, Seconda Serie – 2024 1431

Policy Open Access

Per i contributi che documentano i risultati di **ricerca finanziata con fondi pubblici** (art. 4, L. n. 112/2013), l'Editore si riserva di valutare le richieste di pubblicazione in **Open access (O.A.)** entro il limite massimo del **5% degli articoli** annualmente pubblicati sulla Rivista.
La richiesta di pubblicazione in O.A. deve essere contestuale all'**invio dell'articolo** alla redazione e corredata dall'apposita **scheda di progetto** fornita dall'Editore. Una volta ottenuta l'autorizzazione, è consentito esclusivamente il caricamento in **archivi elettronici istituzionali o disciplinari aperti** (es. Iris-Cineca, repository di Ateneo, repository del MiUR) della sola **versione post-print*** dopo un periodo di **embargo di 6 mesi**.

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

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

ARTICOLI

Maria Francesca Ghirga
Professore ordinario nell'Università dell'Insubria

RIFLESSIONI SPARSE SULLE TUTELE DEI LEGITTIMARI

Sommario: 1. Premessa. – 2. I pochi precedenti giurisprudenziali noti in materia cautelare e i dubbi che pongono. – 3. Il caso deciso dal Tribunale di Milano come esempio sul quale ragionare e l'individuazione dei legittimari. – 4. La «quota di eredità». La configurazione della situazione giuridica soggettiva in capo al legittimario e la sua tutelabilità in sede cautelare. – 5. Il legittimario pretermesso può altresì vantare la «qualità» e/o lo *status* di erede? – 6. Il concorso della successione necessaria con la successione legittima. – 7. Il cumulo di azioni proponibili dal legittimario.

1. – È mia intenzione affrontare in questo scritto alcuni problemi che pone, sul piano delle tutele, una materia poco arata dai processualisti, quella successoria, senza la pretesa di offrire soluzioni, ma con l'obiettivo di aprire una discussione.

L'occasione per ragionare sulle tutele, che l'ordinamento riconosce ai chiamati a succedere per causa di morte (1) nei rapporti giuridici trasmis-

(1) Si parla anche di «delazione» come dell'investitura in capo al chiamato del diritto di succedere e dunque di far propria l'eredità, accettandola, o di conseguire il legato, per il quale l'effetto devolutivo si converte direttamente in effetto acquisitivo, legato che può sempre essere oggetto di rinuncia. Su queste nozioni cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.2, le successioni*, 6°, a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano 2022, 67 ss., che si pronuncia per l'inopportunità della distinzione tra delazione e vocazione. Ed infatti «che un successibile sia chiamato alla successione vuol dire che vi è la delazione a suo favore, e cioè vi è l'attribuzione a suo favore del diritto all'eredità». Per la dottrina che ribadisce invece la distinzione si veda la nota 12 p. 67 dell'opera citata e poi e in particolare: A.A. Carrabba, in A.A. Carrabba, G.W. Romagno, *Le successioni, Parte I. Fenomeno successorio. Successione necessarie e legittime*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da Salvatore Mazzamuto, Giappichelli, Torino 2023, 58 ss., per il quale «la vocazione concreta il presupposto della veicolazione *mortis causa* e, precisamente, il titolo della chiamata alla successione ovvero rappresenta il titolo in virtù del quale si può pretendere il patrimonio lasciato dal defunto». La delazione sostanzia, invece, l'incardinazione al vocato del diritto a succedere, l'effettiva attribuzione allo stesso di tale diritto.

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

sibili (2), mi è stata offerta da una recente ordinanza del Tribunale di Milano (3).

Le osservazioni che proporrò si inseriscono in un settore complicato, quello del diritto delle successioni (4), qui evocato per sommi capi e con riferimento al caso di specie, che verrà utilizzato come esempio, quando necessario, per facilitare la comprensione del contesto nel quale ci si dovrà muovere.

D'altra parte, la strumentalità del processo impone necessariamente di occuparsi anche della configurazione sul piano sostanziale delle pretese ereditarie, ed in particolare e qui di quelle dei legittimari, presupposte dal provvedimento che ha ispirato queste osservazioni, perché essa condiziona il modo di ricostruire il sistema delle tutele, anche sul piano cautelare, che è quello sul quale si è pronunciata l'ordinanza del Tribunale di Milano.

2. – Pochi sono i precedenti noti in punto di misura cautelare richiesta a tutela dei cd. diritti ereditari.

Con questa espressione possiamo riferirci alle situazioni giuridiche soggettive che nascono a seguito dell'apertura di una successione dalla chiamata, sia essa testamentaria o *ex lege*, tale essendo anche quella dei legittimari (5).

---

(2) A.A. Carrabba, in A.A. Carrabba, G.W. Romagno, *Le successioni, Parte I. Fenomeno successorio. Successione necessarie e legittime*, cit., 37 ss., osserva che solitamente si rileva come oggetto della successione siano i diritti patrimoniali facenti capo al *de cuius* al momento della morte, mentre resterebbero esclusi dalla vicenda ereditaria, in quanto intrasmissibili, i diritti non patrimoniali, e quindi tutte le situazioni strettamente legate alla persona del defunto ed in particolare i diritti personalissimi. Per l'a. l'affermazione necessita, però, di alcune puntualizzazioni perché vi sono diritti patrimoniali in linea generale non trasmissibili, quali i diritti reali essenzialmente temporanei e parametrati alla morte del soggetto originario titolare degli stessi, e d'altra parte, il testamento può contenere disposizioni di carattere non patrimoniale.

(3) Trib. Milano, sez. IV civ., ordinanza 18 dicembre 2023, Giudice Unico Federico Salmeri, P.R.T. *c.* G.A.T. Il contenuto della stessa corrisponde a quello del provvedimento del Tribunale di Varese più oltre citato e reperibile *online* e non viene quindi qui riportato.

(4) Non posso qui indicare che alcune fonti di quelle consultabili su un intero libro del codice civile, per il quale si rinvia ai Commentari, scegliendo tra le più recenti edite: Aa.Vv., *Le successioni*, a cura di Enrico del Prato, Bologna 2020; C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.2, le successioni*, cit.; G. Iorio, *Diritto delle successioni*, Torino 2023; A.A. Carrabba, G.W. Romagno, *Le successioni, Parte I. Fenomeno successorio. Successione necessarie e legittime*, cit. Fonti più puntuali verranno indicate con riferimento alle singole questioni.

(5) «La successione in esame si definisce successione necessaria, mentre i legittimari vengono pure indicati con l'espressione 'successori necessari': si vuole indicare, cioè, che la successione opera per previsione legislativa, anche contro la volontà del testatore. La successione necessaria, dunque, è pur sempre una successione legittima, soggetta ai principi

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

Il Tribunale di Varese, con un provvedimento del 2021 (6), emesso in sede di reclamo cautelare, si è pronunciato sull'ammissibilità del sequestro conservativo chiesto dal legittimario totalmente pretermesso. Il ragionamento seguito è stato il seguente: egli non acquista per il solo fatto dell'apertura della successione, ovvero per il solo fatto della morte del *de cuius*, la qualità di erede, potendo conseguire i suoi diritti solo dopo l'utile esperimento delle azioni di riduzione o di annullamento del testamento e quindi dopo il riconoscimento dei suoi diritti di legittimario (7). Solo a seguito dell'esercizio di queste azioni, e all'accoglimento delle relative domande, il legittimario pretermesso potrà utilizzare l'azione petitoria per recuperare i beni ereditari posseduti da altri, azione che, se accolta, comporterà una pronuncia di condanna alla restituzione di tali beni. Sul piano cautelare ciò significa, per il Tribunale di Varese, che sussiste nel caso di specie la strumentalità richiesta per la concessione del sequestro conservativo «quale unica cautela percorribile, posto che il diritto ereditario del reclamante è destinato ormai a sfociare, per la parte del *relictum* abusivamente prelevata, in un diritto di credito». Per semplificare, si trattava di restituire somme di denaro uscite da un conto corrente del *de cuius* cointestato alla moglie, che le aveva trasferite su un proprio conto, disponendo di altre a favore di un figlio a mezzo di assegni bancari.

A sua volta, il Tribunale di Milano (8), richiamando espressamente la precedente pronuncia di quello di Varese, segue lo stesso ragionamento e nega la misura del sequestro conservativo alla legittimaria pretermessa perché, nel caso di specie, non era stata esercitata nel giudizio di merito l'azione petitoria e quindi per difetto della strumentalità della cautela richiesta.

Entrambi i provvedimenti lasciano molto perplessi se letti alla luce della ricostruzione degli strumenti di tutela offerti dal sistema al legittimario, sia o meno pretermesso. Su di essi intendo offrire qualche osservazione

---

previsti per essa»: così G. Iorio, *Diritto delle successioni*, cit., 65 s. Sul punto cfr. anche V. Barba, *La successione dei legittimari*, Napoli 2020, 12 ss.

(6) Trib. Varese, sez. civ. I, ord. 10 marzo 2021, R.G. 40/2021, reperibile *online.*

(7) Per Cass. civ., sez. II, 7 febbraio 2020, n. 2914, il legittimario totalmente pretermesso, proprio perché escluso dalla successione, non acquista la qualità di erede, né la titolarità dei beni ad altri attribuita per il solo fatto dell'apertura della stessa, ovvero per il solo fatto della morte del *de cuius*, potendo conseguire i suoi diritti solo dopo l'utile esperimento delle azioni di riduzione o di annullamento del testamento, e quindi dopo il riconoscimento dei suoi diritti di legittimario.

(8) Con il provvedimento citato a nota 3.

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

per aprire una discussione, senza nessuna pretesa di proporre già soluzioni convincenti.

Comincio dall'esporre le ragioni che di primo acchito non convincono nell'argomentare dei giudici di merito, e per farlo rammento che entrambe le decisioni si fondano su una caratteristica dei sequestri, quella di essere misure cautelari che hanno conservato la strumentalità, con la conseguenza che la loro perdurante efficacia è subordinata all'esercizio dell'azione di merito (*ex* artt. 669 *octies*, comma 1°, e 669 *novies*, comma 1°, c.p.c.), rispetto alla quale svolgono la funzione di assicurarne la fruttuosità.

Il sequestro conservativo, in particolare e com'è noto, si trasforma in pignoramento una volta che sia stata pronunciata la sentenza di condanna esecutiva *ex* art. 686 c.p.c.

Questa misura cautelare può essere chiesta a tutela del creditore che ha fondato motivo di perdere la garanzia del proprio credito, ovvero quella garanzia patrimoniale generica offerta dall'art. 2740 c.c., norma che impone al debitore di rispondere con tutti i suoi beni presenti e futuri all'adempimento delle obbligazioni assunte (9).

Da questi pochi, succinti, ma dirimenti cenni alla disciplina del sequestro conservativo, parrebbe di dover ritenere che l'ambito di applicazione di questa misura non possa in alcun modo riguardare vicende successorie ed in particolare porsi in rapporto di strumentalità con l'azione petitoria come, invece, sembrano ritenere i giudici di merito. Vedremo se questa conclusione non debba essere rivalutata e alla luce di quali considerazioni.

Per il momento e senza scendere nell'esame particolare di quella complessa azione, disciplinata dall'art. 533 c.c. e che prende il nome di petizione di eredità (10), possiamo dire che essa offre tutela all'erede che, in quanto accertato essere tale, è legittimato a chiedere la restituzione di beni ereditari che siano posseduti a titolo di erede o senza titolo alcuno (11).

---

(9) Sul sequestro conservativo v. per tutti P. Pototschnig, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, 5ª ed., Milano 2015, 1 ss.; D. Dalfino, *Il Sequestro giudiziario, Il sequestro conservativo, Il sequestro liberatorio*, in Aa.Vv., *I procedimenti cautelari*, a cura di A. Carratta, Bologna 2013, 481 ss.

(10) Ci limitiamo a rinviare sul punto, oltre alla dottrina da noi citata a nota 4, alla voce enciclopedica di L. Sitzia, *Petizione di eredità*, in *Dig.* disc. *priv. sez. civ, Aggiornamento*, IV, Torino 2013, 490 ss. e alla bibliografia ivi riportata. Si tratta di azione di cui è molto discussa sia la natura, sia la funzione. Sul punto cfr. anche E. Astuni, *sub* art. 533 c.c. *(petizione di eredità*), in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni – Vol. I: artt. 456-564*, Torino 2010, §2 e, più di recente, F. Sangermano, *La petizione di eredità tra regole e dogmi*, Napoli 2019, *passim*, per i profili storici e per la rilevanza sistematica della qualità ereditaria quale oggetto di accertamento.

(11) Si tratterebbe di un'azione di condanna con funzione prevalentemente recupera-

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

Mi pare che, al di là dei problemi che pone la ricostruzione di questa azione e i dubbi che legittima sul suo oggetto, ovvero se in esso sia ricompreso l'accertamento della qualità di erede e se sullo stesso si formi giudicato, questioni che lasciamo per ora indiscusse, non rilevando rispetto al tema, la stessa sia funzionale a recuperare beni riconducibili all'eredità. In altri termini, se è vero che l'esercizio di tale azione non comporta la realizzazione di un litisconsorzio necessario tra gli eredi (12), peraltro mai necessario quando si tratti di un'azione di condanna (13), il recupero del bene potrebbe andare a vantaggio di tutti gli eredi, a meno che non si tratti di un bene già assegnato dal testatore al soggetto che agisce in rivendica (14).

Ma, a ciò si aggiunga che il bene da recuperare deve poter essere oggetto di "possesso" quale potere di fatto sulla cosa corrispondente al diritto di proprietà o ad altro diritto reale.

Alla luce di questa considerazione si potrebbe allora forse ipotizzare che la controversia in questione, tra colui che si afferma erede e colui che possiede il bene a titolo di erede o senza titolo alcuno, possa rientrare nell'ambito di applicazione del sequestro giudiziario (15). Tale misura, di-

---

toria: così A. Proto Pisani, *Petizione di eredità e mero accertamento della qualità di erede*, in *Foro it.* 1961, 2002; L. Sitzia, *Petizione di eredità* cit., 493 ss., ricorda come a partire dal 1984 sia questa la posizione della giurisprudenza.

(12) Oltre a quello che si dirà nella nota seguente, occorre puntualizzare con Astuni, *sub. art 533*, cit., §6, che l'azione può proporsi nei confronti del possessore estraneo alla comunione e che ciascun coerede ha individualmente titolo a difendere i beni ereditari, agendo in petizione, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri coeredi. Per la giurisprudenza citata dall'a., pur se risalente, il possessore sarebbe sempre tenuto alla restituzione dei beni per intero, in quanto appartenenti all'eredità.

(13) L'opinione contraria è assolutamente minoritaria: cfr. sul punto e per tutti C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2022, 342 nota (19).

(14) Precisa E. Astuni, *ult. loc. cit*., che l'erede ha l'onere di individuare specificamente, a pena di nullità della domanda, i beni di cui chiede la restituzione e di provare che essi appartengono all'eredità e sono in possesso del convenuto. Ancora: «La petizione può anzitutto proporsi nei confronti di un altro coerede che abbia il godimento esclusivo dei beni ereditari e ricusi di immettere l'attore nel complesso *pro-indiviso*, vuoi perché assume di essere erede unico e/o contesta all'attore il titolo di coerede, vuoi in via di mero fatto. Nei confronti del coerede, che ha in diritto un pari titolo al possesso del bene reclamato, l'attore non può richiedere – com'è logico – la restituzione del bene, ma soltanto di essere immesso nella *possessio pro-indiviso* dei beni fino allo scioglimento della comunione ereditaria. Va da sé che se il bene reclamato non è oggetto di comunione – perché attribuito specificamente all'attore o dal testatore (a titolo di *institutio ex re certa* o divisione testamentaria) oppure dai coeredi in sede di divisione – l'attore ha titolo a pretendere la consegna alla stessa stregua dell'erede unico».

(15) Su questa misura cautelare cfr.: G. Guarnieri, Il *sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, in Aa.Vv., *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, cit., 65 ss.; D.

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

sciplinata dall'art. 670 c.c., può essere autorizzata dal giudice quando è controversa la proprietà o il possesso di beni mobili o immobili o di altre universalità di beni ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea.

Ragionando sul caso a monte di queste osservazioni, possiamo dire che sia controversa la proprietà o il possesso, anche se si tratta di beni mobili fungibili come il denaro?

Al riguardo giova ricordare come in materia fallimentare sia stata superata l'idea che non possano essere oggetto di rivendica, ai sensi dell'art. 103 l. fall., i beni fungibili, come sono le somme di denaro, purché il titolo della consegna non ne preveda la facoltà d'uso e siano stati conservati separatamente, anche se poi si sono mescolati, dovendosi restituire con coincidenza di genere, qualità e quantità (16).

Si può ricavare da questo orientamento giurisprudenziale un argomento spendibile per sostenere che oggetto del sequestro giudiziario possano essere anche somme di denaro?

Forse sì, se si considera che oggetto di rivendica ai sensi dell'art. 948 c.c., – azione di merito legata da strumentalità a quella cautelare volta ad ottenere il sequestro giudiziario – può essere il riconoscimento della titolarità di somme di denaro confluite in un deposito bancario e individuate nel loro preciso ammontare, dovendosi intendere la rivendica stessa rivolta ad ottenere la restituzione di esse (17).

Ancora e in materia di sequestro liberatorio di somme di denaro divenuto inefficace e obbligo di restituzione del custode, la Cassazione (18) ha precisato che, quando le cose generiche o fungibili sono individuabili, si trasformano in specifiche e possono essere oggetto della procedura esecutiva per rilascio.

Non mancano allora spunti per discuterne: dobbiamo considerare aperta la questione, rispetto alla quale, però, possiamo aggiungere che l'obiezione secondo cui il sequestro giudiziario servirebbe per rendere fruttuosa l'esecuzione in forma specifica, per gli argomenti sviluppati, non sarebbe probante nel caso di specie.

Dalfino, *Il Sequestro giudiziario, Il sequestro conservativo, Il sequestro liberatorio*, in Aa.Vv., *I procedimenti cautelari* a cura di A. Carratta, cit., 425 ss.

(16) Cfr. tra le più recenti: Cass. civ., sez. V, 20 ottobre 2022, n. 31083.

(17) Cass. civ., sez. III, ord. 19 settembre 2019, n. 23330.

(18) Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2006, n. 712.

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

3. – Sono partita da un'analisi critica dei provvedimenti dei giudici di merito in punto di misure cautelari, che necessita ora di essere contestualizzata nel sistema successorio per poterne valutare la tenuta.

Per quanto è dato comprendere dalla lettura del provvedimento milanese, la cui la vicenda successoria, come si è detto, verrà utilizzata come esempio per il nostro ragionamento, essa prende le mosse da una lite insorta tra familiari, alla morte del padre. Più precisamente la figlia del *de cuius* ha intrapreso un'iniziativa giudiziale nei confronti della madre, del fratello e dei figli, di quest'ultimo, lamentando, tra l'altro, la lesione della quota di eredità a lei spettante (19) come legittimaria ai sensi dell'art. 536 c.c. (20).

Nel nostro ordinamento, la tutela dell'istituto familiare passa, infatti, anche attraverso il riconoscimento di diritti successori per coloro che sono legati da rapporti di parentela più prossimi (21): al coniuge, ai figli e agli

---

(19) L'attrice ha proposto una pluralità di domande, formulando delle conclusioni che sono riportate succintamente nel provvedimento: dall'impugnazione del testamento, alla riduzione delle disposizioni lesive della quota di legittima, dall'applicazione delle norme sulla successione legittima, alla divisione ereditaria. Non avendo a disposizione il fascicolo di causa, non posso entrare nel merito di come siano state formulate tali domande e in che ordine, con approccio critico. Tuttavia, affronterò la questione del cumulo nel prosieguo. V. *infra* il §7.

(20) V. subito nel testo e nelle note.

(21) S. Delle Monache, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. Not*. 2007, 815 ss., ricorda che la *ratio* delle disposizioni sulla legittima andrebbe ricercata nell'esigenza di solidarietà tra i congiunti più stretti (a nota 5 l'a. cita la dottrina al riguardo). Si tratterebbe però non di una solidarietà economica, ma di una solidarietà degli affetti. Sul tema si è molto discusso: cfr. in argomento G. Amodio, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, ivi, 803 ss.; F. Gazzoni, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.* 2006, 3 ss., voce molto critica nei confronti della successione necessaria; L. Gatti, Memento mori. *La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam., pers. e succ.* 2007, 540 ss.; G. Bonilini, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, ivi, 581 ss.; M. Cinque, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.* 2011, 493 ss.; E. De Belvise, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Napoli 2013, *passim*; A. Semprini, *La progressiva erosione della legittima in natura*, in *Dir. fam. e delle pers.* 2017, 1054 ss., critica il sistema della successione necessaria che, in assenza di effettivi bisogni della famiglia, lede l'autonomia privata del *de cuius* e la certezza dei traffici giuridici. Più di recente cfr.: A.M. Garofalo, *La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative*, in *Riv. crit. dir. priv*. 2021, 61 ss.; G. Di Lorenzo, *La successione necessaria nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice* civile, in *Nuova giur. civ*. 2020, 188 ss.; A. Spatuzzi, *Verso una successione diversamente «necessaria»*, in *Not.* 2019, 401 ss.; V. Barba; *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni*, in Aa.Vv., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Tomo I, a cura di G. Perlingeri e A. Fachechi, Napoli 2017, 97 ss., auspica un'importante revisione legislativa della disciplina della tutela dei legittimari, «almeno in termini di riduzione delle quote di riserva, di trasformazione della tutela dei legittimari da reale a meramente obbligatoria (n.d.a. sul punto ci intratterremo oltre), di

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

ascendenti l'art. 536 c.c. (22) riserva «una quota di eredità (23) o altri diritti nella successione» (24) che non possono essere pregiudicati dalla libertà del *de cuius* di disporre del proprio patrimonio con atti di donazione (25) e/o di ultima volontà e quindi con il testamento (26).

Ai legittimari la legge garantisce in via successoria una quota della «massa» formata dai beni ereditari, e quindi dai beni appartenenti al defunto al tempo della morte, cd. *relictum*, e dai beni donati in vita dal defunto (27), cd.

---

ammissibilità di una diseredazione del legittimario per violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius*». In quest'ottica, occorrerebbe recuperare la centralità della persona umana quale chiave del diritto successorio, e quindi quella dell'autonomia privata e dell'atto di ultima volontà come strumento di realizzazione della dignità della persona.

(22) In virtù dell'art. 1, comma 21°, della legge 20 maggio 2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal capo X del titolo I *Dei legittimari*.

(23) A. Semprini, *La progressiva erosione della legittima*, cit., 1054 ss., dopo aver ricordato l'origine della quota di legittima, che deriverebbe dalla fusione della legittima romana con la riserva germanica, precisa che il concetto di legittima in natura esprimerebbe il principio che attribuisce al legittimario non un diritto ad un mero valore, ma un diritto ad una quantità di beni dell'asse, recuperati in natura da chiunque li abbia acquistati, con grande disagio per la certezza dei traffici giuridici. La questione verrà trattata *infra* al §4.

(24) Sul significato di questa espressione normativa v. *infra* la nota 53.

(25) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino 2003, 102, osserva come il limite opera non solo con riferimento all'aspetto testamentario, ma anche con riferimento alle donazioni che eccedono la quota disponibile, posto che l'art. 555 c.c. stabilisce che «le donazioni, il cui valore eccede la quota della quale il defunto poteva disporre, sono soggette a riduzione fino alla quota medesima. Le donazioni non si riducono se non dopo aver esaurito il valore dei beni cui è stato disposto per testamento».

(26) La legittima viene ricostruita come diritto successorio che spetta inderogabilmente agli stretti congiunti anche contro la volontà del defunto. Per C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.2, le successioni*, cit., 188, esso avrebbe come contenuto il potere di acquisire direttamente o mediante azione giudiziaria beni dell'eredità o donati dal defunto fino alla concorrenza del valore della legittima. Anche per Bianca il diritto di legittima non sarebbe diritto su determinati beni del defunto, ma diritto ad una quota di valore del patrimonio ereditario. Su come si debba calcolare questa quota cfr. *infra*.

(27) Così C.M. Bianca, cit., 194, secondo il quale questa somma formata fittiziamente dal valore dei beni relitti più il valore dei beni donati prende il nome di massa. «La quota di legittima è una quota della massa. Per determinare la legittima spettante in concreto ai legittimari occorre calcolare il valore dei beni ereditari (relitti), e cioè dei beni appartenenti al defunto al tempo della morte. Dal valore così calcolato si detrae l'ammontare dei debiti ereditari e si aggiunge il valore dei beni donati (anche ai legittimari) dal defunto». Cass. civ., sez. II, 5 maggio 2022, n. 14193, precisa che la riunione fittizia è operazione sempre necessaria ai fini del calcolo della disponibile *ex* art. 556 c.c., non solo quando si eserciti l'azione di riduzione, ma anche quando vi sia un concorso di eredi legittimari e uno di essi abbia anche ricevuto la quota disponibile; che sono assoggettate alla stessa tutte le donazioni a chiunque fatte, indipendentemente dalla qualità di congiunto, di erede o di estraneo del donatario; che la dispensa dalla collazione sottrae il donatario dal conferimento, ma non importa l'esclusione del bene donato dalla riunione fittizia ai fini della determinazione della

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

donatum, anche agli stessi legittimari (28), sottratti i debiti (29). Si tratta di una quota della massa, così ricostruita, espressa in termini di frazione, che varia in considerazione del concorso tra i diversi legittimari (30).

Nel caso di specie, il *de cuius* ha lasciato disposizioni testamentarie ed effettuato donazioni la cui efficacia è subordinata al rispetto delle quote fissate nell'art. 542 c.c., norma che disciplina il concorso del coniuge con i figli, disponendo che, quando essi siano più di uno, come nella vicenda in questione, al coniuge spetta un quarto del patrimonio del defunto e ai figli la metà. Dunque, e per quanto qui rileva, essendo essi in due, un quarto per uno, mentre la quota rimessa alla libera disponibilità del defunto ammontava ad un quarto del patrimonio ricostruito ai sensi dell'art. 556 c.c. (31).

---

porzione disponibile. Ricordo al riguardo che ai sensi dell'art. 737, comma 1°, c.c., «i figli e i loro discendenti ed il coniuge che concorrono alla successione sono tenuti a conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente, salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati». Sul punto cfr. E. Damiani, *La collazione*, in Aa.Vv., *Le successioni*, a cura di Enrico del Prato, cit., 673 ss.; G.W. Romagno, in A.A. Carrabba, G.W. Romagno, *Le successioni, Parte I. Fenomeno successorio. Successione necessarie e legittime*, cit., 105. Quanto ai debiti ereditari, per L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu, Messineo, Mengoni, XLIII, 1.2, 4ª ed., Milano 2000, 203, si tratterebbe dei debiti trasmissibili del defunto e quelli che sorgono in conseguenza della sua morte. «Il valore dei beni relitti e il valore dei beni donati devono essere determinati con riferimento al tempo dell'apertura della successione»: così Cass. civ., sez. II, 14 marzo 2022, n. 8174. Quanto ai debiti del defunto Cass. civ., sez. II, 9 novembre 2021, n. 32804, ha precisato che devono essere attuali e certi, per cui quello derivante dalla fideiussione prestata dal *de cuius* è detraibile se e nella misura in cui sia dimostrata l'insolvibilità del debitore garantito o l'impossibilità di esercitare l'azione di regresso. Sulla riunione fittizia v. anche *infra.*

(28) In questo caso la donazione si considera un'anticipazione della legittima e i legittimari devono imputare alla loro quota quanto hanno ricevuto dal defunto in virtù di donazioni e legati, salvo che ne siano stati espressamente dispensati, ai sensi degli artt. 553 in fine e 564, comma 2°, c.c.

(29) Sull'oggetto della quota di legittima cfr. M. Proto, *Sulla soddisfazione del legittimario con beni estranei alla massa ereditaria*, in *Studi in onore di Nicola Picardi* a cura di A. Briguglio, R. Martino, A. Panzarola e B. Sassani, Pisa 2016, Tomo III, 2087 ss.

(30) Sul punto v. *infra.* Per il momento si rinvia a A. Tullio, *Il calcolo della legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, Milano 2009, 401 ss.

(31) Osserva G.W. Romagno, *Il rapporto tra il divieto stabilito dall'art. 549 e l'azione di riduzione. Ricognizione del sistema alla luce dell'asserita autonomia del mondo testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023, 1275 ss., come il patrimonio determinato ai sensi dell'art. 556 c.c. di un soggetto che lascia dei legittimari ai quali la legge riserva una quota di eredità *ex* art. 536 c.c. si divida idealmente in due parti, la porzione di legittima cd. indisponibile e per sottrazione aritmetica la quota di cui il defunto poteva liberamente disporre. L'a. cita per tutti A. Palazzo, *Le successioni*, 2ª ed., vol. II, Milano 2000, 520, secondo il quale «il sistema di calcolo fissato dal nostro ordinamento si basa sulla legittima e non sulla disponibile ... Calcolata la legittima con le tre operazioni previste dall'art. 556 è possibile ricavare indirettamente e come operazione di risulta la disponibile che è elastica e

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

4. – La questione che le norme citate pongono, in primo luogo, è allora quella di chiarire la natura di questa «quota di patrimonio», o meglio di quale genere di diritto essa sia espressione lessicale, al fine di poter poi ricostruire più correttamente le tutele, ed in particolare quella cautelare.

Ed infatti, se per lungo tempo si è detto che questa quota ha natura «reale», avendo ad oggetto una parte dei beni del *de cuius*, alla luce della più recente normativa si è ritenuto di poter affermare che oggi essa corrisponde ad una quota di «valore» (32). Cosa vi è dietro questo diverso modo di qualificare la quota (33)?

Con riferimento al primo attributo, si è parlato di legittima come del diritto ad una porzione di beni, di valore corrispondente ad una certa frazione della massa, costituita dal patrimonio complessivo netto del *de cuius* (34). Il legittimario avrebbe, dunque, un diritto ad una certa quantità dei beni dell'asse (35), recuperabili in natura attraverso quel complesso meccanismo giudiziale, costituito dall'azione di riduzione in senso stretto (36),

---

varia in ragione inversa del valore delle donazioni fatte a estranei o agli stessi legittimari con espressa dispensa all'imputazione»: sul punto v. *infra*.

(32) Sul punto può essere interessante ricordare, per quanto più oltre si dirà, il *trend* normativo messo in luce da M. Ilva, *La tutela dei legittimari: oscillazioni tra contrapposte istanze sociali*, in *Riv. not.* 2017, 207 ss. Ed infatti l'a. si occupa delle fattispecie normative che hanno trasformato la tutela reale dei legittimari in tutela di un valore economico. Si tratta della riforma delle società di capitali, che ha introdotto le clausole di predisposizione successoria negli artt. 2355 *bis*, comma 3°, e 2469, comma 2°, c.c., norme che convertono i diritti dei legittimari da diritti sulla partecipazione societaria, ossia sui beni ereditari, in diritti al controvalore economico di tali beni; della novellazione degli artt. 561 e 563 c.c., attraverso la quale si è attenuata la retroattività reale dell'azione di riduzione (sul punto cfr. *infra*); del patto di famiglia, che consente, prima dell'apertura della successione, di convertire i diritti dei legittimari sui beni produttivi destinati ad entrare nel patrimonio ereditario in diritti di credito al controvalore economico degli stessi al momento della conclusione del contratto, con conseguente disattivazione del meccanismo di collazione e riduzione (anche su questo v. *infra* e la nota 41).

(33) Per un'analisi comparatistica che propone l'introduzione nel nostro ordinamento del diritto di commutazione per volontà del testatore, – disciplinato in Spagna ed istituto per il quale la trasformazione dei beni ereditari in denaro è una facoltà del testatore-, come risposta a coloro che prospettano una trasformazione della legittima in valore, attribuendo ai legittimari un mero diritto di credito nei confronti dell'eredità cfr.: P. De Martinis, *La legittima in denaro non ereditario*, *Per una moderna teoria della commutazione*, Napoli 2019, *passim*.

(34) Così A. Torroni, *Parere* pro veritate. *Sugli effetti civilistici e tributari di un accordo di reitegrazione della legittima*, in *Riv. not*. 2023, 395 ss., il quale richiama a nota 2 S. Delle Monache, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano 2008, 33 ss.

(35) L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, parte speciale, successione necessaria*, cit., 97.

(36) G. Pardi, *Il legittimario pretermesso tra azione di riduzione e collazione*, in *Giust.*

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

dall'azione di restituzione, esercitabile nei confronti del donatario, dell'erede o del legatario, e da quella di restituzione contro i terzi aventi causa da loro (37). Mentre le prime due azioni sarebbero azioni personali perché esercitabili solo nei confronti dei soggetti destinatari delle disposizioni del *de cuius*, siano essi i donatari, gli eredi o i legatari, l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti è un'azione reale (38). Essa, infatti, in applicazione del brocardo *resolutio iure dantis resolvitur et ius accipientis*, «consente al legittimario di opporre il suo diritto ad ogni eventuale terzo avente causa e di recuperare da chiunque il bene in natura, libero da qualsiasi peso o ipoteca» (39).

Gli inconvenienti determinati da questa disciplina sul piano della certezza dei traffici giuridici sono evidenti, giacché essa scoraggia gli acquisti di beni provenienti da donazioni (40). Per quanto essi siano stati da tempo

---

civ. 2011, 218 ss., ricorda che secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria il legittimario pretermesso non partecipa alla comunione ereditaria e ha l'onere di agire in riduzione se vuole conseguire i beni che sono stati lasciati con testamento, vuoi con istituzione di erede, vuoi con attribuzione di legati. Su questa azione v. da ultimo A. Chizzini, *Sulla discussa natura dell'azione di riduzione. Note tra diritto sostanziale e processo*, § 9, in corso di pubblicazione su questa Rivista e consultato in bozze con il consenso dell'autore, che dichiara fin da subito di non volersi occupare della finitima azione di restituzione contro i beneficiari delle disposizioni ridotte e neppure di quella contro i terzi acquirenti, della quale, invece, si fa cenno subito nel testo. Chizzini concentra la sua attenzione sulla ricostruzione della natura dell'azione. Diversamente da quanto ritenuto dalla dottrina maggioritaria, per l'a. si tratterebbe di un'azione di mero accertamento. Sarebbero l'operatività degli effetti dell'azione di riduzione, che retroagiscono al momento dell'apertura della successione, la tipicità della tutela costitutiva e «l'affermata efficacia *ex lege* della vocazione ereditaria (nell'escludere logicamente il rilievo della sentenza nella fattispecie costitutiva della vocazione) ad indurre ad affermare che l'azione di riduzione sia di mero accertamento, in quanto volta ad accertare una specifica situazione soggettiva che si radica in capo al legittimario al momento dell'apertura della successione, in ragione dell'operare della cd. vocazione necessaria».

(37) A. Semprini, *La progressiva erosione della legittima in natura*, cit., 1054, spec. § 3 e 4.

(38) Secondo U. Perfetti, *Legittimari*, in Aa.Vv., *Le successioni* diretto da E. del Prato, cit., 201, le azioni sarebbero due, quella di riduzione e quella di restituzione, quest'ultima dovendosi considerare unitariamente in quanto ciò che varia sarebbe solo la legittimazione passiva.

(39) A. Semprini, *La progressiva erosione*, cit., § 3. Per A. Chizzini, *Sulla discussa natura dell'azione di riduzione*, cit., § 8, il tema degli effetti dell'azione di riduzione sarebbe, come si è visto sopra, determinante nel senso che gli effetti retroattivi reali retroagirebbero al momento dell'apertura della successione non solo nei confronti delle parti, ma anche dei terzi, come confermato espressamente dall'art. 561 c.c. che affranca gli immobili restituiti al legittimario da ogni peso o ipoteca

(40) Su questi rischi cfr.: F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova 2009, 705; F. Magliuolo, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Not.* 2002, I, 93 ss.; al riguardo U. La Porta. *Azione di riduzione di donazioni indirette lesive della legittima e azione*

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

messi in luce dalla dottrina, che ha suggerito il superamento della legittima quale quota in natura dei beni del *de cuius* (41), la questione è ancora aperta e merita allora qualche osservazione.

Così, può essere utile ricordare come, confortata da indici normativi (42), accompagnata dalla voce del notariato, e sulla base della spinta comunitaria, si stia in effetti diffondendo l'idea che il legittimario vanti un diritto di credito nei confronti dell'eredità, e che invece di diritto alla «legittima in natura» si debba parlare appunto di diritto alla «legittima in valore» (43).

D'altra parte, la quota di eredità non può certamente consistere nella pretesa di determinati beni se il nostro sistema riconosce al testatore la possibilità di disporre del suo patrimonio come crede, attribuendo i propri beni secondo il suo volere, purché nel rispetto delle quote di legittima. Ed infatti, ai sensi dell'art. 588, comma 2°, c.c., il testore può indicare beni determinati o un complesso di beni assegnandoli come quota del patri-

---

di restituzione contro il terzo acquirente dal donatario. Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c. in *Riv. not.* 2009, 951 ss., aveva proposto di modificare la disciplina dell'azione di riduzione quale impugnativa dotata di efficacia retroattiva reale in modo da rendere il giudicato di riduzione inopponibile ai terzi aventi causa dal destinatario dell'attribuzione eccessiva. Peraltro, per mitigare i timori di chi acquista un bene pervenuto al venditore a titolo di donazione, il d.lgs. n. 35 del 2005, convertito in l. n. 80 del 2005, ha novellato gli artt. 561 e 563 c.c. sui quali cfr. G. Iorio, *Diritto delle successioni*, cit., 74. E così qualora l'azione di riduzione e la correlata azione di restituzione siano accolte, il beneficiario della disposizione testamentaria o il donatario devono restituire in tutto o in parte il bene. Se si tratta di bene immobile esso viene restituito libero da ogni peso o ipoteca di cui il legatario o il donatario li avesse gravati, salvo che l'azione di riduzione sia stata esercitata dopo vent'anni dalla trascrizione della domanda, nel qual caso restano efficaci, con obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari in ragione del minor valore del bene, purché la domanda sia proposta entro dieci anni dall'apertura della successione. La restituzione può essere chiesta anche agli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione, che sono tenuti alla restituzione se non sono trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione. Peraltro, il terzo acquirente può liberarsi dell'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in denaro. Tali termini possono essere sospesi dal coniuge o dai parenti in linea retta che abbiano notificato e trascritto nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione. Su questa opposizione e sulla sua natura v. *infra*.

(41) Cfr. il capitolo IV *Sulla progressiva erosione della legittima in natura* della monografia di A. Semprini, *La legittima per equivalente*, Napoli 2020, ove contenuta una attenta analisi degli indici normativi e giurisprudenziali che funzionano da "indizi" di questo superamento in atto del modo classico di concepite la legittima. Il capitolo successivo è dedicato ai profili comparatistici in tema di tutela dei legittimari ed alle prospettive di riforma.

(42) V. *supra* le note 32 e 41.

(43) Sul punto cfr. I. Dhimagjini, *Azione di riduzione tra tradizione e futuro. Ancora «baluardo» del diritto alla legittima?*, in *Ricerche giuridiche* II, 1, suppl. 2013, 379 ss. ove citate le proposte di riforma del Consiglio Nazionale del Notariato dell'ottobre 2011.

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

monio ad un singolo erede che acquista a titolo universale. Così come il testatore può provvedere lui stesso a dividere i beni tra gli eredi, comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile ai sensi dell'art. 734 c.c.

Da ciò si può ricavare che i legittimari non possono vantare alcun diritto nei confronti di singoli e determinati beni del *de cuius*, potendo ben essere esclusi dalla comunione ereditaria che sugli stessi si forma tra gli eredi, ad alcuni dei quali, come ricordato, tali beni potrebbero, inoltre, già essere stati assegnati dallo stesso testatore.

Peraltro, se non sempre all'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione e di quella di restituzione conseguirà il risultato di recuperare il bene, sarà di una somma di denaro che il legittimario dovrà accontentarsi.

E così, e ai sensi dell'art. 563, comma 3°, c.c., in caso di azione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione, il terzo acquirente può liberarsi dell'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in denaro (44).

Ancora, e ai sensi dell'art. 560 c.c., in caso di riduzione del legato e della donazione di immobili, il comma 2° della norma citata prevede la possibilità per il legatario o il donatario, che si trovino nella condizione indicata, di ritenere tutto l'immobile compensando in denaro i legittimari.

Questi indici normativi possono essere utilizzati per superare la difficoltà di ricostruire sul piano sostanziale il diritto vantato dal legittimario, se interpretati e riportati a sistema secondo le più recenti indicazioni del legislatore, anche a livello comunitario (45).

Ciò consentirebbe di offrire una configurazione più moderna e agevole della situazione giuridica soggettiva in capo al legittimario, corrispondente all'equivalente in denaro di una frazione della massa ereditaria (46). Affido questa suggestione al dibattito che intendo sollecitare.

Se così fosse, se ne potrebbero trarre conseguenze anche sul piano delle tutele ed in particolare di quella cautelare. Ed infatti, se in ultima

---

(44) V. *supra* la nota 40.

(45) Sul più recente *trend* normativo v. le note 32 e 41.

(46) A. Bucelli, *Dei Legittimari*, in *Il codice civile Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano 2012, 81, afferma che il diritto del legittimario, che potrebbe essere soddisfatto solo con donazioni, non sembra necessariamente diritto ad una quota di eredità, potendosi convertire in credito, e ancora a p. 85 rileva, sulla base degli indici che ne escluderebbero la realità, quale la prescrizione decennale dell'azione di riduzione, che si tratta di un diritto di credito da far valere nei confronti dei soggetti della successione. Sul tema della prescrizione dell'azione di riduzione v. A. Chizzini, *Sulla discussa natura dell'azione di riduzione*, cit., § 13.

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

istanza il diritto del legittimario si traduce in un diritto ad ottenere una somma di denaro, dovrebbe essergli consentito tutelarlo nella forma del sequestro conservativo. Lasciamo aperta la discussione sul punto, non prima di aver nuovamente ricordato che i sequestri sono misure cautelari per le quali il legislatore ha mantenuto intatta la strumentalità e quindi lo stretto legame con l'azione di merito che deve essere esercitata pena l'inefficacia del provvedimento, ma anche quanto già si è detto sull'azione di rivendica e sul suo possibile oggetto (47).

Peraltro, e posto che prima dell'apertura della successione il legittimario non vanta alcuna situazione giuridica soggettiva tutelabile, neppure qualificabile in termini di aspettativa, l'eventuale richiesta del sequestro non potrebbe che collocarsi nell'ambito del giudizio di merito promosso dal legittimario, dopo la morte del *de cuius*, per far valere la lesione della quota a lui riservata.

Ed infatti, in dottrina si afferma che prima dell'apertura della successione nessun diritto spetta agli eventuali successibili, né come pretesa sull'eredità e neppure come aspettativa giuridica (48). Seppure la legge riconosca agli stretti congiunti una quota del patrimonio del defunto, il diritto dei legittimari sorge solo quando si apre la successione al momento della morte del *de cuius*, che potrebbe fino all'ultimo disporre dei suoi beni con il testamento, atto sempre revocabile.

I legittimari non potrebbero impugnare gli atti di disposizione, né chiedere atti conservativi o cautelari proprio perché essi non avrebbero alcun diritto sull'eredità prima dell'apertura della successione, come del resto anche i successori legittimi e gli eventuali designati nel testamento.

Ciò spiega perché ai sensi dell'art. 460 c.c. le iniziative *lato sensu* conservative della massa ereditaria sono rimesse ai cd. chiamati all'eredità, che tali sono solo dopo l'apertura della successione.

Tuttavia, richiamando gli indici normativi ai quali si è fatto cenno e che suggerirebbero la trasformazione della quota di riserva in quota di valore, occorre qui anche citare la disciplina del patto di famiglia perché essa avrebbe fatto acquistare all'aspettativa puramente di fatto dei legittimari un'eccezionale rilevanza giuridica, che potrebbe dunque trovare riconoscimento anche in sede cautelare (49).

---

(47) V. *supra* il § 2.

(48) C.M. Bianca, *successioni*, cit., 31.

(49) Sull'attualizzazione dei diritti di legittima attraverso il patto di famiglia cfr. A. Bucelli, *Dei Legittimari*, in *Il codice civile Commentario*, cit., 32 e 68.

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

Ricordo al riguardo che si tratta di quell'istituto previsto dagli artt. 768 *bis* ss. c.c., introdotto dalla l. n. 55/2006 per tutelare la continuità dell'impresa. E così l'imprenditore può con un contratto trasferire in tutto o in parte l'azienda o le proprie quote ad uno o più dei discendenti, i quali devono liquidare gli altri legittimari che partecipano allo stesso con il pagamento di una somma corrispondente alla quota di cui all'art. 536 c.c., che può essere data anche in natura. I beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti, non assegnatari dell'azienda, sono imputati alla quota di legittima. Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione (50).

Prescindendo dalle discussioni sulla struttura del contratto in parola e sulla sua natura giuridica, mi pare che sia indubitabile che attraverso la stipulazione dello stesso si consenta di anticipare e di dare attuazione alle aspettative successorie sull'azienda di alcuni dei legittimari.

Il trasferimento dell'azienda è immediato e dunque precede la morte dell'imprenditore. Quelle aspettative successorie che stanno in capo ai legittimari trovano in questo caso fonte costitutiva nel contratto e saranno quindi azionabili giudizialmente, e tutelabili anche in via cautelare.

D'altra parte, funzione cautelare si riconosce al diritto di opporsi alla donazione attribuito al coniuge e ai parenti in linea retta del donante dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 (51). Al riguardo in dottrina si è osservato che questo diritto assegna a chi acquisterà la veste di legittimario, nella futura successione, uno strumento di tutela anticipata e cautelare della quota di riserva «ed esprime un potere che non può non specchiarsi in una situazione giuridica di appartenenza senz'altro più solida della semplice aspettativa di fatto» (52).

5. – L'art. 536 c.c., norma di cui mi sto occupando, pone un'altra questione che può suscitare l'attenzione del processualista. Il legislatore si è espresso, a proposito della riserva ai legittimari, in termini di «quota di eredità», in contrapposizione a quella di «altri diritti nella successione» (53). Il termine «quota di eredità», quale oggetto tutelato dall'art.

---

(50) Sull'istituto cfr. G. Iorio, *Diritto delle successioni*, cit., 108 ss.

(51) Sulle modifiche apportate da questa legge agli artt. 561 e 563 c.c. v. *supra* la nota 40.

(52) U. Perfetti, *Legittimari*, in *Le successioni* a cura di E. del Prato, cit., 160.

(53) Osserva V. Barba, *La successione dei legittim*ari, cit., 56, che la distinzione «quota di eredità» e «altri diritti» posta nell'art. 536 c.c. ha avuto una certa importanza sistematica dal 1942 e sino alla riforma del diritto di famiglia del 1975, quando al coniuge, pur legittimario, si riconosceva una quota di patrimonio in usufrutto, ma mai la possibilità di

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

536 c.c., sembra alludere ad una situazione soggettiva complessa alla quale ricondurre non solo una frazione del patrimonio del *de cuius*, nella sua ricostruzione già vista, ma prima ancora la qualifica di *erede* dello stesso. In altri termini, la questione che allora si pone è la seguente: il legittimario pretermesso può altresì vantare la «qualità» e/o lo *status* di erede (54)?

Alla luce della disciplina vigente si dovrebbe dire che così non è. Ed infatti, ai sensi dell'art. 551 c.c. è possibile che al legittimario sia lasciato un legato che, se preferito dallo stesso alla legittima, pur quando di valore inferiore, non gli consente di acquistare la qualità di erede (55).

---

divenire erede, neppure agendo in riduzione. Essa avrebbe conservato una certa utilità per distinguere i casi nei quali il legittimario, escluso dalla successione e leso, può acquistare la qualità di erede, e quelli in cui ciò non accade, come quando il legittimario consegue le attribuzioni patrimoniali a lui riservate attraverso lo strumento del legato.

(54) In estrema sintesi si può ricordare che diverse sono le opinioni della dottrina in merito alla posizione giuridica del legittimario. Quella di tradizione di *droit coutumier*, riconducibile all'istituto della *réserve*, identifica nel legittimario un erede *ipso iure* chiamato alla successione anche se pretermesso. Quella di derivazione romanistica vede nella l*egitima* una *pars bonorum* e quindi il legittimario pretermesso non diventa erede, ma può acquisire una certa quantità di beni attraverso l'azione di riduzione che, secondo la terza opinione, oggi prevalente, se vittoriosa, fa acquisire anche la qualità di erede. Così, tra i molti, per U. La Porta, *Azione di riduzione di donazioni indirette lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal donatario*, cit., 951 ss., il legislatore designa un sistema di tutela della legittima che consente al soggetto leso di ottenere l'accertamento della lesione attraverso l'azione di riduzione, per integrare la quota ereditaria a lui dovuta, e ciò in due modi a seconda che il legittimario sia stato totalmente pretermesso, nel qual caso la sentenza di riduzione costituirà in suo favore il titolo per adire l'eredità ottenendo la delazione mancante, o soltanto leso quantitativamente nei suoi diritti di legittima, nel qual caso la sentenza di riduzione integrerà quanto a lui spettante sulla base della chiamata comunque prodottasi in suo favore: cfr. nota 10. A. Chizzini, *Sulla discussa natura*, cit., § 10, riconoscendo natura di accertamento all'azione di riduzione, arriva a sostenere, invece, che il legittimario sia "delato" dal momento dell'apertura della successione senza che si debba attendere la positiva conclusione del processo in cui è stata esercitata l'azione stessa.

(55) D. Lapis, *Legato in sostituzione di legittima e tutela dei creditori: riflessioni a margine di recenti indirizzi giurisprudenziali e dottrinali*, in *Riv. not.* 2023, 819 ss. a nota 4, afferma che per consolidata dottrina deve ritenersi ricorrente la fattispecie del legato sostitutivo ogni qualvolta il legittimario sia nel contempo beneficiario di un lascito particolare e pretermesso dalla chiamata ereditaria. *Contra* C.M. Bianca, *Le successioni*, cit. 214, secondo il quale il legittimario, al quale sia stato attribuito un legato in sostituzione di legittima, non deve necessariamente essere stato pretermesso dal testatore. Per Cass. civ., sez. II, 6 luglio 2022, n. 21435, «al fine della configurabilità del legato in sostituzione di legittima occorre che risulti l'intenzione del testatore di soddisfare il legittimario con l'attribuzione di beni determinati senza chiamarlo all'eredità. In difetto di tale volontà, la cui ricerca va svolta nel testamento attraverso, *mutatis mutandis*, gli strumenti di ermeneutica contrattuale, il legato deve ritenersi in conto di legittima». Conforme Cass. civ., sez. II, 19 novembre 2019, n. 30082, in *Giust. civ. Mass.* 2020. Sulla differenza tra le due figure cfr. Bianca, *ult. loc. cit*. e la nota successiva e V. Barba, *La successione dei legittimari*, cit., 243 ss.

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

Per quanto, infatti, diverse siano le opinioni della dottrina sulla natura giuridica dell'istituto del legato sostitutivo della legittima (56), esse convergono nel riconoscere come attraverso lo stesso il legislatore abbia messo a disposizione del *de cuius* uno strumento che consente una liquidazione alternativa dei diritti dei legittimari (57), ai quali, però e in considerazione dell'intangibilità della legittima, è lasciata la possibilità di rinunciare al legato e di agire per la tutela giudiziale degli stessi (58). Ma il 2° comma della norma citata lascia intendere che il legittimario possa eventualmente lamentare solo una lesione sul piano patrimoniale, ricollegando al conseguimento del legato la perdita del diritto di «chiedere un supplemento nel caso in cui il valore del legato sia inferiore a quello della legittima».

D'altra parte, è ben possibile che il legittimario abbia visto pienamente riconosciuto il suo diritto ad una quota del patrimonio attraverso liberalità eseguite in vita dal *de cuius* (59). Anche in questo caso egli non avrebbe

---

(56) Su questa figura cfr. M. Ferrario Hercolani, *Il legato in sostituzione di legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, cit., 325 ss. Così G. Schiavone, *Il legato in luogo di legittima: modalità di acquisto e ambito della funzione sostitutiva*, in *Fam*. 2006, 215 ss., ritiene che il legato sostitutivo più che una modalità di attribuzione della legittima sia uno strumento lasciato a disposizione del testatore per determinare, sia pure con il consenso del legittimario, un'alternativa al sistema legale della riserva. L'onorato è in grado di paralizzare l'operatività della disposizione, ma se non lo fa essa esplica tutti i suoi effetti. Il legato sostitutivo può gravare anche sulla quota disponibile e dunque non è «quota di riserva». È una disposizione a titolo particolare in senso proprio alla quale è estraneo il divieto di pesi o condizioni di cui all'art. 549 c.c. Per l'a. parlare di «intangibilità qualitativa» della legittima significherebbe solo che la legittima deve essere soddisfatta con beni ereditari. Il legato sostitutivo non sarebbe soggetto a questa regola e dunque potrebbe essere anche di carattere obbligatorio e quindi consistere in un credito pecuniario verso gli eredi o consistere in un legato di cosa altrui. Ci sono peraltro diverse figure di legato: quella di cui all'art. 564, comma 2°, c.c., che si ha quando il testatore vuole attribuire il lascito particolare in aggiunta ai diritti di legittima e a tal fine dispensa il legittimario dall'imputazione *ex se*. La figura del legato in conto di legittima si caratterizza per la possibilità lasciata al legittimario di conseguire per intero la legittima. (Su questa figura cfr. G. Iudica, *Il legato in conto di legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, cit., 347 ss.). Quanto all'acquisto del legato sostitutivo, esso avverrebbe automaticamente alla morte del *de cuius*, salva la facoltà del legittimario di rinunciarvi, come previsto dall'art. 649 c.c. Trattenendo il legato il legittimario rinuncia a conseguire la legittima e quindi a far valere il proprio diritto potestativo alla riduzione delle disposizioni lesive. La mancata rinuncia al legato sarebbe «elemento impeditivo dell'esercizio dei diritti di legittimario».

(57) *Ex* art. 551 c.c. al testatore sarebbe data la possibilità di sostituire l'aspettativa del legittimario alla riserva con un altro diritto particolare di fonte testamentaria.

(58) V. l'a. *supra* citato a nota 56 e la sua nota 77 per i riferimenti bibliografici. Egli conclude nel senso che il lascito *ex* art. 551 c.c. svolga una funzione meramente conformativa del diritto di legittima, in piena coerenza con l'inquadramento dell'istituto tra le deroghe al principio della sua intangibilità.

(59) V. *supra* la nota 46 e V. Barba, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle*

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

nulla da vantare nei confronti della massa ereditaria e dunque non potrebbe agire fruttuosamente in riduzione (60), azione attraverso la quale il legittimario pretermesso acquisterebbe la qualità di erede (61).

Ma siamo certi che il legittimario non possa avere interesse a che sia accertata la sua qualità di erede, anche in assenza della violazione dei suoi diritti patrimoniali, riconducibile alla nozione di quota di eredità, comunque la si voglia intendere?

Questa qualità può essere ricondotta alla nozione di *status* (62), quale possibile oggetto di un'azione dichiarativa, in quanto tale atipica e sempre esercitabile in presenza dell'interesse ad agire?

Quale potrebbe essere tale interesse?

In altri termini, la domanda che dobbiamo porci è la seguente: il legittimario pretermesso può avere interesse, quale parente prossimo, ad essere considerato erede (63) rispetto a disposizioni testamentarie che non hanno propriamente un contenuto patrimoniale (64)?

---

successioni, cit., 107; Id., *La successione dei legittimari*, cit., 26, 61. Per P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1981, 891, nell'art. 564 c.c. si manifesterebbe l'idea che il legittimario ha solo il diritto a una porzione di beni di un certo valore, e non anche il titolo di erede.

(60) Per Cass. civ., sez. II, 13 luglio 2023, n. 20138, la deduzione da parte del convenuto, della necessità di imputare alla legittima le donazioni ricevute in vita dall'attore in riduzione, costituisce eccezione in senso lato, e come tale il suo rilievo non è subordinato alla tempestiva e specifica eccezione di parte, ma può essere sollevata d'ufficio dal giudice, anche in grado d'appello, purché i fatti risultino documentati *ex actis*.

(61) Ma v. *supra* la nota 54.

(62) *Contra*: R. Nicolò, voce *Erede (dir. priv.)*, in *Enc. del Dir.* XV, Milano 1966, 197, che definisce la posizione dell'erede qualità giuridica personale inscindibile dal soggetto e indipendente dai suoi rapporti giuridici che formano il contenuto dell'eredità; P. Schlesinger, *La petizione di eredità*, Torino 1956, 161 nota 38, per il quale la qualità di erede sarebbe un'espressione abbreviata per indicare il soggetto a cui favore si è determinata una successione ereditaria. A favore U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano 1969, 109 ss., per il quale si dovrebbe far ricorso al concetto di *status* di erede, che godrebbe di una sua autonomia nel meccanismo della successione rispetto all'acquisto dei diritti e obblighi ereditari. Sull'evoluzione del concetto di *status* cfr.: P. Stanzione, *Capacità, Legittimazione,* status, in *Trattato di diritto civile e commerciale* A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schelisinger, Milano 2017, 11 ss.

(63) A. Bucelli, *Dei Legittimari*, in *Il codice civile Commentario*, cit., 773, mette in rilievo il vantaggio che il legittimario pretermesso avrebbe nel non essere considerato erede, ovvero non subire la responsabilità per le sopravvenienze passive.

(64) Ricordo al riguardo che il testamento può avere un contenuto atipico, «il che accade quando esso abbia ad oggetto disposizioni non patrimoniali, come il riconoscimento di un figlio, la designazione del tutore, le disposizioni per i funerali e così via»: cfr. G. Iorio, *Diritto delle successioni*, cit., 39. V. Barba, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni*, cit., 102, si chiede se disposizioni a contenuto non patrimoniale possano essere contenute in un testamento soltanto nei casi ammessi dalla legge e se le disposizioni non patrimoniali possano considerarsi testamentarie in senso proprio.

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

Mi pare che anche questo sia un punto che meriti di essere approfondito e fatto oggetto di discussione, ben consapevole delle diverse teorie sviluppatesi nella dottrina civilistica in merito all'oggetto della successione ereditaria, e dunque se per tale si debba intendere la qualità di erede, ovvero l'eredità, sia essa considerata come universalità di diritto o invece come la totalità dei beni del defunto (65).

Né si potrebbe affermare che l'accertamento della qualità di erede è tutelato attraverso l'esercizio dell'azione di petizione (66) perché essa ha un indubbio contenuto patrimoniale, essendo destinata a conseguire la restituzione dei beni ereditari da chi li possiede come erede o senza titolo.

La qualità di erede qui funziona da titolo della pretesa azionata (67), che opera sul piano probatorio (68), ma non può essere oggetto di un autonomo accertamento, quale minima unità strutturale del processo: in altri termini, la deduzione del fatto costitutivo rappresentato dalla qualità di erede agisce sul piano della formazione del convincimento del giudice ad accogliere la pretesa azionata, avente ad oggetto la condanna alla restituzione del bene ereditario (69).

Del resto, si suole affermare che il legittimario pretermesso non potrebbe utilizzare l'azione di petizione per ripristinare la sua quota di legittima lesa fino a quando non abbia esperito vittoriosamente l'azione di riduzione divenendo erede (70).

---

(65) Su questo dibattito si rinvia a C.M. Bianca, *Le successioni*, cit., 159 ss. e alle note per i riferimenti bibliografici.

(66) Sull'azione di petizione più di recente cfr. B. Agostinelli, *La petizione di eredità*, in Aa.Vv., *Le successioni* a cura di Enrico del Prato, cit., 119 ss. Per l'a. l'art. 533 c.c. individuerebbe nella restituzione dei beni ereditari il *petitum* dell'azione, mentre la qualità di erede rappresenterebbe il fatto giuridico costitutivo del diritto controverso. Sul punto cfr. anche gli autori citati *supra* a nota 10.

(67) Cfr. A. Proto Pisani, *Petizione di eredità e mero accertamento della qualità di erede*, cit., 1996.

(68) Al riguardo occorre tener presente che il Regolamento UE n. 650 del 2012 ha istituito il certificato successorio europeo. «In tutta l'Unione vale la presunzione che la persona ha i diritti successori indicati nel certificato rilasciato dalle competenti autorità designate dai singoli Stati membri (art. 62). Con la legge 30 ottobre 2014, n. 161, lo Stato italiano ha designato il notaio quale autorità competente al rilascio del certificato (art. 32)»: così M.C. Bianca, *Le successioni*, cit., 174.

(69) La differenza tra l'azione petitoria e la *rei vindicatio* si coglie sul piano degli oneri probatori: mentre l'attore in *rei vindicatio* deve dimostrare la proprietà dei beni attraverso una serie di regolari passaggi durante tutto il periodo di tempo necessario per l'usucapione, nella *hereditatis petitio* può limitarsi a provare la propria qualità di erede e il fatto che i beni, al tempo dell'apertura della successione, fossero compresi nell'asse ereditario. Cfr. sul punto B. Agostinelli, *La petizione di eredità*, cit., 127. La giurisprudenza è costante: cfr. per tutte: Cass. civ., sez. II, 19 marzo 2021, n. 7871.

(70) B. Agostinelli, *La petizione di eredità*, *ult. loc. cit.* Osserva sul punto U. Perfetti,

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

6. – Il caso dal quale hanno preso le mosse queste riflessioni pone al processualista altri dubbi che meritano di essere esplicitati per sollecitare la discussione su di essi, non prima però di aver chiarito altri aspetti della disciplina sostanzialistica.

Si può allora osservare come, quando ci si ponga nell'ottica del legittimario e delle sue ragioni, occorre tener presente il presupposto per l'applicazione delle norme sulla successione necessaria: ovvero che sia riscontrabile una lesione della quota di legittima (71) all'esito di quell'operazione contabile e di imputazione che prende il nome di riunione fittizia (72).

Il valore che si ottiene a seguito di questa operazione rappresenta la base di calcolo per la frazione spettante al legittimario, che muta a seconda dei soggetti con i quali lo stesso concorre (73). Dal confronto tra il valore corrispondente alla frazione e quello che il legittimario si è visto effettivamente riconoscere dal *de cuius*, in vita attraverso donazioni, o con il testamento, può risultare una violazione della legittima (74).

Tale violazione si può verificare sia in presenza di un testamento, sia in sua assenza, nel caso in cui il *de cuius* abbia disposto del suo patrimonio in vita attraverso donazioni.

Legittimari, in Aa.Vv., *Le successioni* a cura di Enrico del Prato, cit., 159, che è tesi assolutamente prevalente in dottrina e attualmente seguita dalla costane giurisprudenza come sia l'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione elemento costitutivo della qualità ereditaria del legittimario pretermesso. Ma, v. anche *supra* la nota 54.

(71) Cfr.: V. Barba, *La successione dei legittimari*, cit., 313 ss.

(72) Sulle modalità di questa operazione contabile e sulle imputazioni v. *supra* le note 27 e 31. Cfr. anche A. Bucelli, *Dei Legittimari*, in *Il codice civile Commentario*, cit., 539 ss. e V. Barba, *La successione dei legittimari*, cit., 144 ss. Cass. civ., sez. II, 5 maggio 2022, n. 14193, in *Riv. del not*. 2022, 3, II, 431, precisa che la riunione fittizia prevista dall'art. 556 c.c. non è necessariamente legata all'esperimento dell'azione di riduzione, ma è operazione sempre necessaria nel concorso con eredi legittimari ogni qual volta sia rilevante stabilire quale sia la disponibile, come nel caso di concorso di legittimari con uno di essi al quale il testatore abbia lasciato genericamente la quota disponibile.

(73) V. Barba, *La successione dei legittimari*, cit., 148, così descrive l'operazione: «Individuato il valore concreto della massa fittizia, è possibile determinare quanto ciascun legittimario in ragione della quota di patrimonio astrattamente a quegli riservata, abbia diritto di conseguire». A questo punto è possibile verificare «se questi sia stato leso nei suoi diritti di legittima. Per fare ciò occorre raffrontare questo dato (valore di ciò che il legittimario ha diritto di conseguire) con quanto il legittimario abbia realmente conseguito per effetto della successione testamentaria o legittima». L'a. si occupa diffusamente di come accertare il *relictum*, il *debitum* e il *donatum*: cfr. pp. 153 ss.

(74) La donazione fatta al legittimario si considera un'anticipazione della legittima: si parla di imputazione *ex se*, che riguarda anche i legati attribuiti al legittimario per testamento: cfr. l'art. 553 c.c. in fine. Essa non opera qualora il legittimario sia stato espressamente dispensato dal *de cuius ex* art. 564, comma 2°, c.c.

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

Nel caso in cui il *de cuius* non abbia disposto delle sue ultime volontà con il testamento, si apre, come noto, la successione legittima: ed infatti, ai sensi dell'art. 457 c.c., l'eredità si devolve per legge o per testamento e non si dà luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria (art. 457, 2° comma, c.c.) (75).

Sono eredi legittimi *ex* art. 565 c.c.: il coniuge, la parte dell'unione civile, i discendenti, gli ascendenti e gli altri parenti fino al sesto grado, e se anche questi mancano, lo Stato (76). La cerchia degli eredi legittimi comprende in primo luogo i legittimari, ovvero quegli stretti congiunti – il coniuge, la parte dell'unione civile, i discendenti e in mancanza gli ascendenti – ai quali si è visto come la legge riservi una quota della massa ereditaria.

Ora, il concorso dei legittimari con altri parenti nella successione intestata (77), ovvero in assenza di testamento e dunque legittima, deve comunque avvenire nel rispetto delle loro quote di riserva (78).

---

(75) C.M. Bianca, *Le successioni*, cit., 263, parla al riguardo di successione «suppletiva» e precisa che la successione testamentaria manca quando il testatore non ha disposto in tutto o in parte della sua successione, quando la disposizione testamentaria sia nulla, annullata o inefficace, quando la disposizione non sia stata accettata e non operino né la sostituzione, né la rappresentanza, né l'accrescimento. Per Cass. civ., sez. II, 6 novembre 2023, n. 30802, la presenza di un testamento che contenga solo attribuzioni a titolo di legato che esauriscono l'asse relitto non esclude la successione legittima, la quale sussiste anche quando è priva di un positivo contenuto patrimoniale, in quanto necessaria per determinare la responsabilità per i debiti ereditari e per gli obblighi gravanti sull'erede e per decidere delle sorti dei beni del *de cuius* ignorati dalle disposizioni testamentarie o sopravvenuti, che devono essere devoluti secondo le regole della successione *ab intestato*.

(76) Si parla anche di *categorie* di aventi diritto alla successione legittima. L'eredità intestata si devolve infatti per *categorie*, che possono essere *concorrenti* quando i successibili dell'una sono chiamati assieme ai successibili dell'altra, come nel caso che ci riguarda in cui il coniuge concorre con i figli. Le *categorie* si dicono invece *prevalent*i quando la chiamata dei successibili dell'una esclude la chiamata dei successibili dell'altra: così i discendenti escludono gli ascendenti. Sul punto cfr. C.M. Bianca, *Le successioni*, cit., 265.

(77) L'espressione risale alle fonti romane: Iust. Inst. 3,1 «*intestatus decedit, qui aut omnio testamentum non fecit aut non iure fecit aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est aut nemo ex eo heres extitit*» (nella traduzione di C.M. Bianca, cit., 264 nota 10: «muore intestato chi non fece del tutto testamento o non lo fece secondo la legge o quello che aveva fatto fu distrutto o annullato o nessun erede da esso ha tratto titolo».

(78) Per comprendere ciò eloquente è la spiegazione di V. Barba, *La successione dei legittimari*, cit., 18: «le frazioni esprimenti le quote di eredità (artt. 566-585) e le frazioni esprimenti le quote di patrimonio riservate (artt. 537-548) hanno diversi denominatori». Ciò può determinare una lesione dei diritti dei legittimari anche in una successione legittima. «Una fetta più grande (1/2) di una torta più piccola, può essere di dimensione minore di una fetta più piccola (1/3) di una torta più grande, può darsi cioè che 1/2 di una piccola torta sia meno di 1/3 di una torta più grande». Si può quindi sostenere che nel caso di successione legittima una lesione dei diritti che la legge riserva ai legittimari «è concepibile soltanto se vi sia un *donatum*, dacché in assenza di quest'ultimo i due denominatori (quello

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

E così non basta applicare le quote previste per la successione intestata, perché diversa è la base di calcolo. Ed infatti nella successione legittima le quote in questione si riferiscono all'asse ereditario formato dai soli beni relitti, mentre le quote di riserva hanno ad oggetto la massa ereditaria intesa come beni relitti più quelli donati, sottratti i debiti ereditari (79).

Ciò spiega perché l'art. 553 c.c. preveda che, quando sui beni lasciati dal defunto si apre in tutto o in parte la successione legittima, nel concorso di legittimari con altri successibili (80) le porzioni che spetterebbero a questi ultimi si riducono proporzionalmente nei limiti in cui è necessario per integrare la quota riservata ai legittimari, i quali devono però imputare a questa ai sensi dell'art. 564 c.c. quanto hanno eventualmente ricevuto dal defunto in virtù di legati o donazioni (81).

Si tratterebbe di un effetto automatico che non richiederebbe la pronuncia di una sentenza (82). La dottrina prevalente ritiene infatti che il meccanismo correttivo previsto dall'art. 553 c.c. operi *ipso iure* e quindi che la reintegrazione della quota spettante al legittimario avvenga automaticamente, senza la necessità di intraprendere un procedimento giudiziale (83), necessario invece nel caso in cui si agisca per la riduzione (84) delle disposizioni testamentarie (85) e/o delle donazioni (86). Non manca

---

delle quote di eredità e quello delle quote di patrimonio) diventerebbero eguali. In tale eventualità una lesione non potrebbe essere logicamente configurabile, proprio perché la quota di eredità è sempre maggiore della quota riservata».

(79) Così C.M. Bianca, *Le successioni*, cit., 224.

(80) Si tratta delle fattispecie previste nell'art. 571 c.c. (concorso di genitori o, in mancanza, ascendenti con fratelli e sorelle) e 582 c.c. (concorso del coniuge con ascendenti, fratelli e sorelle). Fratelli e sorelle, infatti, non sono legittimari, a differenza del coniuge e degli ascendenti. Sul punto cfr.: V. Barba, *La successione dei legittimari*, cit., 326. Per una esemplificazione cfr.: A. Bucelli, *Dei Legittimari*, in *Il codice civile Commentario*, cit., 425.

(81) Cfr. Cass. civ., sez. II, 29 aprile 2024, n. 11437.

(82) Così C.M. Bianca, *ult. loc. cit*., secondo il quale, in caso di contestazione, la sentenza avrebbe carattere di mero accertamento.

(83) Cfr. G.W. Romagno, *La successione ne*cessaria, in A.A. Carrabba, G.W. Romagno, *Le successioni*, cit., 165.

(84) Per Cass. civ., sez. II, 23 luglio 2020, n. 15706, in *Rep. Foro it*., l'azione di riduzione non spetta collettivamente ai legittimari, ma ha carattere individuale e compete al singolo che ritenga lesa la sua quota di legittima; l'accertamento della lesione va compiuto solo con riferimento ai soggetti che hanno proposto la relativa domanda.

(85) Per Cass. civ., sez. II, 2 dicembre 2022, n. 35461, si riducono prima le disposizioni testamentarie, successivamente si passa alle donazioni. Se le disposizioni testamentarie sono più di una, la loro riduzione avviene proporzionalmente senza distinguere tra eredi e legatari. In caso di più donazioni, invece, queste non si riducono proporzionalmente, ma cominciando dall'ultima. V. la nota seguente.

(86) Le donazioni si riducono a cominciare dall'ultima e risalendo via via a quelle

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

chi (87), per ragioni di coerenza sistematica, ritiene che qualsiasi attribuzione non possa che avere la sua fonte immediata nella legge o nel testamento e debba essere soggetta alla stessa disciplina. Così si afferma che, al pari di quanto previsto negli artt. 554 e 555 c.c. per le disposizioni testamentarie e per le donazioni, anche nel caso di successione intestata, il legittimario per ottenere la sua quota dovrebbe agire in riduzione, con la sola variante che, in questo caso, non si renderebbe inefficace un negozio giuridico, sia esso una donazione o una disposizione testamentaria, ma un'attribuzione che deriva dalla legge (88).

L'art. 553 c.c. esprimerebbe un criterio «di precedenza», stabilendo che il soddisfacimento delle regioni del legittimario dovrebbe avvenire prioritariamente sui beni devoluti per legge (89).

Come si è già detto, la quota di legittima potrebbe risultare lesa anche in assenza di testamento, a causa delle donazioni fatte in vita dal *de cuius*. Così la legge consente al legittimario di chiedere la riduzione non solo delle disposizioni testamentarie *ex* art. 554 c.c., ma anche delle donazioni (90) che abbiano leso la quota di patrimonio a lui riservata *ex* art. 555 c.c. (91).

---

anteriori. Tale ordine è tassativo e inderogabile. Le donazioni coeve, per le quali non sia possibile stabilire quale di esse sia anteriore rispetto alle altre, debbono essere ridotte in proporzione al loro valore, come le disposizioni testamentarie. Cfr. Cass. civ., sez. II, 2 dicembre 2022, n. 35461.

(87) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano 2002, 528 s.

(88) Per A. Chizzini, *Sulla discussa natura*, cit., § 10, considerando l'azione di riduzione come azione di mero accertamento, ne conseguirebbe che anche l'art. 553 c.c. possa essere ricondotto al medesimo genere. La norma consentirebbe, laddove sorgano contestazioni tra eredi legittimi e legittimari, a questi ultimi, di agire per l'accertamento della loro quota.

(89) Così G.W. Romagno, *La successione ne*cessaria, in A.A. Carrabba, G.W. Romagno, *Le successioni*, cit., 165, che riprende sul punto L. Ferri, *Dei legittimari*, in *Comm. Cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1981, 145.

(90) Cass. civ., sez. II, ord., 27 ottobre 2023, n. 29821, afferma che in caso di insufficienza del *relictum* a soddisfare i diritti dei legittimari, per avere il *de cuius* effettuato in vita donazioni eccedenti la quota disponibile, la riduzione delle stesse, pronunciata su istanza del legittimario, ha funzione integrativa del contenuto economico della quota ereditaria spettantegli *ex lege*, determinando il concorso della successione legittima con quella necessaria.

(91) G. Iorio, *Diritto delle successioni*, cit., 72, osserva che può ben accadere che la lesione sia da addebitare esclusivamente a disposizioni liberali compiute in vita. Cass. civ, sez. II, 17 agosto 2022, n. 24836, in *Giust. civ. mass.*, così recita nella massima: «in caso di apertura della successione legittima, il legittimario, sebbene non possa ritenersi diseredato in senso formale, poiché chiamato *ex lege* all'eredità, è considerato pretermesso qualora il *de cuius* abbia distribuito tutto il suo patrimonio mediante disposizioni a titolo *particolare inter vivos*; ne deriva che l'azione di riduzione non è soggetta all'onere dell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario». Ancora, per Cass. civ., sez. II, 7 febbraio 2020, n. 2914, in *Guida al dir.* 2020, 19, 71, «qualora il *de cuius* abbia integralmente esaurito in vita il suo patrimonio mediante atti di donazione, sacrificando totalmente un erede necessario, il

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

Le disposizioni del *de cuius* che ledono la quota di legittima non sono per questo nulle o annullabili, ma soggette appunto a riduzione e quindi ad essere private di effetto mediante il provvedimento giudiziale nella misura sufficiente a reintegrare la quota di legittima (92).

Il legittimario deve proporre una domanda che veicola un'azione che la dottrina civilistica qualifica di *accertamento costitutivo* (93) perché il provvedimento che definisce il giudizio da un lato accerterebbe la lesione e dall'altro provocherebbe una modificazione della realtà giuridica preesistente, disponendo l'inefficacia degli atti di liberalità e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima, nella misura occorrente per ripristinare la quota che spetta al legittimario (94).

Con l'occhio del processualista mi pare di poter dire – anche se mi riservo di tornare sulla questione con un'indagine più approfondita (95) - che siamo in presenza di un'azione costitutiva tipica (96) che, secondo l'insegnamento tradizionale, nel suo momento accertativo ha ad oggetto l'esistenza del diritto potestativo ad ottenere la modificazione giuridica chiesta, e che sfocia nella concessione di un provvedimento che, se di accoglimento in presenza dei presupposti indicati, opera tale modifica (97).

---

legittimario che intenda conseguire la quota di eredità a lui riservata dalla legge non ha altra via che quella di agire per la riduzione delle donazioni lesive dei suoi diritti».

(92) Cfr. sul punto C.M. Bianca, *Le successioni*, cit., 189 ss. Si tratta per l'a. di un'azione costitutiva che farebbe conseguire al legittimario pretermesso la qualità di erede in quanto avrà conseguito una quota di eredità. Ma sul punto v. anche *infra* e *supra* la tesi di A. Chizzini, *Sulla discussa natura*, cit., riportata succintamente a nota 36. L'a. da ultimo citato, che contesta la ricostruzione dell'azione di riduzione come azione costitutiva che apparterrebbe alla categoria delle impugnative negoziali, osserva come solitamente esse colpiscano direttamente il negozio, presupponendo una sua patologia genetica o funzionale. Nel caso dell'azione di riduzione, invece, essa inciderebbe solo sugli effetti dell'atto, rendendolo inoperante nei confronti del legittimario che ha esperito vittoriosamente l'azione, ma l'atto dispositivo resterebbe pienamente valido ed efficace. Per Chizzini si tratterebbe di una evidente forzatura: cfr. il § 5.

(93) Cfr.: V. Barba, *La successione dei legittimari*, cit., 331. Ricorda A. Chizzini, *Sulla discussa natura*, cit., § 3, come si debba a L. Mengoni, *Successioni*, cit., 231, il più rigoroso e completo sviluppo di tale tesi.

(94) Cfr. U. Perfetti, *Legittimari*, in *Le successioni* a cura di E. del Prato, cit., 202 ss. e la dottrina citata a nota 328. A. Chizzini , cit., § 12, ritiene oggi che uno dei più rigorosi contributi sia quello di V. Barba, sopra citato, che ricostruisce l'oggetto dell'azione di riduzione in questi termini: a) accertamento della qualità di legittimario; b) accertamento della lesione; c) ridefinizione delle quote di eredità; d) inefficacia della disposizione lesiva.

(95) Sollecitata dalle acute riflessioni contenute nello scritto di Augusto Chizzini, più volte citato, ma letto solo quando questo scritto era in bozza, a conferma della ricchezza dialettica dell'analisi giuridica, che dal confronto con l'opinione altrui trae linfa per rigenerare il proprio pensiero o per rafforzarlo.

(96) *Contra* A. Chizzini, *Sulla discussa natura*, cit., § 7.

(97) Sul punto cfr. per tutti C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile, I,*

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

Che a monte dell'esercizio di questa azione vi sia un diritto potestativo mi pare si possa argomentare anche dalla disciplina dell'art. 557, comma 2°, c.c., che qualifica il diritto alla riduzione come irrinunciabile da parte dei legittimari fino all'apertura della successione (98).

Al legittimario che agisce in riduzione, e che perciò accetta implicitamente l'eredità con effetto dal passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento (99), non si chiederà di precisare l'esatta entità monetaria della lesione, quanto di fornire una rappresentazione del patrimonio del *de cuius* tale da rendere verosimile, anche sulla base di elementi presuntivi, la sussistenza della lesione della quota di legittima (100).

7. – Chiarito che le norme sulla successione necessaria, intendendosi per tali quelle che tutelano i legittimari, possono trovare applicazione non solo nel caso di successione testamentaria, ma anche nel caso di successione legittima (101), il discorso si fa interessante per il processualista che voglia ragionare su come formulare le domande di merito al giudice.

Questo perché in dottrina si afferma che il legittimario cumulerebbe il titolo della successione legittima e quello della successione necessaria, potendo avvalersi di quello per lui più favorevole (102). La domanda che

---

Nozioni introduttive e disposizioni generali, 28ª ed., Torino 2022, 59 ss. spec. nota 69 ove ricostruita l'opinione di diversi autori; E. Merlin, *Elementi di diritto processuale civile, I, Parte generale*, Torino 2022, 33 ss.

(98) Sul punto cfr. A. Bucelli, *Dei Legittimari*, in *Il codice civile Commentario*, cit., 64, che riconduce alla categoria dei diritti potestativi il diritto alla legittima e il diritto a chiedere la riduzione oppure a rinunciarvi.

(99) C.M. Bianca, *Le successioni*, cit., 191. Cass. civ., sez. II, 17 agosto 2022, n. 24836, afferma che il legittimario diviene erede nel momento in cui esercita l'azione di riduzione che comporta tacita accettazione di eredità.

(100) Così G. Iorio, *Diritto delle successioni*, cit., 69, il quale rimanda a Cass. civ., 27 agosto 2020, n. 17926, in *Rep. Foro it.* Nello stesso senso più di recente v. Cass. civ., sez. II, 12 luglio 2024, n. 19230 che a sua volta richiama Cass. civ., sez. II, 2 settembre 2020, n, 18199, in *Rep. Foro it.* Peraltro, per Cass. civ., sez. II, 31 luglio 2020, n. 16535, in *Rep. Foro it*., «il principio secondo cui il legittimario che propone l'azione di riduzione ha l'onere di indicare e comprovare tutti gli elementi occorrenti per stabilire se, e in quale misura, sia avvenuta la lesione della sua quota di riserva, non può essere applicato qualora il *de cuius* abbia integralmente esaurito in vita il suo patrimonio con donazioni; in questo caso, infatti, il legittimario non ha altra via, per reintegrare la quota riservata, se non quella di agire in riduzione contro i donatari, essendo quindi la compiuta denuncia della lesione implicita nella deduzione della manifesta insufficienza del *relictum*».

(101) F. Magliulo, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. Not.* 2010, 533 ss., rileva come la legittima possa essere conseguita mediante atti di liberalità a titolo particolare a conferma del polimorfismo della stessa, dal punto di vista causale.

(102) Così C.M. Bianca, *Le successioni*, cit., 262, che cita a sostegno dell'affermazione

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

possiamo allora porci è se ciò significhi, sul piano processuale, che il legittimario possa proporre un cumulo alternativo di domande (103).

Ora, il caso di specie dal quale sono partita, senza entrare nel merito di scelte processuali che è difficile ricostruire in assenza del fascicolo di causa (104), offre l'occasione per ragionare proprio sul cumulo e quindi sull'ordine con il quale proporre le domande di merito sulla base dei diversi titoli che legittimano le pretese dei più stretti congiunti del *de cuius*.

Prima però, e per poter svolgere il mio ragionamento, occorre aggiungere un'ulteriore osservazione in merito alla successione legittima. Si dice infatti che essa sia "supplettiva", nel senso che avrebbe luogo quando manca in tutto o in parte la successione testamentaria (105). Come si è già detto, questa manca non solo nel caso in cui il *de cuius* non abbia disposto in tutto o in parte del suo patrimonio, ma anche quando la disposizione testamentaria sia stata dichiarata nulla, sia stata annullata o resa inefficace (106).

Anche in questo caso si tratta di assumere iniziative processuali rispetto alle quali occorre chiedersi se il legittimario, che si consideri leso, possa avere interesse a coltivare.

---

una sentenza della Cassazione che avrebbe ricondotto il concorso delle due successioni ad un rapporto di reciproca integrazione: cfr. Cass. civ., sez. VI, 20 ottobre 2014, n. 22195. Per la verità la sentenza citata si pronuncia sull'art. 457 c.c. per dire che occorre farsi luogo alla successione legittima quando manca in tutto o in parte quella testamentaria e afferma che il concorso tra le due vocazioni è riconducibile ad un rapporto di reciproca integrazione. Nello stesso senso G. Cricenti, *La successione legittima*, in Aa.Vv., *Le successioni* a cura di Enrico del Prato, cit., 146.

(103) Sul punto mi piace rinviare al mio Maestro G. Tarzia, *Appunti sulle domande alternative*, in questa *Rivista* 1964, 253 ss. Sul cumulo di domande e sulle diverse figure a cui può dar vita cfr. E. Merlin, *Elementi di diritto processuale civile, I, Parte generale*, cit., 116 ss.

(104) V. *supra* la nota 19.

(105) A.A. Carrabba, in A.A. Carrabba, G.W. Romagno, *Le successioni. Parte I, Fenomeno successorio. Successioni necessarie e legittime*, cit., 50, osserva come, in considerazione del dato positivo di cui all'art. 457 c.c., la successione *ab intestato* abbia un ruolo subordinato rispetto a quella testamentaria, e che la prima può rispetto alla seconda presentarsi come sussidiaria.

(106) Oltre al caso in cui la disposizione testamentaria non sia stata accettata e non operino né la sostituzione, né la rappresentazione e neppure l'accrescimento: così C.M. Bianca, *Le successioni*, 263; F. Bottoni, *Chiamata all'eredità e accettazione*, in Aa.Vv., *Le successioni* a cura di Enrico del Prato, cit., 65. G. Vulpiani, *Le invalidità del testamento*, ivi, 489, osserva come per il negozio *mortis causa* manchi una disciplina organica dell'invalidità in quanto il codice civile si limita ad indicare singole ipotesi di nullità e di annullabilità del testamento e come si debba, inoltre, distinguere tra invalidità ed inefficacia del testamento. «La prima ricorre quando il testamento non è stato validamente formato ed ha, dunque, in sé un vizio che lo rende nullo o annullabile». Il testamento è invece inefficace nel periodo che va dalla sua redazione alla morte del *de cuius* e quando, pur essendo validamente concluso, non è idoneo a produrre i suoi effetti o quando i suoi effetti vengono caducati.

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

Senza scendere nel merito della disciplina delle invalidità testamentarie (107), basti ricordare che la legittimazione ad agire in nullità (108), come peraltro quella per l'annullamento (109) spettano a chiunque vi abbia interesse. Le norme fissano un criterio di individuazione del soggetto legittimato a formulare la domanda che va letto in stretto rapporto con la necessità che sussista, altresì, la condizione dell'azione rappresentata dall'interesse ad agire. Chi ha interesse ad agire è nel caso di specie legittimato ad assumere l'iniziativa giudiziale (110). Tale può essere certamente anche il legittimario, ma dobbiamo allora capire di quale interesse si tratti.

Per farlo, dobbiamo porci nell'ottica della tutela offerta al legittimario dal punto di vista delle azioni esercitabili e del loro eventuale cumulo in

---

(107) Il testamento può essere impugnato per incapacità di testare ai sensi dell'art. 591, 3° comma, c.c., da chiunque vi abbia interesse e dunque da chi acquisterebbe diritti successori a seguito del suo annullamento; per incapacità di ricevere per testamento ai sensi degli artt. 596 ss. c.c.; sono nulle le disposizioni fatte a determinati soggetti in ragione dell'ufficio da loro svolto ai sensi degli artt. 597 e 598 c.c., anche se fatte sotto nome di interposta persona ai sensi dell'art. 599 c.c.; ai sensi dell'art. 606 c.c. è nullo il testamento privo dei requisiti formali necessari per dare certezza della sua provenienza dal testatore e annullabile per tutte le altre formalità prescritte; la disposizione testamentaria può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse quando è l'effetto di errore, di violenza o di dolo ai sensi dell'art. 624 c.c.; sono nulle le disposizioni fatte a favore di persona incerta ai sensi dell'art. 628 c.c. e quelle con le quali si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario o la determinazione della quota o l'oggetto o la quantità del legato a norma degli artt. 631 e 632 c.c. Inoltre, il testamento può essere affetto da nullità sostanziali che, se anche non espressamente contemplate, possono essere sussumibili nell'art. 1418 c.c.: sul punto cfr. G. Vulpiani, *Le invalidità del testamento*, cit., 494.

(108) Afferma l'a. sopra citata che certamente applicabili alla nullità testamentaria sono gli artt. 1421 e 1422 c.c.; G. Vulpiani, cit., 496, ricorda, ancora, come la giurisprudenza (Cass. civ., sez. VI, ord. 5 aprile 2017, n. 8841) abbia applicato in materia successoria gli insegnamenti impartiti dalle Sezioni Unite con le famose sentenze gemelle del 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in tema di rilievo d'ufficio della nullità, conseguente dichiarazione ed efficacia della stessa. Più precisamente l'insegnamento è stato applicato al caso della nullità del testamento olografo.

(109) «La disciplina dell'annullabilità del testamento si distanzia parzialmente da quella dell'annullabilità del contratto, in quanto si caratterizza per il fatto di poter essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse (artt. 591, 602, 2° comma, 624 c.c.)»: così G. Vulpiani, *Le invalidità del testamento*, cit., 494.

(110) Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2024, n. 8319, richiama il costante orientamento per il quale la legittimazione generale all'azione di nullità prevista dall'art. 1421 c.c., in virtù della quale la nullità del negozio può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, non esime l'attore dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire, per cui l'azione stessa non è proponibile in mancanza della prova, da parte dell'attore, della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale del proprio diritto e il conseguente danno alla propria sfera giuridica. La sentenza invoca a sostegno Cass. civ., sez. VI, ord. 29 gennaio 2019, n. 2489 e Cass. civ., sez. VI, 9 novembre 2020, n. 25077, in relazione all'impugnativa proposta da un chiamato in subordine in caso di presenza effettiva di un chiamato che lo preceda nell'ordine successorio.

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

uno stesso processo. Il caso di specie può aiutarci a condurre il ragionamento.

La prima domanda che il legittimario leso ha interesse a proporre, ovviamente in presenza dei motivi deducibili, sembra essere, allora, proprio quella che riguarda l'invalidità del testamento.

Ed infatti il legittimario avrebbe sempre interesse ad eliminare l'atto di ultima volontà del *de cuius*, non solo allorquando esso leda la sua quota di legittima, ma anche e solo nel caso in cui il testatore abbia disposto della quota disponibile. L'accertamento della nullità del testamento o il suo annullamento travolgerebbero anche questa disposizione. Ne risulterebbe così ampliato il *relictum* a vantaggio, certamente, anche dei legittimari.

La domanda di riduzione delle disposizioni testamentarie deve essere, allora, formulata in subordine, almeno dal punto di vista logico, al rigetto delle domande con le quali si vuole far valere le ragioni di invalidità del testamento, per travolgere le ultime volontà del *de cuius*, perché essa presuppone la loro efficacia (111).

Il punto merita un chiarimento in quanto la giurisprudenza considera applicabile alle invalidità testamentarie l'insegnamento delle Sezioni Unite in merito alla rilevabilità d'ufficio della nullità (112). Si tratterebbe allora di capire se il richiamo alle cd. sentenze «trattato» delle Sezioni unite in materia si applichi in tutti i profili toccati, con la conseguenza che, accolta una domanda di riduzione, si formerà il giudicato sulla validità del testamento. Qui basti averne accennato per aprire la discussione.

Se ad agire è il legittimario totalmente pretermesso, l'eventuale azione di rivendica per recuperare un bene all'eredità è condizionata dall'accoglimento dell'azione di riduzione, che fa acquisire altresì il titolo di erede (113) e può dunque essere formulata solo subordinatamente all'accoglimento di essa.

Il legittimario che sia stato integralmente soddisfatto in vita dal *de cuius* con donazioni non sarà legittimato ad agire in petizione di eredità non essendo erede e non avendo interesse ad agire.

Astrattamente le domande che il legittimario pretermesso può proporre al giudice potrebbero anche essere formulate in via alternativa? Si è

---

(111) Per effetto della sentenza si avrebbe una inefficacia successiva, totale o parziale dell'atto di disposizione colpito dalla riduzione a vantaggio del solo legittimario che abbia assunto l'iniziativa processuale: sul punto e in senso critico cfr. A. Chizzini, *Sulla discussa natura*, cit., § 3

(112) V. *supra* la nota 108.

(113) Ma v. *supra* la nota 54 infine.

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

detto più sopra che è ben possibile un concorso di titoli tra successione necessaria e legittima e che il legittimario potrebbe far valere quello a lui più favorevole. Se ciò fosse vero le domande formulate dal legittimario potrebbero esserlo in via alternativa, con la richiesta al giudice di applicare quello tra i due sistemi di norme che gli consenta di ottenere di più.

Ma, qui subentra una complicazione posta dalla materia che non ci consente di ragionare rigorosamente con le categorie concettuali note. Si è infatti detto che quando l'applicazione delle norme sulla successione legittima non permette al legittimario di ottenere quanto gli spetta a titolo di riserva, secondo il sistema di norme sulla successione necessaria, occorre provvedere in applicazione anche dello stesso.

Dunque, e in questo caso, il concorso tra sistemi di norme non è *ad excludendum* nel senso che se ne applica solo uno, al fine di riconoscere la pretesa sostanziale vantata dall'attore, ma semmai *ad integrandum*, perché nel caso dei legittimari può essere necessaria l'applicazione di entrambi i sistemi di norme per offrire la tutela loro riservata.

Si tratta di affermazioni che lascio alla confutazione di una discussione aperta su temi che certamente meritano una più attenta analisi toccando una materia così complessa come quella alla quale mi sono, forse imprudentemente, approcciata.

Osservo, solo e in conclusione, che è molto difficile fare dei discorsi generali in presenza di norme che aprono ad un mondo di possibili variabili, condizionanti il modo di valutare la singola vicenda successoria e delle quali occorre tener conto per offrire soluzioni corrette. Anche questo è un fattore di complicazione che spero non mi abbia tratto in inganno in questo mio discettare.

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

ALBERTO M. TEDOLDI
Professore ordinario nell'Università di Verona

«*ONUS PROBANDI INCUMBIT EI QUI NEGAT*». ETEROGENESI E PALINGENESI DELL'ONERE DELLA PROVA E DELLA CONTUMACIA

SOMMARIO: 1. *Onus probandi* e contumacia tra *ficta contestatio* e *ficta confessio*. – 2. Onere della prova e libero convincimento del giudice, ovvero: "*la contradizion che nol consente*". – 3. Breve storia dell'onere della prova. – 4. Utopia positivista e semplificazione analitica della fattispecie *ex* art. 2697 c.c. – 5. *Accusatio* e "sentenza di prova" (*Beweisurteil*). – 6. Superamento del dogma dell'onere della prova nella postmodernità liquida e asimmetrica. – 7. La contumacia *gallico et italico more* è *ficta contestatio*. – 8. La contumacia *germanico more* è *ficta confessio*. – 9. La contumacia *britannico more* è *inoboedientia regi*. – 10. Eterogenesi e palingenesi dell'onere della prova e della contumacia.

1. – L'istituto della contumacia (dal latino *contemnere*: disprezzare, disobbedire, ribellarsi) (1) è inevitabilmente legato alla regola dell'onere della prova: se la contumacia implica contestazione (*contestatio*), l'attore ha l'onere di provare tutti i fatti costitutivi posti a fondamento della domanda; se la contumacia implica non contestazione o, finanche, *ficta confessio* (*Geständnisfiktion*), l'attore è sollevato dall'onere di provare i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, per *relevatio ab onere probandi*.

La contumacia ha conosciuto nei secoli una frattura – non solo giuridica, ma anzitutto culturale e finanche "teologica", nel significato schmittiano del termine (2), viepiù accentuatasi a seguito dello scisma protestante

(1) «*Vero è che quale in contumacia more di Santa Chiesa, ancor ch'al fin si penta, star li convien da questa ripa in fore*» (*Purgatorio*, III, 136-138): così Dante, facendo parlare Manfredi di Svevia, figlio dell'imperatrice Costanza d'Altavilla, che "*biondo era e bello e di gentile aspetto*" (*ivi*, 107) e che, scomunicato dal papa Clemente IV nel 1257, sconfitto e ferito a morte nella battaglia di Benevento da Carlo I d'Angiò nel 1266, si pentì *in articulo mortis* e, nonostante le sue colpe, venne perdonato dalla grazia divina e posto nell'Antipurgatorio, condannato a restarvi trenta volte il tempo trascorso nella sua "*contumacia*" verso romana chiesa, «*se tal decreto / più corto per buon prieghi non diventa*» (*ivi*, 140-141).

(2) C. Schmitt, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia*

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

del Cinquecento, non ricomposto dal concilio tridentino – tra ordinamenti processuali latini (francese, italiano e iberico), di tradizione romano-canonica e derivazione francese, che trattano la contumacia come comportamento neutro, implicante la contestazione di tutti i fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (*ficta contestatio*), e ordinamenti a matrice germanica e anglosassone, che scorgono nella contumacia una disobbedienza al potere sovrano (*inoboedientia regi*, *Ungehorsam*) e una mancata risposta all'accusa (*accusatio*, *Klage*), la quale impone al convenuto (*reus*, *Beklagte*) una pronta, netta e solenne reazione, sotto comminatoria di implicita ammissione della verità dei fatti addotti dall'attore e di condanna contumaciale per omessa difesa e disobbedienza al potere costituito (*indefensio*, *Versäumnis*, *default*).

Conviene dunque prendere le mosse da una pur breve e concisa ricostruzione storico-comparatistica della regola dell'onere della prova (art. 2697 c.c.) e dell'onere di specifica contestazione dei fatti (art. 115, comma 1°, c.p.c.), la cui inosservanza determina *relevatio ab onere probandi*, per poi esaminare i due diversi trattamenti della contumacia, quale *ficta contestatio* nei Paesi a tradizione romano-canonica, come il nostro, e *ficta confessio* o anche, *tout court*, *inoboedientia* all'autorità sovrana nei Paesi teutonici e anglosassoni.

2. – L'art. 2697 c.c., rubricato "Onere della prova", si struttura secondo una tecnica di scomposizione analitica della fattispecie tra fatti costitutivi, la cui prova grava sull'attore (primo comma), e fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, la cui dimostrazione incombe sul convenuto (secondo comma) (3).

È regola di giudizio che opera in via sussidiaria, facendo gravare il rischio della mancata prova sulla parte onerata, quando il giudice, nell'esercizio del libero convincimento (art. 116 c.p.c.), non si ritenga *ex animo suo* persuaso dell'esistenza dei fatti principali, dai quali discendono, rispettivamente, gli effetti costitutivi e gli effetti impeditivi, estintivi e modificativi del diritto dedotto in giudizio. E ciò indipendentemente dal regime di rilevabilità, *ex officio* od *ope exceptionis*, di tali effetti e dall'introduzione

---

politica, trad. it. Milano 1992; Id., *Le categorie del "Politico": saggi di teoria politica* (a cura di Miglio, Schiera), Bologna 1972. V. inoltre G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino 2003; C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna 1996; Id., *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna 2008.

(3) Di semplificazione analitica della fattispecie discorreva già R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, IV, Leipzig 1873, 199 ss.

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

dei mezzi di prova, su iniziativa delle parti o d'ufficio: il riparto del rischio della mancata prova è un *posterius* logico-giuridico rispetto al *prius* dell'onere di allegare tempestivamente i fatti e di dedurre e produrre i mezzi di prova atti a dimostrarli, ancorché la regola fissata nell'art. 2697 c.c. si proietti retrospettivamente, imponendo *ex ante* alle parti le rispettive strategie difensive (4).

Nello schematico rigore della regola sussidiaria di giudizio dell'onere della prova si coglie una sorta di proporzione inversa rispetto al libero convincimento, che l'art. 116 c.p.c. affida al prudente apprezzamento del giudice, in un *circulus inextricabilis* che appare, per certi versi, paradossale. Il giudice di merito gode di una pressoché insindacabile discrezionalità (5) nell'ammettere e nel disporre i mezzi di prova e nel valutarne l'esito sulla sua

---

(4) G.A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova 1942, 6 ss.; G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino 1974, 21 ss.; M. Taruffo, *Onere della prova*, in *Dig. civ.*, XIII, Torino 1996, 65 ss.; S. Patti, *Le prove*, Milano 2021, 77 ss.; Id., *Prove*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna 2015, 1 ss.; A. Maniaci, *Onere della prova e strategie difensive*, Milano 2020, 52 ss.; L. Passanante, *L'onere della prova nel processo civile*, in Aa.Vv. (a cura di), *L'onere della prova*, Milano 2024, 3 ss.

Nella dottrina tedesca v., classicamente e per tutti, F. von Leonhard, *Die Beweislast*, Berlin, 1926, 8 ss.; L. Rosenberg, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuch und der Zivilprozessordnung*, München-Berlin 1965, 54 ss.; H.J. Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin-New York 1975, 282 ss.; nonché, in chiave comparatistica, W. Habscheid, *Beweislast und Beweismaß. Ein kontinentaleuropäisch-angelsächsischer Rechtsvergleich*, in H. Prütting (a cura di), *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag*, Köln-Berlin-Bonn-München 1990, 105 ss.

V. inoltre, criticamente, B. Sassani, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in questa *Rivista* 2022, 424 ss., nonché Verde, *Postilla*, *ivi*, 444 ss.; J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán, L.J. Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Madrid 2019; J. Nieva Fenoll, *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, trad. it. in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 1195 ss. (su cui la recensione critica di M. Garavaglia, *Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente*, in questa *Rivista* 2021, 1349 ss.); J. Ferrer Beltrán, *La c.d. "*carga dinámica*" della prova: tra equivoci e superfluità*, trad. it. *ivi*, 2019, 897 ss.

(5) Viepiù dopo l'abrogazione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. sul vizio di motivazione denunciabile con ricorso per cassazione e la sua sostituzione con l'omesso esame di un fatto controverso e decisivo, neppure spendibile in caso di doppia conforme sulla *quaestio facti* in esito al doppio grado di merito, a mente dell'art. 360, comma 4°, c.p.c.

Sul nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. v. Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054, in *Foro it.* 2015, I, 209, con nota di P. Quero e Cass., sez. un., 5 marzo 2024, n. 5792.

In dottrina v. le pagine, ormai classiche, di G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, II ed., Padova 1964, 187 ss.; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, 509 ss.; M. Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano 1993, 193 ss.; sull'ultima riscrittura del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. v. L. Lombardo, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino 2015, spec. 131 ss.; nonché le condivisibili critiche di B. Sassani, *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2013, 639 ss.; Id., *Legittimità, "nomofilachia" e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in Cassazione del ragionamento del giudice*, in *judi-*

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

intime conviction una volta acquisiti: se non svolge istruttoria alcuna o, comunque, si persuade in cuor suo dell'insufficienza delle prove raggiunte, ritiene il fatto inesistente e pronuncia sentenza a sfavore della parte onerata della relativa prova, in ossequio al riparto del rischio di mancata dimostrazione dei fatti giuridicamente rilevanti, che formano il novero dei fatti principali (costitutivi o impeditivi, modificativi ed estintivi che siano).

L'art. 2697 c.c. è, a ben guardare, canone inverso di (non) prova legale in un ordinamento che, contraddittoriamente, professa la regola del libero convincimento del giudice (art. 116 c.p.c.), affidando all'esclusivo *arbitrium iudicis* l'applicazione del criterio sussidiario di giudizio, onde perde la causa chi non l'abbia persuaso circa l'esistenza del fatto da provare.

Vien fatto, pur tuttavia, di notare che è il giudice stesso a governare liberamente la propria *intime conviction*, sin dall'inizio del processo, formandosi precomprensioni e (spesso inemendabili) pregiudizi, che orientano la *cognitio causae* sin dal principio, condizionando a monte la stessa acquisizione del materiale probatorio, secondo canoni selettivi discrezionali, che l'efficientismo telematico post-moderno rende viepiù severi, astringendo a far presto in luogo di far bene. Si giunge così al termine dell'istruttoria – se e quando vi sia stata – con acquisizioni probatorie del tutto insufficienti o, ancor peggio, demandate *toto coelo* a un ausiliario, il consulente tecnico d'ufficio, che sostituisce il giudizio proprio a quello del giudice, ricostruendo, riportando e valutando i fatti con metodologie soggettive, non di rado arbitrarie e deformanti, facendosi in tal modo *peritus iudex* mercé onniscienza e onnipotenza scientista, cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno dato incondizionato avallo, sempre in nome del far presto (6).

Si dirà che la *finis litium*, ch'è precipuo interesse della *res publica* e della *iurisdictio* in quanto *pars summi imperii*, non può farsi carico di un'eterna incertezza nei rapporti giuridici *inter cives*, pena la confusione e il disordine permanenti, come constatiamo quotidianamente e tragicamente nei rapporti tra Stati, ormai sottratti a ogni governo della diplomazia e del diritto internazionale pubblico, dove continuano a dominare incontrastati la forza e il clangore delle armi, tanto da aver cancellato

---

cium.it, 2013; Id., *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in questa *Rivista* 2019, 43 ss.

(6) V. Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086 e Cass., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500, sulle quali v. ampiamente e criticamente B. Cavallone, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in questa *Rivista* 2022, 981 ss.; nonché, *si vis*, A.M. Tedoldi, Iudex servus peritorum. *La consulenza tecnica psicologica*, in questa *Rivista* 2022, 1164 ss.

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

qualsivoglia *nomos* della terra e ogni freno (*katèchon*) al *mysterium iniquitatis* di chi si fa giustizia da sé, seminando odio, morte e distruzione implacabili e reprimendo ogni dissenso (7).

3. – Nei rapporti *iure privatorum* s'indulge spesso al mito di un tempo prestatuale, in cui la giustizia veniva resa secondo metri arbitrali di *phrònesis* dialogica, cioè di sapienza concreta, che conduceva a soluzioni conformi a buona fede, buon senso e alle consuetudini normalmente seguite secondo *prudentia iuris*.

Il *non liquet* (*sibi non liquere*), cioè l'impossibilità di offrire una soluzione della controversia per mancanza di prova, ha origine e natura intimamente arbitrali, incompatibili con il sopravvenire della statualità della giurisdizione, amministrata da funzionari chiamati a decidere la lite *iure imperii*, secondo canoni procedurali pubblicistici, anziché con l'equità e la prudenza insita nell'*arbitrium boni viri* (8).

In stretto nesso consequenziale con l'appropriazione della *iurisdictio* da parte dello Stato – quale che ne sia la forma storicamente inverata – e dalla contrapposizione romana tra *actio* ed *exceptio* – nell'elaborazione che della *cognitio extra ordinem* post-classica fecero glossatori e commentatori nel basso medioevo, ispirandosi ai principî razionali della filosofia aristotelico-tomista nel quadro del processo romano-canonico (9) – nascono i tralatizi brocardi, originati da massime retoriche e prassi giurisprudenziali, intesi a limitare la discrezionalità del giudice-funzionario e l'ordine asimmetrico insito nella sua *publica auctoritas*, che veniva via via sostituendosi alla *professio iurisprudentiae* dell'ordine isonomico a matrice equitativa e arbitrale (10), nel quale non sussisteva una vera e propria *necessitas probandi*,

---

(7) Sulla nozione di *katéchon* nel pensiero di Carl Schmitt, che lo trae da San Paolo, *Seconda lettera ai Tessalonicesi*, II, 6-7 (C. Schmitt, *Il* nomos *della terra*, trad. it. Milano 1991, 42 ss.), v. A. Scalone, "Katechon" *e scienza del diritto in Carl Schmitt*, in *Filosofia politica*, 1998, 283 ss.; R. Cavallo, *Il* Katéchon *nella teologia politica di Carl Schmitt: forza che frena o forza che trasforma?*, in *Democrazia e diritto*, 2008, 203 ss.; nonché, con riflessioni di "teologia politica" di ampio respiro, M. Cacciari, *Il potere che frena*, Milano 2013, *passim*, che si sofferma sull'enigmatica figura di una potenza, il *katéchon*, che trattiene e contiene, arrestando o frenando l'avanzata dell'Anticristo, ma che dovrà togliersi o esser tolto di mezzo affinché l'Anticristo si disveli, dando forma a idee e simboli escatologico-apocalittici che si sono venuti secolarizzando nella storia politica dell'Occidente, fino al contemporaneo oblio della loro origine.

(8) L. Martone, Arbiter-Arbitrator. *Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984, dove ulteriori richiami.

(9) G.A. Micheli, *op. cit.*, 27 ss.; G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, II, Milano 1925, 409 ss.

(10) A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995, XI ss. e 37 ss.;

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

avendo le regole sull'onere della prova la portata di un indice di 'normalità' casistica, secondo canoni topici sedimentatisi per la corretta soluzione di liti analoghe.

Il giudice-arbitro, con metro equitativo, fissava non soltanto *quid probari oporteat* e *cui incumbat onus probandi*, ma anche il *quantum probandum sit* dell'*intentio* dell'attore e dell'*exceptio* del convenuto, onde pervenire al *iudicium* in esito alla fase *apud iudicem*, con la possibilità di ricorrere, pur tuttavia, al *non liquet* (*sibi non liquere*), quando non ritenesse raggiunta la prova richiesta alle parti (11).

In epoca imperiale, nel passaggio dal processo formulare classico alla *cognitio extra ordinem*, volendo determinare e imporre *a priori* al giudice-funzionario *quid probari oporteat* e *cui incumbat onus probandi*, restringendo gli spazi discrezionali del *quantum probandum sit*, la struttura stessa dell'*actio* suggeriva che fosse l'attore ad aver l'onere di provare il fondamento dell'*intentio* contenuta nella formula data dal *praetor* nella fase *in iure* (*Si paret condemnato... si non paret absolvito*) (12) e che, soddisfatto tale onere (primario), divenisse attuale l'onere (secondario) del convenuto di fornire la prova *in excipiendo*.

Si fissò alfine, nel Digesto giustinianeo, una serie di principî, poi ripresi e raffinati da glossatori e commentatori – "ei *incumbit probatio*

---

v. anche N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in questa *Rivista* 2007, 283 ss.; A. Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997, *passim*; Id., *L'*ordo judiciarius *medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in questa *Rivista* 1988, 598 ss.; Id., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Sociologia dir.* 1986, fasc. 2, 81 ss.; B. Cavallone, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in questa *Rivista* 2012, 107 ss.

(11) Narra Gellio (*Noctes acticae*, XIV, 2) di un caso – ricordato da F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. Torino 1896, VI, 338 – in cui il *iudex privatus* preferì pronunciare un *non liquet*, incerto tra l'applicazione della massima *actore non probante reus absolvitur* e la valutazione morale del convenuto, che non godeva di buona fama e non meritava il beneficio dell'assoluzione per mancanza di prova dell'*intentio actoris*. V., inoltre, G.A. Micheli, *op. cit.*, 16; G. Verde, *L'onere della prova*, cit., 163, secondo cui, durante l'epoca del processo formulare, il giudice godeva di ampia discrezionalità nello stabilire quale parte fosse onerata della prova, nel disporre trasferimenti degli oneri probatori nel corso del processo, che potevano passare dall'attore al convenuto e viceversa, in base alle dinamiche della fase *apud iudicem*, governata secondo criteri equitativi e *lato sensu* arbitrali.

(12) La *formula*, emessa in esito alla fase *in iure*, era il programma del *iudicium* demandato al *iudex privatus* o all'*arbiter* nella fase *in iudicio*. Con la *formula* il *praetor* fissava i compiti e i poteri del *iudex*, chiariva il rapporto dedotto in giudizio e oggetto di accertamento – estintosi per effetto della *litis contestatio* – e stabiliva il provvedimento che il *iudex* era autorizzato a pronunciare alla fine della fase *in iudicio* (C. Cannata, voce *Formula*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino 1961, 580 ss.; V. Giuffrè, *Necessitas probandi*, cit., 169 ss.).

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

qui dicit, non qui negat" (D. 22.3.2, *Paulus* 69 ad ed.), "*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*", "*affirmanti non neganti incumbit probatio*", "*actore non probante reus absolvitur*", "*reus in excipiendo fit actor*" – *pari passu* con l'introduzione del divieto di *non liquet*, poiché "*interest rei publicae ut sit finis litium*", trasformando in tal modo il potere e l'onere (soggettivo) delle parti *apud iudicem sive arbitrum* in (oggettiva) regola di giudizio rivolta al giudice-funzionario, per consentirgli e imporgli di statuire comunque sul fatto non provato o rimasto incerto, in pregiudizio della parte che aveva l'onere di dimostrarlo *in iudicio*, chiudendo in tal modo la lite con pronuncia di merito idonea a trascorrere *in rem iudicatam* (13).

Nella funzione e nella struttura pubblicistiche della *cognitio extra ordinem* d'epoca imperiale, da un lato, iniziarono a formarsi regole di prova legale, che vincolavano il giudice, funzionario dell'imperatore, fissando l'esistenza o l'inesistenza del fatto; dall'altro lato, si consolidò il principio dell'onere della prova quale regola di giudizio, logicamente e concettualmente ben distinta dalle regole di prova legale e la cui applicazione presuppone esaurita negativamente la valutazione (legale o libera) delle prove acquisite. L'onere della prova, come regola sussidiaria di giudizio che consente una decisione di merito purchessia, venne dunque a formarsi per cristallizzazione di criteri pratici, tramandati dalla prassi e dalla giurisprudenza, che entrarono nel Digesto per poi passare, attraverso il diritto comune, ai diritti moderni (14).

Fu allora che il criterio dell'*onus probandi* ebbe a configurarsi quale principio giuridico atto a operare su un piano oggettivo, in modo da rendere sempre possibile una decisione nel merito; ma è pur vero che tale regola tendeva e tende comunque a porre in rilievo, retrospettivamente e soggettivamente, la tempestività delle deduzioni probatorie delle parti,

---

(13) Cfr. G. Pugliese, *L'onere della prova nel processo romano* per formulas, in *Revue internationale des droits de l'antiquité* 1956, 3, 349 ss.; Id., *Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano* per formulas, in *Studi De Francesco*, I, Milano 1957, 535 ss., dove anche una rilettura critica del citato passo di Gellio; Id., *Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano* per formulas, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova 1958, 579 ss.; E. Levy, *Beweislast im klassischen Recht*, in *Jura* 1952, 3, 155 ss.; M. Kaser, *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess*, in *Zeitschrift für Savigny Stiftung* 1954, 71 e 221 ss.; G. Longo, *Onus probandi*, in *Arch. giur.* 1955, 61 ss.; Id., *Nuovi contributi in tema di* "onus probandi", in *Jura* 1957, 8, 43 ss.; Id., *L'onere della prova nel processo civile romano*, *ivi*, 1960, 149 ss.; V. Giuffrè, *Necessitas probandi. Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli 1984, 170 ss.; F. De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 323 ss.

(14) G.A. Micheli, *op. cit.*, 18 ss.

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

sulle quali incombe la *necessitas* di dare al giudice gli elementi di fatto, onde ricostruire la premessa minore del sillogismo giudiziario, risolvendo la *quaestio facti* cui applicare la *regula iuris* fissata dal *conditor legum*, in ossequio ai principî di completezza e certezza dell'ordinamento (15).

La formulazione della regola sussidiaria di giudizio sull'onere della prova giunse così, per li rami dei secoli e attraverso le dottrine di Domat e di Pothier, al *code civil de Français* del 1804, meglio noto come *code Napoléon*, che all'art. 1315, ripreso quasi alla lettera dal c.c. italiano del 1865 (art. 1312), recitava: «*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*» (16), dove echeggia il *principium libertatis*, caro alla *Révolution* e alla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 e dal quale principia il triadico motto "*Liberté, Égalité, Fraternité*" (17).

4. – L'art. 2697 c.c., nell'aprire le "*Disposizioni generali*" sulle prove poste nel libro VI del c.c. 1942, enuncia le regole generali sull'*onus probandi*, superando l'impostazione dell'art. 1315 del *code Napoléon*, ripresa *verbatim* dall'art. 1312 c.c. 1865, ch'era circoscritta alle obbligazioni, alla loro "esecuzione" *ex parte creditoris* e ai soli fatti estintivi *ex parte debitoris*.

L'articolo del vigente c.c., rubricato "*Onere della prova*", stabilendo nel primo comma che «chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento» e, nel secondo comma, che «chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda», trae origine dalla generalizzazione sistematica, operata dalla scuola storica e dalla pandettistica tedesche, della contrapposizione strutturale dialettica tra *actio* ed *exceptio*, mediante la semplificazione analitica della fattispecie predicata da Jhering e ripresa dall'italico *conditor* (18), incentrata sulla distinzione tipologica tra fatti e sul principio di simultaneità, che s'imper-

---

(15) V., per tutti, L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino 2004, 177 ss., dove ulteriori richiami bibliografici.

(16) Art. 1312 c.c. 1865: «Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione».

(17) V. P. Marcadé, *Spiegazione del codice Napoleone*, VII, Napoli 1876, 4 s.; F. Laurent, *Principes de droit civil*, XIX, Paris-Bruxelles 1878, 94.

(18) R. von Jhering, *Geist des römisches Rechts*, IV, loc. cit. e, su tale linea di pensiero, la *Relazione al c.c.*, n. 1104, che basa il riparto degli oneri probatori sulla distinzione tipologica di fatti (costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi), modellata in aderenza ai paradigmi concettuali dell'azione e dell'eccezione.

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

nia sulla corrispondenza biunivoca tra perfezionarsi della fattispecie e produzione degli effetti giuridici, nonché sulla teoria dei fatti impeditivi, quali elementi della fattispecie "con il segno invertito", da distinguere non già e non soltanto in base alle norme sostanziali applicabili al caso concreto, bensì secondo regole teorico-pratiche, che facciano riferimento alla normalità e alla specificità dei fatti costitutivi per la produzione degli effetti e all'anormalità (od occasionalità o accidentalità) dei fatti impeditivi, senza confondersi né con i fatti presunti – che rimangono fatti costitutivi, soggetti a prova contraria, laddove i fatti impeditivi formano oggetto di onere probatorio gravante sul convenuto – né con le *fictiones iuris*, non essendovi nella mancata prova alcuna *fictio*, ma accertamento di inesistenza del fatto non provato o rimasto incerto, in ossequio al riparto del rischio fissato nell'art. 2697 c.c. (19).

Si tratta, come ognun vede, di uno schema dogmatico astratto e soverchiamente complesso, che poco e male si attaglia alla variegata molteplicità del reale, nella dinamica processuale e dialettica delle allegazioni e delle reciproche contestazioni. Vi è nella contrapposizione disegnata dall'art. 2697 c.c. un'eccessiva rigidità, che presuppone, con tutta evidenza, un approccio strettamente positivista alla fattispecie per come delineata nella norma di diritto sostanziale, entrando la regola sull'onere della prova nella protasi dell'enunciato normativo, che passa da "Se X, allora Y" a "Se è provato X, si produce l'effetto Y", in ossequio ai dettami della *Normentheorie* (20).

«*There are more things in heaven and earth, Horatio, / Than are dreamt of in your philosophy*» (*Hamlet*, I, 5). La prassi, nella sua concretezza, ripudia un così rigido schematismo precostituito, ricercando altrove la soluzione pratica delle questioni, mediante ricorso alla regola di vicinanza alle fonti probatorie (21) e alle presunzioni giurisprudenzia-

---

(19) V., *amplius* e per tutti, L.P. Comoglio, *Le prove civili*, cit., 185 ss., dove ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

(20) Sulla quale v., classicamente, L. Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., 62 ss. e 125 ss.

(21) Nella *Ley de Enjuiciamiento Civil*, l'art. 217.6 consente al giudice spagnolo di tener conto de «*la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*». Sul principio di vicinanza v., in dottrina, Besso, *La vicinanza della prova*, in questa *Rivista* 2015, 1383 ss.; Maniaci, op. cit., 101 ss., dove ulteriori riferimenti; in giurisprudenza v., per tutte, Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Foro it.* 2019, I, 2726, con nota di M. Magliulo, *Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle sezioni unite e la rilettura del principio di vicinanza alla fonte di prova*, e in questa *Rivista* 2020, 1315 ss., con nota di Giussani, *Sulla "vicinanza" della prova del vizio della cosa venduta*, la cui massima così recita: «In tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, grava sul compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo *ex*

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

li (22), che fan ridiscendere dal cielo sidereo alla realtà terrena i concetti dogmatici ereditati dal positivismo giuridico ottocentesco (23).

5. – Vi fu un tempo, ancor più remoto di quello poc'anzi sunteggiato, in cui l'accusato aveva l'onere di scolparsi e difendersi dall'*accusatio* (*Klage* nell'idioma teutonico), invertendo il tradizionale brocardo in quello per

---

art. 1492 c.c. l'onere di provare l'esistenza dei vizi del bene compravenduto, non trovando applicazione la regola di riparto degli oneri probatori stabilita, per il caso di inesatto adempimento, dalla sentenza n. 13533 del 2001 delle sezioni unite». B. Sassani, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo*, cit., 439 s., giustamente nota che il criterio della vicinanza al mezzo di prova, pur scivolando facilmente nell'inversione dell'onere probatorio e favorendo, in tal modo, esercizi di poco controllata discrezionalità del giudice, in sé considerato non è strumento ermeneutico diverso da altri, sia pure da maneggiare con cautela perché facile a esondare ma che, ricondotto nei suoi argini, coopera (non diversamente da altri) alla costruzione della fattispecie operativa, estraendola dalla fattispecie piena (c.d. *integra causa*), come insegna G. Verde, *L'onere della prova*, cit., nella logica della non coincidenza della fattispecie/efficacia con la fattispecie/rilevanza (fattispecie semplificata), partecipando, quale canone euristico, alla distribuzione degli oneri nelle tante situazioni di obiettiva incertezza.

(22) La giurisprudenza, oggi non meno che in passato, tende a fissare regole di giudizio con metodo topico-casistico, in deroga alla normale ripartizione degli oneri probatori *ex* art. 2697 c.c., modificandone o invertendone l'incidenza sulle parti in lite in una sorta di *Beweisrisiko* e di *Beweisführungslast*, cioè di conduzione guidata dell'onere della prova, in base alle circostanze del caso concreto e a massime di esperienza fondate sull'*id quod plerumque accidit*. V., sul tema, G. Verde, *Le presunzioni giurisprudenziali. Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova*, in *Foro it.* 1971, V, 177 ss.; nonché, criticamente, M. Taruffo, *Onere della prova*, cit., 76 ss.; v., inoltre, L.P. Comoglio, *Le prove civili*, cit., 229; H.J. Musielak, *op. cit.*, 311 ss.; E. Benigni, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino 2014.

(23) Secondo L. Passanante, *op. cit.*, 21, il concetto di onere della prova continua, nondimeno, a conservare la sua utilità, consentendo di rendere più agevole per una parte la tutela dei diritti, senza dover necessariamente incidere sulla struttura della fattispecie. «In un processo dominato dal principio del libero convincimento, la regola (che usiamo denominare) dell'onere della prova svolge un ruolo differente rispetto a quello che svolgeva nel processo medievale, caratterizzato dal sistema della prova legale, giungendo perfino ad essere – là e qua – una cosa diversa: in quel contesto l'onere della prova veniva utilizzato dal giudice prima dell'assunzione dei mezzi di prova e, unitamente agli esiti dell'istruttoria, che erano determinati dall'applicazione delle rigide regole di prova legale, dava luogo, in via pressoché automatica, alla decisione della causa: la parte che avesse assolto l'onere della prova sarebbe risultata vittoriosa, mentre la parte che non avesse assolto l'onere della prova a proprio carico sarebbe risultata soccombente. Nel contesto attuale, la regola dell'onere della prova serve, al contrario, dopo l'assunzione e la valutazione dei mezzi di prova, come regola di giudizio residuale per l'ipotesi in cui determinati fatti (siano essi costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi) rilevanti per la fattispecie non risultino provati (o, che è lo stesso, non risultino provati a sufficienza), affinché il giudice non debba pronunciare una sentenza di *non liquet*. L'abbandono del sistema della prova legale non impone di abbandonare anche la regola dell'onere della prova; diversamente, il nuovo contesto, dominato dalla regola del libero convincimento, attribuisce a quella regola un significato differente, che corrisponde a un diverso modo di operare nel processo».

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

cui «*onus probandi incumbit ei qui negat, non ei qui dicit*», in flagrante contraddizione con il principio per cui «*negativa non sunt probanda*».

È l'*accusatio more germanico*, esempi della quale vengono offerti da Richard Wagner nel *Lohengrin* (atto I), quando Friedrich von Telramund accusa Elsa von Brabant di fratricidio, e nella *Götterdämmerung* (atto II, scena 4), là dove Siegfried viene accusato da Brühnnilde di tradimento ed è immediatamente chiamato dal consesso a discolparsi, letteralmente a "purgarsi", formulando il solenne "giuramento di purgazione" (*Reiningungseid*) per dimostrare la falsità dell'accusa (24).

Già nell'antico processo romano s'imponeva alle parti di prestare solenni giuramenti (*sacramenta*) per confermare le contrapposte allegazioni, demandando al *pontifex* di stabilire quale fosse il *sacramentum iustum*, in base agli elementi acquisiti e alla figura morale di ciascuna parte (25). In epoca giustinianea e nella *cognitio extra ordinem* il *iuramentum de calumnia* divenne obbligatorio e da prestare *in exordio litis*.

Nell'alto Medioevo l'influenza germanica segnò una netta discontinuità rispetto al processo romano tardo imperiale e giustinianeo. Il procedimento richiedeva una pronta risposta del convenuto (pena la condanna con *Versäumnisurteil* e il bando del contumace che si sottraeva al giudizio): la risposta, ove non limitata a un semplice *confiteri* o *recognoscere*, apriva la via del giudizio, mettendo capo alla sentenza di prova (*Beweisurteil* o *Beweisinterlocut*). Le prove raccolte prima del *Beweisurteil* avevano lo scopo di acclarare la credibilità (*Glaubhaftmachung*) delle affermazioni giurate compiute dalle parti, per poi dare corso alla seconda fase del giudizio, *id est* alla prova ordalica, sottoponendosi al giudizio di Dio (*Gottesgericht*), che costituiva un diritto prima ancora che un onere. Il giudice, nell'emettere la "sentenza di prova", poteva decidere su quale parte gravasse l'onere della prova in base alle circostanze, ponendola a carico della parte che meglio poteva conoscere i fatti o che affermava un fatto più probabile o che appariva più degna fra i contendenti e godeva di miglior fama nella comunità (26).

---

(24) V., *si vis*, A.M. Tedoldi, *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, Pisa 2017, 17 ss.

(25) E. Allorio, *Il giuramento della parte*, Milano 1937, 52 ss.; Id., *Cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, 58 ss.; V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1934, 112; E. Betti, *Diritto romano*, I, Padova 1935, 461; L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig 1891, 49 e 99; Siciliani, *L'*onus probandi *nel diritto romano*, in *Giur. it.* 1909, IV, 18 ss.; L. De Sarlo, *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, in *Arch. giur.*, CXIII (1935), 185 ss.

(26) G. Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* (1902), in *Saggi di*

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

Nel processo germanico il processo si apriva con una solenne "denuncia" (*Klage*, che contrassegna anche la domanda giudiziale in sede civile), formulata *per positiones ad respondendum et opponendum*, intese a provocare una risposta da parte dell'accusato. L'accusatore doveva prestare il giuramento *de calumnia*, cioè di agire *sine astu*, garantendo solennemente la propria buona fede in ordine all'esistenza dei fatti esposti nelle *positiones* (giuramento *de credulitate*, *se sciente habere certam suspicionem*), provocando il convenuto alla "purificazione" mediante giuramento di purgazione (*Reinigungseid*). L'accusa giurata con *anteiuramentum* fungeva, dunque, da *provocatio ad purgationem*. Il *iuramentum ad purgationem*, che l'accusato era chiamato a rendere *coram populo*, era invece *de veritate*, non *de credulitate*, ossia sulla conoscenza diretta dei fatti, in quanto il convenuto era più vicino alle circostanze oggetto dell'*accusatio*: "*praecise enim iurat sic non esse*" con la formula "*veritatem dico et non mentior*". Se prestato – talvolta con l'ausilio di *coniuratores* – il giuramento di purgazione liberava il convenuto dall'accusa, essendo obbligato a dire la verità sotto pena di incorrere nel castigo divino previsto per il delitto di spergiuro, ché all'epoca la migliore garanzia per il raggiungimento della verità era l'invocazione solenne di Dio, ben più di prove razionali, facilmente corruttibili con il mendacio.

Ciò incentivava però i falsi giuramenti, affievolendosi il timore in una punizione divina che mai giungeva. Si dovette perciò introdurre il duello giudiziario con la *Lex Burgundiorum*, che poteva essere richiesto dallo stesso convenuto o dall'attore in luogo del giuramento di purgazione. E s'ebbe così il *duorum bellum ad probationem veritatis* (*trial by battle* nella tradizione inglese), ben rappresentato nel I atto del *Lohengrin* di Richard Wagner, in un'epoca di giudizi divini ed eroici, come li definiva Giambattista Vico, in cui la decisione della lite era rimessa al giuramento delle parti e all'esito della prova ordalica.

Nell'*accusatio germanico more*, se l'accusatore solennemente giura di elevare accusa (*Klage*) secondo verità e senza menzogna, come fanno Friedrich von Telramund nel I atto del *Lohengrin* e Brünnhilde nella *Götterdämmerung* (II atto, scena 4), proponendo denuncia-querela – o anche domanda giudiziale, ché l'espressione tedesca *Klage* riunisce semanticamente in sé ambedue i significati – è l'accusato, offeso *coram omnibus* nel

---

diritto processuale civile, I, Roma 1930 (rist. Milano 1993), 181 ss.; C. Lessona, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, I, Firenze 1904, 152 s., che richiama i *Libri Feudorum*, I, 4, § 1; II, 11, 26, §§ 1 e 2; 33, § 2; G.A. Micheli, *op. cit.*, 24 ss.; nonché, ampiamente, B. Zuffi, *Contumacia e giudizio nel processo civile*, Napoli 2024, 135 ss.

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

proprio onore e nella stima di cui gode presso la comunità alla quale appartengono tutte le parti della lite, ad aver l'onere di provare (*Beweislast*) la propria innocenza, al cospetto di Dio e del popolo, formulando a propria volta il "giuramento di purgazione" dall'accusa (*Reinigungseid*), che è una sorta di solenne *litis contestatio erga omnes*.

Soltanto a seguito di contestazione dell'accusa diviene necessario fare ricorso al giudizio divino, all'ordalia, dal tedesco *Ur-theil*, che par quasi evocare l'originaria *divisio* (*Ur-teilen*), la separazione netta del bene dal male, del giusto dall'ingiusto, della ragione dal torto, la fissazione del limite e, con questo, del *nomos* ancestrale, che segna il confine di invalicabile rispetto della sfera altrui [27].

È poi chi regge la comunità, a seconda dei casi il re o gli scabini, per volontà di Dio e del popolo (il che è lo stesso), ad ascoltare l'accusa e la difesa, raccogliendo le dichiarazioni asseverate da contrapposti giuramenti solenni, sostenuti dall'intervento *ad adiuvandum* dei *coniuratores* (o *sacramentales*), generalmente parenti dell'accusato, che giuravano insieme a lui, non su fatti di cui fossero a conoscenza, ma sul presupposto morale ed etico dell'innocenza del congiunto e della verità delle sue allegazioni, per poi stabilire, attraverso la sentenza di prova (*Beweisurteil* o *Beweisinterlocut*), in qual modo debba esprimersi il giudizio di Dio (*Gottesgericht*), che stende la sua mano sull'innocente, confonde i malvagi e disperde i superbi nei pensieri dei loro cuori, con una sentenza finale (*Endurteil*) che, essendo *Gottesurteil*, non lascia sopravvivere dubbi (e, talvolta, neppure l'accusato o l'accusatore...).

È per questo che nell'antico processo germanico i litiganti dovevano parlare e dir tutto nella prima fase del processo, avendo l'onere di introdurre ogni elemento assertivo che potesse anche solo eventualmente riuscire utile al fine di prevalere sull'avversario (*Eventualmaxime*): chiusa questa fase ed emesso dal re o dagli scabini il *Beweisurteil* (detto anche *Beweisinterlocut*), che fissava il *Beweislast*, cioè l'onere della prova intesa come singolar tenzone o duello giudiziario (*duellum*, *Gerichtskampf*, *trial by battle*), nulla più le parti potevano aggiungere, dandosi corso all'ordalia e al *Gottesgericht*, per sua natura veridico e incensurabile, per lo più anche a causa dell'estinzione fisica o del bando che colpiva la parte soccombente o il suo campione, sceso nel *campus* (*témenos*), il cerchio del giudizio (*Gerichtskreis*), nel quale si svolgeva il *duorum bellum*, cessando la materia del contendere *quoad subiectum*. Chi, nonostante l'invito a comparire si

---

[27] C. Schmitt, *Il* 'nomos' *della terra*, cit., 54 ss.

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

fosse sottratto al giudizio, si sarebbe posto *ipso facto* fuori dalla comunità, subendo la condanna contumaciale (*Versäumnisurteil*) e, appunto, il bando (*bannum*) (28).

Analogamente nell'*adversary system* anglosassone, con la tradizionale *divisio* tra giudice del fatto (giuria), che emette un *verdict* (*veredictum*) sprovvisto di motivazione, e giudice statale, che applica la sanzione prevista dalla legge, vi è un preliminare *burden of producing evidence* (*burden of production*) nella fase *pre-trial*, laddove la giuria, quale *trier of fact*, è destinataria del *burden of persuasion*, con il connesso *risk of non persuasion* dei giurati – *beyond any reasonable doubt* nei giudizi penali, in base alla *preponderance of the evidence* in quelli civili – in esito al *trial*, nel quale si svolge l'*experimentum crucis* sui fatti allegati e sottoposti al fuoco incrociato degli interrogatori con metodo *adversarial* (29).

6. – Emerge da quanto esposto che, mentre nel processo romano-canonico l'onere della prova rappresentava la regola sussidiaria di giudizio, mediante la quale si poteva decidere nel merito anche in caso di dubbio in ordine all'esistenza dei fatti posti a fondamento della domanda e delle eccezioni, nel processo germanico tale regola operava in un contesto dominato dalle prove legali, imponendo un automatismo tra attività della parte ed esito del giudizio, condizionato dalla sentenza interlocutoria di prova (*Beweisurteil* o *Beweisinterlocut*), con cui il giudice, valutando la credibilità delle difese sulla scorta degli elementi offerti dalle parti nella

---

(28) H. Siegel, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, Giessen 1857, 167 ss.; Id., *Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang*, Wien, 1866; R. Sohm, *Der Prozess der 'Lex Salica'*, Weimar 1867; Id., *Die altdeutsche Reichs– und Gerichtsverfassung*, Weimar 1871; M-A. Bethmann-Hollweg, *Der germanisch-romanische Civilprocess im Mittelalter*, V, Bonn 1873 (rist. Aalen 1959), 164 ss.; F. Patetta, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, Torino 1890, *passim*; H.C. Lea, *Forza e superstizione ossia compurgazione legale, duello giudiziario, ordalia e tortura*, Piacenza 1910; E.G. Levi, *Il duello giudiziario. Enciclopedia e bibliografia*, Firenze 1932, 171 ss.; A. Erler, *Gottesurteil*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgescichte*, I, Berlin 1970, 1769 ss.; H. Brunner, *Deutsche Reschtsgeschichte*, I, 2, Leipzig 1906, 256 ss.; R. Schröder, E.F. Künsberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlin-Leipzig 1922, 846 ss.; C. Lessona, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, I, Firenze 1904, 150 ss.; A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, VI, 1, Torino 1900, 313 ss.; G.A. Micheli, *op. cit.*, 24 ss.; E. Allorio, *Il giuramento della parte*, Milano 1937, 84 ss.

(29) V. James Jr., Hazard, *Civil Procedure*, Boston-Toronto 1985, 313 ss.; M. Taruffo, *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1990, parr. 20-22; M. Garavaglia, *Onere della prova nel confronto tra* civil law *e* common law, in Aa.Vv. (a cura di), *L'onere della prova*, Milano 2024, 25 ss.; nonché *amplius* Id., *La ripartizione dell'onere della prova nel processo civile. Premesse per uno studio di diritto comparato*, Padova 2022, dove ulteriori riferimenti bibliografici.

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

prima fase del processo, decideva volta per volta la ripartizione degli oneri probatori, ponendoli discrezionalmente a carico dell'una o dell'altra parte, per dare poi corso al giudizio, anticamente affidato alla prova ordalica, in seguito al *trial* dinanzi a giuria, chiamata a rendere un *verdict* (*veredictum*), sprovvisto di motivazione, in rappresentanza del popolo (30).

Dall'incontro di queste due divergenti tradizioni ebbe a consolidarsi nel basso medioevo, ad opera dei glossatori che si rifacevano all'*ordo rationalis* aristotelico-tomistico, l'antico principio del diritto romano post-classico, in forza del quale «*ei incumbit probatio qui dicit., non qui negat*», tradottosi nella semplificazione analitica della fattispecie di cui al nostro art. 2697 c.c., attraverso l'apporto della pandettistica tedesca dell'Ottocento nel ricostruire sistematicamente e dogmaticamente la contrapposizione tra *actio* ed *exceptio*. Un principio la cui schematica rigidità soffre, *ex necesse*, di numerose eccezioni, in ragione sia di un diverso regime dell'onere della prova rispetto ai fatti negativi (secondo il tradizionale brocardo «*negativa non sunt probanda*»), sia di numerose e articolate presunzioni relative (*iuris tantum*), elaborate in via giurisprudenziale e casistica e talora generalizzate *ex lege*.

Lo svolgimento storico del dogma dell'onere della prova e della contumacia, intimamente legati tra loro, non può non tener conto di queste differenti concezioni e tradizioni, amalgamatesi nel corso dei secoli. Alfine placatosi «il frastuono del conflitto tra romanesimo e germanesimo» (31) –

---

(30) Una giustizia divina resa dinanzi al popolo, della quale restano tracce nell'istituzione della giuria popolare, tipicamente composta da dodici persone (le dodici tribù di Israele; i dodici giusti eletti a comporre il tribunale dell'Areopago per giudicare Oreste nelle *Eumenidi* di Eschilo; i dodici testimoni della *Lex Salica*; i dodici uomini onesti e pari all'accusato della *Magna Charta Libertatum* del 1215, chiamati a giudicare dei delitti), che rappresentano l'orda e che giudicano in virtù dell'autorità derivante dalla rappresentanza della tribù, succedanea di Dio, secondo un procedimento di giustizia popolare per definizione legittima, infallibile e, letteralmente, divina, perché rappresenta il *kosmos*, è ipostasi e personificazione *in corpore vili* dell'ordine del creato, identità fra Dio e la folla. La folla, il popolo è sempre pronto a offrire il proprio aiuto alla divinità quando questa si decide a infierire contro i malvagi e a difendere gli innocenti. E se è Dio a rovesciare i potenti dai loro troni, come recita il *Magnificat* dell'evangelista Luca (Lc., 1, 52), è la folla a calpestarli e a farli a brani. Per questo la *vox populi* è *vox Dei* (R. Girard, *L'antica via degli empi*, trad. it. Milano 1994, 23 ss.).

Sulle origini della giuria v. M. Macnair, *Vicinage and the Antecedents of the Jury*, in *Law and History Review*, XVII, 1999, 537 ss.; R.C. Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, LXXVII, London 1959, 57 ss.; J. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford 2007, 73 ss.; J. Nieva-Fenoll, *Ideologia e giustizia laica (con un'ipotesi sull'origine romana della giuria inglese)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, 519 ss.

(31) K.W. Nörr, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in questa *Rivista* 2004, 3 ss.; N. Picardi, *La giurisdizione*, cit., 199 s.; v. anche K.W. Nörr, *Naturrecht*

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

che torna a farsi tragicamente sentire sotto post-moderna veste geopolitica, economico-finanziaria e tecnocratica, in un'Europa e in un mondo attraversati da conflitti e divisioni non meno gravi e cruente (32) – superando ogni riduttiva schematizzazione tra questi due poli, ben si può dire che il processo civile moderno scaturisca da un travaglio iniziato fra V e VIII secolo, quale prodotto originale della storia, risultato spirituale e culturale dell'incontro fra romanità, germanesimo e cristianità, attraverso la compenetrazione di diverse esperienze, mediate dalla Chiesa romana e dalla capacità razionalizzante aristotelico-tomista che, sul piano processuale, diffonde nell'intera Europa il modello dell'*ordo iudiciarius*, sintesi ideale di quanto la ragione assume dalla tradizione e riesce a trasfigurare nei bisogni del presente, adattandoli via via agli sviluppi storico-economici.

La scienza giuridica europea, tra cui il diritto processuale, è a propria volta profondamente coinvolta nel percorso del razionalismo occidentale e parte integrante di questo: essa, «in quanto spirito, discende da nobili genitori. Il padre è il rinato diritto romano, la madre la Chiesa di Roma. La separazione dalla madre si compì finalmente, dopo parecchi secoli di ardui conflitti, all'epoca delle guerre civili di religione. La figlia scelse di stare con il padre, il diritto romano, e abbandonò la dimora materna. Cercò una nuova casa e la trovò nello Stato» (33).

Ora che, nella post-modernità liquida, anche la dimora statuale è caduta in rovina e viene abbandonata, la scienza giuridica è divenuta apolide e, con essa, le fondamenta stesse di principî edificati in tanti secoli di dolorosa storia europea franano sotto gli implacabili colpi di un potere tecnocratico sovranazionale, che tutto tende a piegare ai propri *desiderata*,

---

und Zivilprozess, Tübingen 1976, 9 ss.; N. Picardi, voce *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, in *Dig. civ.*, II, Torino 1998, 457 ss.; F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., I, Milano 1980, 133 ss.; P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000; E. Dezza, *Accusa e inquisizione: dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989; A. Chizzini, *'Antiquam exquirite matrem'. Romanesimo e germanesimo alle fonti del giusto processo civile*, in *Giusto proc. civ.* 2006, 131 ss.; Id., *Alle fonti del processo civile nel bicentenario wagneriano*, in *Giusto proc. civ.* 2014, 37 ss.; B. Biondi, *Intorno alla romanità del processo civile moderno*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 1965, 369 ss.

(32) Cfr. O. Spengler, *Il tramonto dell'Occidente*, trad. it. Milano 2008; E. Jünger, C. Schmitt, *Il nodo di Gordio*, trad. it. Milano 2023; R. Guénon, *Oriente e Occidente*, trad. it., Milano 2016; F. Cardini, *La deriva dell'Occidente*, Bari-Roma 2023; Odifreddi, *C'è del marcio in Occidente*, Milano 2024; A. Volpi, *I padroni del mondo. Come i fondi finanziari stanno distruggendo il mercato e la democrazia*, Bari-Roma 2024.

(33) Così, con potenza immaginifica, C. Schmitt, *Ex captivitate salus*, trad. it., Milano 1987, 71 s.

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

improntati esclusivamente alla massimizzazione del profitto individuale e all'esaltazione dell'*homo oeconomicus*.

Al cospetto di tali e tanti mutamenti occorre, dunque, rivisitare gli istituti consegnatici dalla tradizione. Così, il modello di processo onde nasce e si radica, sia pur con le descritte ambiguità, la regola di giudizio dell'onere della prova è bifasico, strutturandosi in una fase preliminare, in cui si decideva dell'ammissibilità della domanda e al termine della quale il giudice distribuiva discrezionalmente gli oneri probatori tra le parti, in base a criteri di credibilità *prima facie* degli elementi forniti dalle parti e di vicinanza alle fonti di prova, fissando i termini entro i quali si dovevano produrre i documenti e dedurre le prove costituende e stabilendo il riparto dell'*onus probandi* prima dell'introduzione dei mezzi di prova, non già una volta assunte le prove, quando non sia persuaso dell'esistenza di un fatto principale, come prevede in via sussidiaria l'art. 2697 c.c. (34).

Vero è che, nel sistema delle prove legali, il giudice, chiusa la fase preliminare e distribuiti gli *onera probandi* con la sentenza interlocutoria (*Beweisinterlocut*), altro non faceva che verificare la regolarità formale dei documenti e ponderare *ex numeratione* i testi addotti dalle parti, al fine di decidere a chi attribuire la vittoria e a chi la soccombenza. Con l'avvento dell'*intime conviction* del giudice (art. 116 c.p.c.), dove la regola dell'onere della prova opera a valle dell'assunzione delle prove *hinc et inde* prodotte e dedotte o disposte d'ufficio e acquisite al processo senza dare rilievo alla parte onerata, in via sussidiaria e in modo *oggettivo* anziché *soggettivo* (35), al fine di consentire comunque una pronuncia di merito destinata a divenire cosa giudicata sostanziale *ex* art. 2909 c.c., l'*onus probandi*, piuttosto che un onere, è regola intesa *tout court* a impedire il *non liquet*: il giudice dovrà fare applicazione delle norme sostanziali invocate soltanto se risul-

---

(34) J. Nieva Fenoll, *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, cit., 1195 ss.

(35) La dottrina suole tradizionalmente distinguere tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva dell'onere della prova: la prima è rivolta alle parti e si qualifica propriamente quale onere; la seconda fonda la regola sussidiaria di giudizio, applicata dal giudice in caso di mancata prova del fatto rilevante. V., in proposito, G.A. Micheli, *op. cit.*, 108 ss.; G. Verde, *L'onere della prova*, cit., 15 ss.; M. Taruffo, voce *Onere della prova*, cit., 65 ss. e spec. 72 s.; L. Passanante, *op. cit.*, 16 s. Nella dottrina tedesca v. H.J. Musielak, M. Stadler, *Grundfragen des Beweisrechts*, München 1984, 116; H. Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast: eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht*, München 1983, 6 ss.; H.J. Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., 34; L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010, 645, dove si distingue l'*objektive Beweislast* (detto anche *materielle Beweislast* o *Feststellungslast*) dal *Beweisführungslast* (detto anche *subjektive* o *formelle Beweislast*).

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

teranno dimostrati i fatti di cui le norme stesse presuppongono l'esistenza per produrre un determinato effetto giuridico; se i fatti non sono provati, il giudice non potrà fare applicazione di quelle norme e la parte che le invoca non potrà conseguire gli effetti giuridici perseguiti *iudicio*. Fare oggi a meno del dogma dell'onere della prova implica *tout court* la necessità per il giudice di derivare le conseguenze della mancata prova di un determinato fatto dalla fattispecie normativa, sulla quale s'impernia la tutela invocata dalla parte (36).

Si consideri che ancor oggi, nel processo statunitense, la nozione di *burden of proof* si scinde nella figura mobile del *burden of production* nella fase *pre-trial* e nel *burden of persuasion* nel *trial*. Nella fase *pre-trial*, che funge da filtro rispetto al *trial*, al giudice togato è demandato il compito di esaminare le prove dedotte e prodotte dalle parti, al fine di stabilire se sia stato o meno soddisfatto il *burden of production* attraverso *evidentiary materials* (c.d. *cold evidence*), che appaiano *prima facie* idonei ad affrontare il "fuoco" del *trial*, ripartendo tale peculiare onere in modo dinamico e variabile in base agli svolgimenti processuali (si parla al riguardo di *shift* del *burden of production*) ed eventualmente definendo, in tutto o in parte, la lite con un *summary judgment* o con un *judgment as a matter of law* per mancato assolvimento del *burden of production*. Superato tale filtro, nel *trial* spetta alla giuria – o, nei *non jury trial* (che costituiscono ormai la regola in materia civile), al giudice statale – stabilire se sia stato soddisfatto il *burden of persuasion*, in base alle istruzioni date dal giudice alla giuria e allo *standard* di formazione del convincimento che, in materia civile, verte sulla *preponderance of the evidence* acquisita in seno al *trial* (37).

Sotto altro profilo si consideri che, nonostante la regola dell'onere della prova contenga una prescrizione diretta al giudice, al fine di consentirgli di decidere in ogni caso, vietandogli il *non liquet* quando manchi del tutto o sia insufficiente la prova dei fatti rilevanti, la figura dell'onere, ereditata dalla descritta tradizione, evoca la dimensione soggettiva dei compiti che gravano su ciascuno dei litiganti, indicando alle parti quali fatti debbano provare, se vogliono ottenere ragione ed evitare la soccom-

---

(36) J. Nieva Fenoll, *op. loc. ult. cit.* Un ripensamento critico del canone dell'onere della prova in senso oggettivo, cioè come regola sussidiaria di giudizio, si trova già in Verde, *L'onere della prova*, cit., 137 ss.; V. Andrioli, voce *Prova*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino 1967, 293.

(37) Cfr. *amplius* M. Garavaglia, *opp. loc. citt.*, dove ulteriori ampî riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza statunitensi.

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

benza (38). A ben guardare, la critica a questo versante soggettivo dell'onere della prova evoca il principio generale di acquisizione delle prove, le quali, una volta entrate a far parte del *Prozessstoff*, sono integralmente rimesse alla libera valutazione del giudice, senza che possieda più alcun rilievo quale parte le abbia introdotte, né se il giudice le abbia disposte *ex officio*. Talché, alla luce delle ingravescenti asimmetrie socio-economiche, finanziarie, tecnologiche e informative che connotano la post-modernità, appare indispensabile ricercare un nuovo equilibrio tra libero convincimento del giudice e *commodus discessus* della regola sussidiaria di giudizio dell'onere della prova, esigendo dalle parti una piena cooperazione istruttoria, prevedendo sanzioni per l'inadempimento a tale obbligo di cooperazione mediante multe processuali, con la possibilità, in caso di rifiuto, di ritenere ammessi i fatti controversi (cfr., ad es., l'art. 840-*quinquies*, commi 11°, 12° e 13°, c.p.c. sulle azioni collettive).

L'abbandono di qualunque rigido schematismo dogmatico è, dunque, tanto più necessario oggidì, in un contesto accentuatamente asimmetrico, al fine di realizzare un'effettiva parità delle parti – e delle armi (*Waffengleichheit* si chiama ancor oggi nel diritto processuale tedesco, memore dell'ordalico *duorum bellum* (39)) – *ab antiquo* predicata quale indispensabile *coaequatio litigatorum* e solennemente sancita all'art. 111, comma 2°, Cost., in quanto canone fondamentale e irrinunciabile del c.d. "giusto processo".

7. – L'istituto della contumacia si colloca al confine tra le divergenti, ricomposte e frammiste tradizioni dianzi ricordate e concisamente descritte, affette per vero da obsolescenza rispetto al tempo nostro, intriso di sempre più gravi disparità socio-economiche, finanziarie, tecnologiche e informative (40).

---

(38) J. Ferrer Beltrán, *La c.d. "*carga dinámica*" della prova: tra equivoci e superfluità*, cit., 897 ss.; M. Taruffo, voce *Onere della prova*, cit., 72; Passanante, *op. cit.*, 19 ritiene il problema più terminologico che di sostanza, non consistendo tanto nella necessità di cancellare la distinzione tra il profilo soggettivo e oggettivo dell'onere della prova, quanto di riportare questa distinzione al suo vero senso, che è quello di far sorgere un dovere in capo al giudice e un onere in capo alle parti.

(39) A. Kwaschik, *Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess*, Tübingen 2004.

(40) Sia consentito rinviare a A.M. Tedoldi, *"Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori". Il* Pater noster *secondo Francesco Carnelutti e la responsabilità del debitore*, Bologna 2021; nonché Id., *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, Pisa 2021, dove ulteriori riferimenti bibliografici.

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

L'*indefensio* nella fase *in iure* del processo formulare romano veniva sanzionata in ragione del carattere *ex necesse* bilaterale della *litis contestatio*. Se il convenuto (*reus*) non partecipava alla *litis contestatio*, l'attore veniva immesso nel possesso del bene controverso (*missio in rem*), quando aveva esercitato un'*actio in rem*; se aveva proposto un'*actio in personam*, l'*indefensio* del *reus* determinava il *nexum* e poi, abolito questo con la *lex Poetelia Papiria* nel IV secolo a.C., la *missio in bona*, acquisendo l'intero patrimonio del debitore convenuto (41). Compiuta la *litis contestatio* mercé le descritte misure coercitive del *reus* a prender parte alla fase *in iure* dinanzi al *praetor* che concedeva la *formula*, l'*absentia* della parte nella fase *apud iudicem* non impediva che questa giungesse alla *res iudicata* o, in mancanza di prova, al *non liquet*.

Nella *cognitio extra ordinem* post-classica il processo, ormai a impronta marcatamente pubblicistica, si svolgeva nonostante la contumacia, che equivaleva a *ficta contestatio*. Nei successivi svolgimenti ebbe, pur tuttavia, a verificarsi una frattura tra ordinamenti a matrice romano-canonica che, ispirandosi al sistema dell'*actio*, trattavano la contumacia quale *ficta contestatio* («*ne absens damnetur*») (42), e quelli nordici che, rifacendosi all'*accusatio more germanico*, esigevano una pronta risposta dal *reus*, pena la sconfitta irrogata con sentenza contumaciale accompagnata dal *bannum*, che lo escludeva dal *pagus* e dalla *communitas*, dacché il contumace spregiava la giustizia e, non difendendosi, confessava di per sé ed *erga omnes* la sua colpa («*contumax pro convicto et confesso habetur*»).

In questa concezione della contumacia quale *ficta confessio*, la parte che non adempie all'obbligo di comparire in giudizio compie un atto di

---

(41) Cfr. L. D'Amati, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, Napoli 2016, nonché, *si vis*, A.M. Tedoldi, *"Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori"*, cit., 64 ss. V. ampiamente B. Zuffi, *Contumacia e giudizio*, cit., 24 ss.

(42) A. Rispoli, *La contumacia nel processo civile*, Milano 1911, 244; G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, 754; F. Bonifacio, voce *Contumacia (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino 1957, 770 ss.; E. Cortese, voce *Contumacia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 447 ss.; Id., voce *Contumacia (diritto intermedio – diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 452 ss.; E. Costa, voce *Contumacia (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino 1959; G. Giannozzi, *La contumacia nel processo civile*, Milano 1963; P. Brandi, voce *Contumacia*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 458 ss.; B. Ciaccia Cavallari, voce *Contumacia*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1989, 321 ss.; D. D'Adamo, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano 2012; F. Ferrari, *Commento agli artt. 290 ss. c.p.c.*, in L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R, Vaccarella (diretto da), *Commentario del c.p.c.*, III, 2, Torino 395 ss.; D. D'Adamo, *Il procedimento in contumacia*, in L. Dittrich (a cura di), *Diritto processuale civile*, II, Milano 2019, 2311 ss.; B. Zuffi, *Contumacia e giudizio*, loc. cit.

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

ribellione al potere sovrano (*inoboedientia regi*, *Ungehorsam*) e deve, perciò, essere punita con una misura sanzionatoria (43), che comporta la soccombenza per rinuncia alla difesa in giudizio (44).

Tale divaricazione di trattamento della contumacia è giunta sino ai giorni nostri. Nel c.p.c. francese del 1806 era previsto (art. 150) che, in caso di contumacia del convenuto, il giudice accogliesse la domanda della parte attrice, soltanto se la trovava "giusta e ben verificata". Contro la sentenza a carico del contumace era data opposizione contumaciale, che ne sospendeva l'esecuzione, salvo che non fosse stata concessa l'esecutorietà provvisoria (art. 159 c.p.c. francese 1806).

Ancor oggi il vigente c.p.c. francese, agli artt. 471 ss., prevede che «*le défendeur qui ne comparaît pas peut, à l'initiative du demandeur ou sur décision prise d'office par le Juge, être à nouveau invité à comparaître si la citation n'a pas été délivrée à personne*» (art. 471), che, «*si le défendeur ne comparaît pas, il est néanmoins statué sur le fond. Le Juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée*» (art. 472) e che la sentenza resa in contumacia possa essere impugnata mediante opposizione contumaciale, ai sensi degli artt. 571 ss. c.p.c. francese, salvo che non sia diversamente disposto («*Le jugement rendu par défaut peut être frappé d'opposition, sauf dans le cas où cette voie de recours est écartée par une disposition expresse*»: così l'art. 476) (45).

Analogamente il c.p.c. italiano del 1865 non contemplava alcuna facilitazione per l'attore in caso di contumacia del convenuto, che valeva quale *ficta contestatio* di tutte le allegazioni di parte attrice (cfr. l'art. 384 c.p.c. 1865). V'era poi la possibilità dell'opposizione contumaciale, quando il convenuto non fosse stato citato in persona propria, salvo che la citazione non fosse stata rinnovata (art. 474 c.p.c. 1865); le sentenze contumaciali non potevano essere eseguite durante il termine per l'opposizione, salvo che fosse stata ordinata l'esecuzione provvisoria (art. 475 c.p.c. 1865). Vi era, nondimeno, la possibilità di conseguire la *ficta confessio* dei fatti

---

(43) Martin, *De indole contumaciae in causis civilibus*, Gottingae 1803; A. Wach, *Präklusion und Kontumaz*, in *Zeitschrift für das Privat– und öffentliche Recht der Gegenwart*, VII, 1880, 147 ss.; V. Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario*, Roma 1905 385 ss.

(44) N.T. Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*, Erlangen 1805; L. Prasse, *De indole contumaciae in causis civilibus*, Leipzig 1829; nella dottrina italiana cfr. L. Mortara, *Manuale della procedura civile*, I, Torino 1929, 517; M. Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, I, Torino 1864, 77 s., per i quali la parte contumace si rimette *tout court* a quello che deciderà il giudice.

(45) V. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, Paris 2016, 563 ss.; G. Couchez, X. Lagarde, *Procédure civile*, Paris 2011, 353 ss.

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

dedotti in interrogatorio formale, della parte contumace non meno che di quella costituita, quando questa non fosse comparsa a rispondere, salvo un impedimento legittimo (art. 218 c.p.c. 1865) (46).

Nei progetti di riforma del c.p.c. anteriori al 1940 vi fu la tendenza a considerare la contumacia del convenuto quale *ficta confessio* dei fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (47); ma con i progetti preliminare e definitivo Solmi (1937-1939) si tornò alla tradizione romano-canonica della contumacia quale *ficta contestatio*, ribadita negli artt. 291 ss. c.p.c. 1940. Il contumace gode, anzi, di un regime di particolare protezione e quasi di *favor*, tanto da esigersi la notifica di determinati atti al contumace nel corso del processo (art. 292 c.p.c. (48)) e da consentirgli di costituirsi sino alla rimessione della causa in decisione, disconoscendo le scritture contro di lui prodotte (art. 293 c.p.c.).

Sulla parte contumace non ricade alcun onere di specifica contestazione, che l'art. 115, comma 1°, c.p.c. riserva alle sole parti costituite, al pari di quel che prevedono gli artt. 167 e 416 c.p.c. sull'onere del convenuto di prendere posizione in comparsa di costituzione e risposta (o, nel rito del lavoro, nella memoria difensiva di costituzione in giudizio) sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, nonché l'art. 186-*bis* c.p.c. per l'ordinanza di pagamento di somme non contestate, che può essere emessa soltanto a carico della parte costituita (49). Né dalla mancata risposta all'interrogatorio formale discende alcuna *ficta confessio* dei fatti dedotti, che il giudice può ritenere come ammessi soltanto «valutato ogni altro elemento di prova», ai sensi dell'art. 232 c.p.c. (50).

---

(46) G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, 751 ss.; Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, s.d. (1920), 827 ss. e, sull'opposizione contumaciale, IV, 311 ss.; L. Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, IV, Torino 1902, 781 ss.; v. anche B. Zuffi, *Contumacia e giudizio*, cit., 190 ss.

(47) Art. 80 Proposta Chiovenda (1920): «I fatti affermati dall'attore si considerano ammessi a condizione che non siano contraddetti da prove già raccolte e siano idonei a giustificare la domanda».

Art. 305 Avanprogetto Carnelutti (1926): «In caso di mancata costituzione di una parte, i fatti affermati dall'altra parte a fondamento della propria domanda od eccezione si considerano come ammessi».

Art. 550 Progetto Redenti (1936): «In caso di contumacia i fatti dedotti dalla parte costituita si considerano come ammessi».

(48) Come integrato da Corte cost., 28 novembre 1986, n. 250 e Corte cost., 6 giugno 1989, n. 317.

(49) Sull'art. 115 c.p.c. sia consentito rinviare a A.M. Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in questa *Rivista* 2011, 85 ss.

(50) Cfr., *ex plurimis*, Cass., 1° marzo 2018, n. 4837: «La sentenza nella quale il giudice ometta di prendere in considerazione la mancata risposta all'interrogatorio formale non è affetta da vizio di motivazione, atteso che l'art. 232 c.p.c., a differenza dell'effetto auto-

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

Anche un cauto tentativo di equiparare la contumacia *italico more* a una *ficta confessio* sul modello tedesco del *Versäumnisurteil*, compiuto dall'art. 13, comma 2°, d. lgs. n. 5/2003 nell'abrogato rito societario, venne stroncato *illico et immediate* dalla Consulta, che dichiarò incostituzionale tale articolo, «nella parte in cui dispone che i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di risposta, si intendono non contestati e il tribunale decide sulla domanda in base alla concludenza di questa», non solo per eccesso di delega, ma anche perché «la disposizione censurata – stabilendo che, se il convenuto non notifica la comparsa di risposta o lo fa tardivamente, i fatti affermati dall'attore si reputano non contestati – detta una regola del processo contumaciale in contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita» (51).

Neppure hanno mai avuto alcun effettivo seguito le proposte, avanzate dalla Commissione Vaccarella nel 2013, di modificare idoneamente gli artt. 115, 163, n. 7, e 186-*bis* c.p.c., in modo da rendere applicabile anche al contumace l'onere di specifica contestazione.

In Italia il convenuto rimasto contumace contesta implicitamente tutto quel che l'attore allega a fondamento della domanda: dovrà dunque l'attore darsi cura di provare rigorosamente ogni elemento costitutivo del diritto dedotto in giudizio e talvolta anche l'inesistenza di fatti impeditivi rilevabili anche d'ufficio (ad es., la nullità *ex* art. 1418 c.c.), valendo la contumacia quale integrale e *ficta contestatio*. In una parola, la condanna del contumace in Italia è più difficile della condanna di parte costituita la quale, se non altro e usualmente, non contesta almeno una parte dei fatti costitutivi. Permane insomma, anche nel campo civile, un anacronistico *favor rei*, incompatibile con le accennate asimmetrie.

---

matico di *ficta confessio* ricollegato a tale vicenda dall'abrogato art. 218 del precedente codice di rito, riconnette a tale comportamento della parte soltanto una presunzione semplice che consente di desumere elementi indiziari a favore della avversa tesi processuale (prevedendo che il giudice possa ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio "valutato ogni altro elemento di prova"), onde l'esercizio di tale facoltà, rientrando nell'ambito del potere discrezionale del giudice stesso, non è suscettibile di censure in sede di legittimità» (conf. Cass., 19 settembre 2014, n. 19833; Cass., 28 settembre 2009, n. 20740).

(51) Corte cost. 12 ottobre 2007, n. 340, in questa *Rivista* 2008, 517 ss., con nota di B. Sassani, F. Auletta, *L'illegittimità costituzionale per "contrasto con la tradizione": in morte di una (buona) "regola del processo"*; in *Corr. giur.* 2007, 1741 con nota di M. De Cristofaro, *Dissolvenza sul rito societario di cognizione ordinaria?*; in *Giur. it.* 2008, 1105, con nota di E. Frontoni.

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

8. – Ben diverso è quel che prevedono *ab immemorabili tempore* la ZPO tedesca e gli ordinamenti inglese e statunitense circa gli effetti della contumacia del convenuto.

Anzitutto, nel § 138 ZPO è sancito il dovere delle parti di chiarire i fatti rilevanti (*Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht*), formulando le loro allegazioni in modo completo e secondo verità e prendendo posizione sulle circostanze allegate dalla controparte. I fatti che non sono esplicitamente contestati devono essere considerati come ammessi, a meno che l'intenzione di contestarli non emerga dalle altre dichiarazioni della parte. Una dichiarazione di non conoscere una determinata circostanza è possibile solo rispetto ai fatti che non riguardino attività della parte e che non siano stati oggetto della sua sfera percettiva. Il § 139 ZPO sulla *Materielleprozessleitung* (direzione materiale del processo) prescrive al giudice, sin dalla prima udienza, di discutere con le parti, nella misura ritenuta necessaria, i fatti e il rapporto controversi nei loro profili di fatto e di diritto e di formulare domande in proposito, facendo sì che le parti si esprimano tempestivamente e in modo completo su ogni fatto rilevante, fornendo indicazioni sufficienti circa i fatti dedotti in giudizio, indicando i mezzi di prova e proponendo istanze pertinenti, con il potere-dovere altresì di sottoporre al contraddittorio tutte le questioni, di fatto e di diritto, rilevate d'ufficio (c.d. *Hinweis– und Aufklärungspflicht*) (52).

Quel medesimo dovere di collaborazione che si coglie *ictu oculi* in tali norme e che proviene dalla lunga tradizione germanica dell'*accusatio*, sopra ricordata e ancor oggi denominata *Klage* anche in materia civile, fa sì che la contumacia dell'attore o del convenuto venga sanzionata dai §§ 330 e 331 ZPO con il *Versäumnisurteil*, la sentenza contumaciale di rigetto nel merito della domanda dell'attore, quando questi non compaia all'udienza di trattazione orale, presumendosi una rinuncia non soltanto alla domanda proposta, ma finanche al diritto dedotto in giudizio (§ 330 ZPO), nonché l'emanazione di sentenza contumaciale a carico del convenuto non comparso all'udienza fissata per la trattazione orale, considerando come ammesse le allegazioni di fatto dell'attore, che risultino fondate in diritto, alla

---

(52) V., *amplius*, D. Olzen, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Zivilprozess* (98), 1985, 403 ss.; W. Bernharolt, *Wahrheitsplicht und Geständnis im Zivilprozessrecht*, in *Juristiche Zeitung* 1963, 245 ss.; H. Prütting, *Die materielle Prozessleitung*, in *Festschrift Musielak*, München 2004, 401 ss.; cfr. anche W. Grunsky, *Processo civile (Germania)*, in *Dig. civ.*, XV, Torino 1997, 142 ss. § 5 lett. c); R. Caponi, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in questa *Rivista* 2006, I, 523 ss. e, spec., 534; P.L. Murray, R. Stürner, *German Civil Justice*, Durham 2004, 166 e 173.

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

stregua di *ficta confessio* (§ 331 ZPO). Una sentenza contumaciale contro il convenuto può ottenersi soltanto quando le allegazioni dell'attore giustifichino la domanda (§ 331, comma 2°, ZPO), essendo "concludenti" (*schlüssig*). Quando manchino di concludenza (*Schlüssigkeit*), la domanda dell'attore è respinta nel merito con sentenza, nonostante la contumacia del convenuto, con il c.d. *Unechtes Versäumnisurteil*, contro il quale non è ammessa opposizione contumaciale, ma che è soggetto ai mezzi di impugnazione ordinari (appello e revisione).

La parte soccombente può proporre opposizione (*Einspruch*) contro la sentenza contumaciale (§ 338 ZPO) nel termine perentorio di due settimane dalla notificazione della sentenza (§ 339 ZPO), sia nel caso di contumacia dell'attore sia in quello di contumacia del convenuto. Se non viene proposta opposizione, la sentenza passa in giudicato e produce gli stessi effetti di una sentenza pronunciata nel contraddittorio. Non occorre giustificare la contumacia: l'opposizione – che, ai sensi del § 340 ZPO, deve contenere i mezzi di attacco e di difesa (*Angriffs– und Verteidigungsmittel*) nella misura in cui, considerando lo stato del processo, ciò corrisponda al dovere di diligente e accurata condotta processuale (*Prozessförderungspflicht*) – produce *ipso iure* l'effetto di far ritornare il processo nella situazione in cui si trovava prima che si verificasse la contumacia (§ 342 ZPO), fatta salva l'esecutorietà provvisoria della sentenza contumaciale, che tuttavia il giudice può sospendere ai sensi del combinato disposto dei §§ 719 e 707 ZPO.

In seguito all'opposizione il giudice, verificatane la tempestività e l'ammissibilità, deve fissare una nuova udienza di trattazione (§§ 341 e 341a ZPO). Se all'udienza fissata per la trattazione orale la parte non compare, non residua alcuna ulteriore possibilità di opposizione contro la seconda sentenza contumaciale che respinge l'opposizione, chiude il processo e acquista efficacia di giudicato (*Zweites Versäumnisurteil*: § 345 ZPO) (53).

9. – Nel Regno Unito un numero assai rilevante di cause si chiude nel corso della fase *pre-trial* con un *default judgment*, vera e propria sanzione per l'inattività di una parte, che non compia quanto previsto dalla legge (*Part 12 Civil Procedure Rules – CPR*) o disposto da un ordine della corte, spesso assistito da comminatoria di *contempt of court* in caso di inosservanza.

---

(53) V., in luogo di molti, W. Grunsky, *Processo civile (Germania)*, cit., 142 ss., § 7; B. Zuffi, *Contumacia e giudizio*, cit., 215 ss., con riferimenti anche alla disciplina austriaca e a quella elvetica.

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

Così, si ha *default* quando il convenuto non comunichi la ricezione di atti notificati o l'intenzione di difendersi, quando l'attore non notifichi tempestivamente al convenuto lo *statement of claim* (si tratta del cosiddetto *default of pleadings*) o il convenuto non notifichi all'attore la sua *defence*. Analogamente, si ha *default* se una parte non ottemperi alle regole o ai provvedimenti della corte in materia di *discovery*.

Il *default* mette capo a un provvedimento di merito, che accoglie o respinge la domanda e che, pur essendo talvolta revocabile o modificabile, è vincolante, esecutivo e idoneo a passare in giudicato. Il *default judgment* non esige alcuna disamina né alcuna motivazione sul merito della domanda (accolta o respinta), trattandosi di una sanzione che consegue *ipso facto* alla mancata cooperazione della parte, per inosservanza della legge e disobbedienza all'autorità sovrana, rappresentata dai giudici di nomina regia: tant'è che il *default judgment* spesso non viene neppure emanato dalla corte o dal *Master of the Rolls*, ma da un funzionario (il *Court Officer*), che accerta il verificarsi delle condizioni previste *ex lege* per il *default judgment* (54).

Il *default judgment*, non presupponendo alcun esame nel merito, non contiene neppure alcuna motivazione. Il che, nel paradigmatico caso *Gambazzi*, ha posto il problema della conformità o meno all'ordine pubblico processuale del *default judgment* quando, come in quella controversa vicenda, venga emesso a seguito di *debarment* del convenuto regolarmente costituito, esercitando la corte il *power to strike out* di cui alla *Part 3.4* s. *CPR* per *contempt of court* (il cui etimo è identico a quello di contumace, dal verbo latino *contemnere*, disprezzare, disobbedire, ribellarsi), in conseguenza di reiterate inosservanze a *court orders* (55).

---

(54) M. Taruffo, voce *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, cit., par. 18; J.I. H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, London 1987, 119 ss.; nonché, dopo la *Woolf Reform*, N. Andrews, *English Civil Procedure*, London 2003, *chap*. 19; Id., *Andrews on Civil Processes. Court Proceedings. Arbitration & Mediation*, Cambridge 2019, 216 ss.; Zuckerman, A. *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*, London 2021, *chap.* 9; v. anche B. Zuffi, *Contumacia e giudizio*, cit., 222 ss.

(55) Sulla vicenda Gambazzi v., ampiamente e criticamente, M. Stella, *Processo contumaciale e* default judgments *nello specchio del* fair trial *europeo*, in A. Ciampi (a cura di), *L'istituto della contumacia nell'ordinamento italiano e* beyond. *Passato, presente e futuro*, Milano 2024, 129 ss., dove ulteriori ampî richiami; v. anche C. Consolo, *Presentazione*, in A. Ciampi (a cura di), *op. cit.*, XIII ss.; nonché E. Benigni, E. D'Alessandro, M. Salvadori, *Processo inglese fra diritti e doveri dei convenuti stranieri*, Padova 2016; E. D'Alessandro, *Provvedimento inglese di esclusione dal processo e diniego di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico processuale. La Corte di giustizia si pronuncia sul caso "Gambazzi"*, in *Foro it.* 2009, IV, 384; G. Cuniberti, *Debarment from Defending, Default Judgments and Public Policy*, in *Praxis des internationalen Privat– und Verfahrensrechts*, 2010, 148 ss.; B. Sujecki, *Unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Anspruchs auf rechtliches Gehör*, in *Europäische*

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

Nell'ordinamento statunitense non si dà corso al *trial*, quando il processo non può proseguire per inattività delle parti.

Così, se l'attore non compie le attività necessarie per la continuazione del processo o intende abbandonare la causa, si ha il *dismissal*. Le *Federal Rules of Civil Procedure* prevedono che l'abbandono volontario avvenga liberamente prima che il convenuto abbia presentato le sue difese o su autorizzazione della corte se avviene dopo la costituzione in giudizio del convenuto [*Rule 41 (a)*]. Il *dismissal*, a differenza del *Versäumnisurteil* a carico dell'attore non comparso all'udienza di trattazione orale (v. *supra*), non preclude la riproposizione della domanda, salvo che sia già avvenuto in un altro processo o la corte disponga diversamente. Se non è pronunciato d'ufficio, il *dismissal* per inattività dell'attore può essere chiesto dal convenuto mediante *motion to dismiss* [*Rule 41 (b)*], che può essere proposta anche quando le allegazioni dell'attore siano *ictu oculi* completamente inidonee a fondare la domanda o per carenza di *jurisdiction* o per altri vizi processuali [*Rule 12 (b)*]. In questi casi, il *dismissal* ha effetti equivalenti a quelli di una pronuncia sul merito e preclude la riproposizione della domanda [*Rule 37 (b) (2) (c)*].

Se l'inattività è del convenuto, la conseguenza è il *default judgment*, che ha luogo quando il convenuto ometta di difendersi e si traduce in una sentenza di condanna [*Rule 55 (a)*], emanata dal *clerk* invece che dal giudice quando verta su una somma di denaro certa o calcolabile, attestata dall'attore mediante *affidavit* [*Rule 55 (b) (1)*]. Negli altri casi la sentenza è pronunciata dalla corte, che può anche fissare un'apposita udienza, qualora il convenuto sia comparso personalmente o con un rappresentante,

---

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2009, 424 ss.; M. De Cristofaro, *Stolzenberg, Gambazzi ed una* 'successful avoidance' *di un non troppo equo processo inglese*, in *Int'l Lis*, 2006-2007, 46 ss.; Id., *Ordine pubblico "processuale" ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale "europeo"*, in V. Colesanti, C. Consolo, G. Gaja, F. Tommaseo (a cura di), *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, II, Padova 2009, 892 ss.

Sul caso Gambazzi v. le pronunce di Corte di giustizia, 2 aprile 2009, causa C-394/07, in *Foro it.* 2009 IV, 382, con la citata nota di E. D'Alessandro; Cass., 9 maggio 2013, n. 11021, in *Foro it.* 2013, I, 2136, con nota di E. D'Alessandro, nonché B. Zuffi, *Contumacia e giudizio*, cit., 281 ss.

Sui profili storico-culturali del processo inglese, che non ha mai conosciuto la frattura tellurica della Rivoluzione francese, v. C. Consolo, *Presentazione*, in A. Ciampi (a cura di), *op. cit.*, XVII ss.; nonché *amplius*, anche sul *default judgement* e sul *contempt of court*, C. Consolo, *Il processo civile alla* High Court *di Londra, un intarsio fra Medioevo e globalizzazione economica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, IV *Speciale*, 61 ss.; Id., *Il diritto processuale civile e la sua universalità nobilmente servente*, in Id., *Passeggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, Torino 2015, 529 ss., spec. 549 ss. e 566 s.

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

senza costituirsi in giudizio. Quando il *default judgment* è demandato alla corte, la pronuncia non è automatica: il giudice dispone di ampia discrezionalità nel considerare le posizioni dell'attore e del convenuto, le ragioni della contumacia, la natura e l'oggetto della causa, la credibilità delle allegazioni e le prove disponibili [*Rule 55 (b) (2)*]. Il *default judgment* definisce nel merito la lite, è esecutivo ed è idoneo a trascorrere *in rem iudicatam*. Tuttavia, può essere revocato o annullato (*setting aside*) sulla base di una *good cause* valutata discrezionalmente dalla corte [*Rule 55 (c)*].

Come nel Regno Unito, il *default judgment* non ha luogo soltanto nel caso di contumacia del convenuto, ma anche d'ufficio e a discrezione della corte, quale sanzione a carico della parte che non ottemperi a un *court order*, che ammette o dispone la *discovery* [v. *Rule 37 (b) (2) (A) (vi)*, che consente di emettere «*a default judgment against the disobedient party*», «*for not obeying a discovery order*»] (56).

10. – Il trattamento della contumacia *italico more* – al pari della semplificazione analitica della fattispecie dettata nell'art. 2697 c.c. sull'onere della prova – è ormai ampiamente obsoleto e appare incompatibile con l'avvento della tecnologia digitale, con le asimmetrie socio-economiche e informative e con la rapidità che connotano la nostra epoca postmoderna.

I temi che abbiamo legato tra loro e affrontato in questo scritto sfuggono a ogni sistemazione *a priori*, che vada oltre i limiti della ricostruzione che abbiamo cercato di offrire in chiave storica e comparatistica, cui pare opportuno far seguire qualche breve riflessione conclusiva.

Troppo spesso la regola sussidiaria di giudizio dell'onere della prova viene adoperata *a posteriori*, quasi a sorpresa, a guisa di *commodus discessus* quando permangano nella *mens iudicis* irrisolte perplessità o, quel che è peggio, quando le istanze istruttorie siano state escluse con troppo severo metro di (ir)rilevanza o genericità. Non è infrequente che vi siano sentenze di rigetto delle domande per mancanza prova, che giungono all'esito di istruttorie non esperite o del tutto superficiali e sommarie, in ossequio al far presto che connota il nostro tempo.

---

(56) Su *dismissal* e sul *default judgment* nelle *Federal Rules of Civil Procedure* (v., in particolare, la *Rule 41 – Dismissal of Actions* e la *Rule 55 – Default; Default Judgment*) M. Taruffo, voce *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, cit., par. 18; R.W. Millar, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, s. 1, 1952, 253 ss.; J.H. Friedenthal, M.K. Kane, A.R. Miller, A.N. Steinman, *Civil Procedure*, St. Paul Minnesota, 2022, 447 ss.; B. Kaplan, K.M. Clermont, *England and the United States*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, *Chapt*. 6, *Ordinary Proceedings in First Instance*, 3 ss., 1984 (estr.), 25 ss.

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

Un rimedio assai semplice a un utilizzo *ex post* della regola dell'onere della prova è quello di affrontare *ab initio*, in una fase preparatoria, l'inquadramento giuridico della fattispecie concreta e il riparto degli oneri probatori, attraverso una discussione franca e aperta tra giudice e difensori, senza timori per il fantasma del "padre di Amleto", il vetusto divieto di anticipazione del giudizio, che il nostro ordinamento preserva con gelosa e preconcetta severità, favorendo in tal modo il proliferare di impugnazioni e l'eccessiva durata dei civili litigi. Il riparto dell'*onus probandi* e il suo utilizzo *a posteriori* quale regola sussidiaria di giudizio, anche nel quadro storico-comparatistico sin qui esaminato, mal si attaglia a un processo monofasico, tanto meno ai vari riti (ordinario, sommario e poi semplificato, laburistico, familiare) inutilmente macchinosi, via via congegnati e man mano peggiorati da incessanti riforme. Il *case management* – che da molto tempo va predicandosi, sinora senza alcun frutto – onde adattare i termini e l'andamento del processo alla complessità di ciascuna lite (57), esige un momento di preparazione del processo nella pienezza del contraddittorio tra difensori dinanzi al giudice, per la compiuta disamina e la proficua determinazione della materia del contendere, delle norme di riferimento e dei rispettivi oneri probatori: si eviterebbero, in tal modo, attività difensive del tutto inutili ed eccedenti rispetto alle necessità del caso in esame, improntate a uno sterile ossequio al principio di preclusione, l'antiquata *Eventualmaxime*, che impone ai litiganti di produrre e dedurre "al buio" tutto ciò che possa riuscire eventualmente utile alle proprie ragioni (58), in un dialogo tra sordi che evoca l'epigramma del poeta alessandrino Nicarco, ripreso da Erasmo da Rotterdam nei suoi *Adagia* (59).

---

(57) M. De Cristofaro, Case management *e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in questa *Rivista* 2010, 283 ss.; Caponi, *Processo civile e nozione di controversia "complessa": impieghi normativi*, in *Foro it.* 2009, V, 136 ss.; L. Cadiet, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 1316 ss.; Id., *Le conventions relatives au procès en droit français*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Numero Speciale *Accordi di parte e processo*, settembre 2008, 23 ss.

(58) A. Segni, *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile*, in *Scritti giuridici*, Torino 1965, I, 348 ss.; A. Proto Pisani, *In tema di prova nel processo del lavoro: temperamenti al principio di eventualità*, in *Foro it.* 1981, I, 2402; F.P. Luiso, *Principio di eventualità e principio della trattazione orale*, in *Studi in onore di Elio Fazzalari*, Milano 1993, II, 205 ss.; G. Tarzia, *Il principio di eventualità nella riforma del processo civile*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano 1995, III, 2147 ss. v. inoltre, *si vis*, A.M. Tedoldi, *Cultura delle preclusioni, "giusto processo" e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato "umanesimo forense")*, in *Giusto proc. civ.* 2015, 375 ss.

(59) «Un sordo litigava con un sordo, ma di entrambi – era più sordo il giudice, di molto. – L'uno esigeva cinque mensilità di affitto, l'altro – lo accusava di avere macinato

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

Un'attenta preparazione del *trial* si ha – come veduto – nella fase *pre-trial* del processo statunitense, in cui il giudice togato svolge un esame *prima facie* delle questioni controverse e delle prove offerte dalle parti, in ossequio a un mobile, dinamico e non precostituito *burden of production*, adattabile caso per caso, con annesse possibili semplificazioni della materia del contendere, stabilendo se e quali delle domande e delle eccezioni proposte *hinc et inde* siano meritevoli di essere sottoposte al *trial* e, in tal modo, evocando un'affinità con la 'sentenza di prova', il *Beweisurteil* (o *Beweisinterlocut*) dell'antico processo germanico.

Anche nel processo tedesco, pur unitario nel suo svolgimento, alle parti e al giudice sono imposti fin dall'inizio doveri di cooperazione, confronto e di pieno chiarimento delle allegazioni e delle reciproche contestazioni (v. i già ricordati §§ 138 e 139 ZPO), al fine di stabilire nel contraddittorio i fatti rilevanti, quelli controversi, il riparto degli oneri probatori e le questioni da esaminare, in modo da impostare correttamente l'*iter* processuale sin dal suo *incipit*.

La profonda e insolubile crisi che investe da molto tempo, in modo ormai endemico, il processo civile e la giustizia in generale dipendono non soltanto da mancanza di risorse e da insufficiente organizzazione degli uffici giudiziari, ma anzitutto da una metodologia del processo completamente inadeguata e inattuale, che produce in gran messe metodiche fallacie cognitive e impugnazioni reiterate nei vari gradi. S'interviene sulle conseguenze, riducendo gli spazi assertivi, probatori e impugnatori, senza operare sulle cause, che si radicano nel giudizio di merito in prime cure, troppo spesso affrontato e risolto sbrigativamente e con superficialità, attraverso preclusioni rigide e con pronunce fittizie, dacché basate su verità processuali e relazionali mai neppure seriamente ricercate né messe a fuoco nell'effettività del contraddittorio.

Se il processo è – *rectius*, dovrebbe essere – *ordo (rationalis) quaestionum et probationum*, intrinseco al *iudicium* quale "*actus trium personarum: actoris, rei, iudicis in iudicio contendentium*", secondo la celeberrima definizione di Bulgaro (60) e se il giudizio è sussunzione nell'appropriato pa-

---

tutta notte. – Perché, chiese il giudice guardandoli stupito, litigate? – È vostra madre, pagatele entrambi gli alimenti»: v. Cavallone, *"Comme vous autres, messieurs" (François Rabelais teorico del processo e del giudizio)*, in questa *Rivista* 2008, 433 ss., ora anche in Id., *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano 2016.

(60) F. Carnelutti, *Torniamo al giudizio*, in questa *Rivista* 1949, I, 165 ss.; G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, *ivi*, 1950, I, 1 ss.; N. Picardi, *Torniamo al giudizio?*, in Id., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, 233 ss. Sulla definizione attribuita a Bulgaro v. L. Mingardo, *Iudicium est actus trium personarum: actoris, rei, iudicis*

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

radigma normativo dei fatti via via chiariti e accertati nel corso del processo, in esito a una paziente e progressiva *cognitio causae*, mediante una 'spirale ermeneutica' di continui rimandi dai fatti rilevanti alle pertinenti norme – come in un giuoco di specchi o di "neuroni specchio" che, secondo le più moderne ricerche di neurofisiologia favoriscono l'empatia, che è elemento fondamentale nei rapporti interpersonali e per una comprensione e un'intelligenza autentiche (61) – il riparto degli oneri probatori, che presuppone anzitutto l'inquadramento giuridico della fattispecie in base ai fatti rilevanti e da cui sono esclusi i fatti non specificamente contestati in grazia di *relevatio ab onere probandi*, non può che essere determinato in un'udienza preparatoria del processo, da svolgere nella pienezza del contraddittorio dinanzi al giudice, a monte e non già a valle di rigide barriere preclusive, che altro non fanno che burocratizzare a dismisura il processo, accentuandone unicamente la dimensione formale, scritta, telematica e meccanicistica, in luogo del confronto dialettico e di quella *phrònesis* dialogica, che è *ab immemorabili tempore* misura, metodo e scopo di qualsiasi giudizio (62).

Così, il criterio di riparto degli oneri probatori, essendo interno alla fattispecie dedotta in giudizio e giuridicamente qualificata, impone all'interprete di «scavare la fattispecie piena (cioè la fattispecie in rigoroso senso tecnico) per estrarne la fattispecie utile, la fattispecie operativa: l'enunciato normativo va interrogato con la consapevolezza dei rischi comportati da disinvolte semplificazioni ovvero dall'eccesso di concettualizzazione» (63). Ed è questa un'attività che esige un attento e paziente lavoro preparatorio, svolto nel fuoco incrociato del contraddittorio, non già nel vano e sterile soliloquio autoreferenziale degli atti scritti da ciascuna parte. Il libero convincimento del giudice si forma progressivamente e vuole «l'aria e la

---

in iudicio contendentium, in P. Moro (a cura di), *Il diritto come processo. Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano 2012, 188 ss. Sul piano giusfilosofico v. A. Lo Giudice, *Il dramma del giudizio*, Udine 2023.

(61) F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione – Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari 2016. Sui neuroni a specchio v. M. Iacoboni, *I neuroni a specchio. Come capiamo ciò che fanno gli altri*, Torino 2008.

(62) B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano 1996, 263, dove si rammentano i passi di Aristotele, *Etica Nicomachea*, VI, 5, 1140°, VI, 9,1142 a-b, e Id., *Metafisica*, III, 1, 995 b: «ci si trova in miglior condizione per giudicare, quando si sia dato ascolto a tutte quante le tesi contrastanti, proprio come avviene nelle controversie giudiziarie».

(63) Così, autorevolmente e con efficace sintesi, B. Sassani, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo*, cit., 434 che, a p. 431, riprendendo e commentando le riflessioni di G. Verde, *L'onere della prova*, cit.

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

luce dell'udienza: nel labirinto del processo scritto appassisce e muore» (64).

Chi, sottraendosi al giudizio e restando (volontariamente) contumace, ricusi di partecipare *ab initio* a questa metodologia di formazione dialettica e dialogica del *thema decidendum* e del *thema probandum*, con annessa individuazione dei fatti rilevanti, di quelli controversi e dei rispettivi oneri probatori, non può andare esente dalle conseguenze dell'autoresponsabilità, né deve poter godere di vantaggi o benefici di alcun genere. Il passaggio del nostro ordinamento dalla contumacia quale *ficta contestatio* alla contumacia quale *ficta confessio*, cioè come implicita ammissione dei fatti posti dalla parte a fondamento della domanda o dell'eccezione, e l'applicazione dell'onere di specifica contestazione anche alla parte non costituita sono la naturale conseguenza evolutiva di una postmoderna concezione del processo e del giudizio, che riconosca alfine la primazia dei valori di autoresponsabilità, effettività e proporzionalità predicati in lungo e in largo, tenendo conto altresì della necessità di colmare le profonde e sempre più gravi asimmetrie socio-economiche, finanziarie, tecnologiche e informative che connotano il nostro tempo (65).

Il che, per vero, altro non fa che inverare i principî di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2°, Cost.), ai quali da sempre dovrebbero informarsi il diritto e la giustizia in genere, secondo i celeberrimi *iuris praecepta* ulpianei, incisi a caratteri cubitali sulle facciate dei palazzi giudiziari: «*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*» (Dig. 1.1.10pr).

---

(64) Così, con celeberrima immagine, G. Chiovenda, *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova. L'oralità e la prova*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, rist. Milano 1992, 197 ss., spec. 325; sul famoso saggio chiovendiano v. B. Cavallone, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in questa *Rivista* 2006, 417 ss.

(65) Cfr. ancora B. Sassani, *op. ult. cit.*, 424 ss. e spec. 435.

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

SILVIA SIGNORATO
Professore associato nell'Università di Padova

INDAGINI E PROVE DIGITALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Retrospettiva: l'originario assetto codicistico e le criticità in rapporto al rispetto del principio di proporzionalità e del contraddittorio nella formazione della prova. – 3. I principi affermati dalla *Convention of Cybercrime* – 4. Riflessioni in tema di legittimazione della Procura distrettuale. – 5. Ispezioni digitali. – 6. Copia forense. – 7. Prove atipiche. – 8. La raccolta degli elementi di prova all'estero: tra limite del confine ed indagini *sine finibus*. – 9. Conclusioni: a) criticità in tema di alfabetizzazione digitale e riflessi procedimentali, anche in rapporto all'archiviazione. – 10. *Segue*: b) le tempistiche investigative, tra *Chronos* e *Kairos*. – 11. *Segue*: c) scenari futuri.

1. – «La scienza è per certi aspetti *ausiliaria*; per certi altri *causa* degli istituti giuridici» (1). Una simile affermazione può essere riferita anche alla tecnologia digitale la quale, per un verso, determina nuove declinazioni o modulazioni degli istituti noti; per altro verso, schiude possibilità che rendono necessaria l'individuazione di inediti istituti processuali penali (2).

A fronte dell'orizzonte digitale, se si osserva il quadro normativo con sguardo diacronico, esso appare composito e caratterizzato da luci ed

(1) In questi termini, S. Graziano, *La difesa penale nell'istruttoria in rapporto alla scienza e al nuovo codice di procedura penale*, Bologna 1913, XI.

(2) Sul punto, si veda G. Di Chiara, *Poliedri. Videoriprese investigative, universi proteiformi, sistemi di esperienza*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, a cura di P. Maggio, Torino 2023, 230, che evidenzia come la costante innovazione tecnologica determini uno «stadio di ebollizione entropica». Si tratta di un disordine che «riguardato attraverso la lente della tradizione europeo-continentale, è chiamato a rispondere attivando la produzione di nuove regole di fonte primaria», nelle more della quale occorre affidarsi ai 'laboratori giurisprudenziali'». Pone in guardia dal rischio dei giudici-legislatori, P. Ferrua, *Le sentenze creative dei giudici stanno minando l'autorità della legge*, in *Il Dubbio*, 28 agosto 2024. Ricorda come in materia di indagini informatiche «il legislatore italiano raramente ha operato con tempestività, procedendo 'a traino' e spesso solo quando necessitato dagli *inputs* di derivazione sovranazionale. Non regolamentare equivale a lasciar spazio a prassi devianti o ad improbabili letture giudiziarie più o meno marcatamente estensive della normativa vigente, piegata ad un adattamento forzato e spesso inadeguato imposto proprio dall'immobilismo del legislatore» S. Lorusso, Digital evidence, cybercrime *e giustizia penale 2.0*, in *Proc. pen. giust.* 2019.

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

ombre. Con moto oscillatorio sembrano infatti susseguirsi processi di negazione o difficoltà di messa a fuoco delle nuove questioni giuridiche derivanti dall'impiego del digitale; errori di parallasse; difficoltà nel bilanciamento tra diritti fondamentali; ma anche controspinte, a volte sistemiche, che mirano a ridefinire il rapporto tra digitale e procedimento penale.

2. – Invero, il contesto storico in cui si inserì l'elaborazione del codice di procedura penale del 1988 era ben lungi dall'attuale assetto tecnologico.

Nondimeno, la trama codicistica svela un'attenzione per la scienza e la tecnologia. Al di là della disciplina dei rilievi, degli accertamenti tecnici, dell'incidente probatorio, della perizia, appare emblematico il rinnovato ed ampliato ruolo dei consulenti tecnici, che nella cornice del codice Rocco veniva invece relegato in un ambito assai ristretto e marginale (3).

Per certi aspetti, il codice del 1988 presenta anche dei profili di lungimiranza laddove, nella consapevolezza del «continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione» (4), giunge a prevedere la disciplina dell'art. 189 c.p.p. in tema di prove atipiche.

Tuttavia, il *fil rouge* dell'assetto codicistico era rappresentato da un orizzonte analogico, ancorato alla materialità. Difatti, se si esclude la disciplina delle intercettazioni, i mezzi di ricerca della prova (5) erano stati pensati in rapporto alla loro incidenza su realtà materiali e quindi tangibili. Del resto, negli anni Ottanta del secolo scorso, le ispezioni, le perquisizioni ed i sequestri avevano di regola ad oggetto realtà materiali.

L'avvento del digitale si è dunque incuneato in un quadro giuridico improntato all'apprensione di *res* tangibili, determinando delle tensioni sistematiche, dato che le norme mal si adattavano al nuovo assetto caratterizzato dalla immaterialità degli elementi di prova e delle prove. Invero, alla base del digitale vi sono i *bit*, i quali, da un punto di vista prettamente fisico, possono essere qualificati in termini di materia perché presuppongono l'esistenza di impulsi elettrici. Tuttavia, gli stessi si connotano per

---

(3) Per un approfondimento anche in chiave diacronica sul ruolo dei consulenti tecnici, si rinvia a R.E. Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano 1993, 2 ss.

(4) *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, a cura della commissione presieduta dal prof. Gian Domenico Pisapia, in *GU n. 250, 24 ottobre 1988, Suppl. Ordinario n. 93*, *sub* art. 189 c.p.p.

(5) D. Negri, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in Aa.Vv., *Nei limiti della Costituzione. Il Codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, a cura di D. Negri e L. Zilletti, Padova 2019, 23 evidenzia come il settore dei mezzi di ricerca della prova «esalta al massimo grado la propensione della magistratura a rintracciare nella Costituzione piuttosto i precetti utili a superare, che non a rinsaldare gli argini all'intrusione dell'autorità nella sfera protetta del singolo».

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

caratteristiche peculiari dato che non sono tangibili e vengono giuridicamente considerati come immateriali.

A fronte di una prassi operativa in cui diveniva sempre più frequente la necessità di apprendere il contenuto di un *computer* o di un *device*, ovvero dati, immagini, messaggistica o *file*, il legislatore ha inizialmente mostrato una sorta di processo di negazione rispetto al mutato impianto investigativo e probatorio, nonché in rapporto alle criticità giuridiche che ne derivavano; sicché, in quel contesto, la prassi si trovava spesso ad annaspare tra norme asfittiche o inadatte alla raccolta degli elementi di prova digitali, con riverberi sul fronte del procedimento penale, specie in ordine al rispetto di principi e diritti fondamentali, tra i quali, *in primis*, il principio del contraddittorio nella formazione della prova e quello di proporzionalità.

Iniziando dalle criticità in rapporto al principio del contraddittorio, occorre premettere come, dinanzi a una disciplina anacronistica, si fosse assistito ad un duplice fenomeno: da un lato, alla dilatazione applicativa di istituti giuridici ben oltre il loro perimetro ontologico, con norme «piegate alle peculiarità del caso (6)»; dall'altro, al ricorso all'istituto delle prove atipiche (7). Proprio quest'ultimo poneva (e pone) (8) significative questioni problematiche in rapporto al rispetto del principio del contraddittorio, nella parte in cui esso stabilisce che il «giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova». Infatti, un simile contraddittorio non è attuabile in rapporto agli atti investigativi irripetibili ed a sorpresa, pena l'inefficacia del loro svolgimento. Per questo motivo, sia pure nella consapevolezza della forzatura del dato letterale, in dottrina è stata proposta una interpretazione meno rigida della norma, volta a ricomprendervi non solo il contraddittorio anticipato, ma anche quello posticipato (9).

---

(6) L'espressione è tratta da C. Valentini, *Norme processuali penali e interpretazione*, in *Cass. pen*. 2019, 3392, che analizza l'importanza del rispetto delle regole d'interpretazione della legge.

(7) A titolo esemplificativo, si può ricordare come la giurisprudenza riconduca nell'alveo dell'art. 189 c.p.p. la localizzazione satellitare (*ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 9 marzo 2023, n. 15422); le riprese di comportamenti «non comunicativi», eseguite in luoghi pubblici, aperti al pubblico o esposti al pubblico, ovvero in ambienti privati, diversi dal «domicilio» (da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 11 gennaio 2024, n. 6246); l'individuazione di un soggetto – sia personale che fotografica – da parte della polizia giudiziaria in fase di indagini (cfr. Cass. pen., sez. V, 10 luglio 2020, n. 23090).

(8) In argomento, cfr. Aa.Vv., *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, 2ª ed., Torino 2019.

(9) Per questa impostazione, cfr. A. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 2009, 1195; nonché, volendo, S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, 591-592.

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

Quanto al rispetto del principio di proporzionalità, non di rado, nell'originario assetto codicistico, il *vulnus* derivava dalla inesatta percezione tecnica, riflesso di un periodo storico in cui non si era ancora diffusa appieno la consapevolezza della peculiarità delle indagini digitali. Invero, la comprensione degli aspetti tecnici funge spesso da *conditio sine qua non* della comprensione degli aspetti giuridici e, in particolare, delle indagini digitali, anche se non sfugge come i giuristi mostrino talora una sorta di riluttanza nei riguardi delle questioni tecniche. Il che può apparire comprensibile alla luce del loro percorso umanistico di studi universitari. Tuttavia, il digitale – ed i suoi sviluppi di intelligenza artificiale – pongono dinanzi ad un *aut aut*, imponendo pure ai giuristi un'alfabetizzazione informatica, almeno di base, in mancanza della quale è sempre sotteso il rischio di travisamenti fattuali e di errata applicazione delle norme giuridiche. Se tale alfabetizzazione fatica tuttora ad affermarsi, non stupisce che in passato le lesioni al principio di proporzionalità derivassero spesso da una non adeguata comprensione della realtà tecnica, che portava ad esempio a confondere il contenitore (il *device*) con il contenuto (le informazioni in esso contenute o visualizzabili tramite lo stesso). Di qui una serie di decreti che disponevano il sequestro del *computer* (anche se sarebbe bastato sequestrare dei *file*), di *mouse*, dei relativi tappetini, delle casse acustiche e dei cavi elettrici, secondo un orientamento avallato anche da sentenze di merito (10) e dalla Corte di Cassazione, sul presupposto della sussistenza del «vincolo pertinenziale» (11).

A ciò si aggiungeva un quadro investigativo caratterizzato da una percezione a macchia di leopardo dell'importanza delle *best practices* tecniche, con conseguenze significative in rapporto alla non alterazione dei dati originali, alla genuinità dei dati raccolti e alla loro attendibilità.

3. – In questo contesto si inserisce la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 2001 (12). Essa ha rappresentato il

---

(10) A conferma di tale orientamento, A. Monti, *La nuova disciplina del sequestro informatico*, in Aa.Vv., *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime*, a cura di L. Lupária, Milano 2009, 199 indica tra i provvedimenti (a quanto ci consta inediti) i seguenti: Trib. Riesame Potenza, ord. 2 maggio 2002, p.p. n. 132/02 R.G.; Trib. Riesame Salerno, ord. 5 ottobre 2002, p.p. n. 6848/02 R.G.; Trib. Riesame Roma, ord. 24 dicembre 2002, p.p. 3589/02 R.G.; Trib. Riesame Venezia, ord. 31 maggio 2005, p.p. 2082/05 R.G.; Trib. Riesame Perugia, ord. 25 ottobre 2006, p.p. n. 7033/06 R.G.

(11) Si veda, ad esempio, Cass. pen., 3 aprile 2008, n. 13792.

(12) Si tratta di un Trattato del 23 novembre 2001 del Consiglio d'Europa, aperto a Budapest (di qui, la denominazione di Convenzione di Budapest) alla firma degli Stati

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

primo Trattato internazionale sui reati informatici e, oltretutto, ha dettato specifiche previsioni procedimentali in tema di indagini informatiche (13).

A fronte di tale Convenzione, il legislatore italiano si è trovato dinanzi alla necessità di darvi ratifica ed esecuzione. Il che è avvenuto con la l. 18 marzo 2008, n. 48, che ha apportato modifiche ed integrazioni al codice di procedura penale, delineando il vigente assetto in tema di indagini digitali.

Tale legge ha anzitutto esplicitato due principi (14).

Iniziando dal primo, ad esso si potrebbe attribuire la denominazione di principio di salvaguardia delle informazioni originarie. Per comprenderne la *ratio*, occorre chiarire come i dati digitali possano essere facilmente eliminati o alterati. Anche per questo motivo, le indagini digitali richiedono specifiche competenze tecniche in capo agli operatori, per scongiurare il rischio che sia proprio l'attività investigativa ad alterare o eliminare involontariamente elementi di prova. In quest'ottica, il legislatore ha rimarcato a più riprese la necessità che in sede investigativa venga preservata la genuinità dei dati digitali. A riprova, si pensi solo alla disciplina prevista dall'art. 244 c.p.p. in tema di ispezioni o a quella dettata all'art. 247 c.p.p. in rapporto alle perquisizioni, ove, con medesima formulazione, si precisa la necessità che vengano adottate «misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione».

Quanto al secondo principio, esso può essere denominato come principio di genuinità e preservazione dei dati raccolti. Mentre il già ricordato principio di salvaguardia delle informazioni originarie mira a garantire che

---

membri e degli Stati non membri partecipanti alla sua elaborazione e all'adesione degli altri Stati non membri. La Convenzione sulla criminalità informatica è entrata in vigore il 1° luglio 2024. In argomento, vedi S. Aterno, *La Convenzione di Budapest del 2001 e la l. n. 48/2008*, in Aa.Vv., *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, 2ª ed., Milano 2023, 1551 ss. Successivamente, sono stati aperti alla firma due Protocolli: anzitutto, il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica, relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici (STE no. 189), aperto alla firma a Strasburgo il 28 gennaio 2003 ed entrato in vigore il 1° marzo 2006; inoltre, il Secondo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sulla criminalità informatica sulla cooperazione rafforzata e la divulgazione delle prove elettroniche (STCE no. 224) aperto alla firma a Strasburgo il 12 maggio 2022 e non ancora entrato in vigore.

(13) Tanto che in dottrina si è parlato di «statuto processuale *ad hoc*». In questi termini, cfr. A. Cisterna, *Previsto uno statuto processuale* ad hoc, in *Guida dir.* 2008, n. 16, 64 ss.

(14) Per un approfondimento sulla definizione, formulazione, struttura logica e posizione dei principi nell'ordinamento, si rinvia a R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e continuato da L. Mengoni, I, 1, Milano 1998, 271-304.

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

l'attività investigativa non modifichi i dati da apprendere, il principio di genuinità e preservazione dei dati raccolti è invece volto ad assicurare che i dati acquisiti siano conformi all'originale sia nel momento investigativo della loro raccolta, sia in quello successivo della loro conservazione. Di qui una serie di norme volte a consentire il raggiungimento di questo obiettivo, tra le quali possono essere annoverate l'art. 254-*bis* c.p.p. (15) (sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni), secondo il quale l'acquisizione dei dati può avvenire anche tramite copia degli stessi «su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità»; l'art. 259 c.p.p. (custodia delle cose sequestrate), ove si si prevede che in caso di sequestro di dati, informazioni o programmi informatici sul custode gravi «l'obbligo di impedirne l'alterazione»; l'art. 260 c.p.p. il quale stabilisce che la copia di dati, di informazioni o di programmi informatici, debba «essere realizzata su adeguati supporti, mediante procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità». Tale art. 260 c.p.p. prevede anche che sia possibile disporre la custodia degli originali in luoghi diversi dalla cancelleria e dalla segreteria. Se quest'ultima previsione può apparire prettamente organizzativa, in realtà essa è strettamente correlata al mantenimento della idoneità accertativa della fonte di prova. Infatti, le informazioni digitali sono delicate e possono scomparire in presenza di fonti di calore o onde elettromagnetiche (16), senza considerare che taluni supporti si caratterizzano per un tempo variabile di conservazione dei dati in esso memorizzati, trascorso il quale i dati vengono irrimediabilmente persi.

Ancora, anche in materia di accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone, nonché di sequestro, l'art. 354 c.p.p. (17) stabilisce che gli

---

(15) In tema, è necessario chiarire come le informazioni digitali possano essere raccolte o mediante il sequestro del dispositivo o del sistema informatico che le contiene, ovvero mediante copia delle stesse.

(16) Per più ampie riflessioni al riguardo, si veda Cfr. D. Buso, D. Pistolesi, *Le perquisizioni e i sequestri informatici*, in Aa.Vv., *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di F. Ruggieri e L. Picotti, Torino 2011, 187.

(17) Rileva come tale disciplina sia stata ideata in un momento storico non caratterizzato dalla prova scientifica, con la conseguenza che l'art. 354 c.p.p. appare una disciplina «antiquata ed inadeguata, risultando contraddistinta da un difetto capitale: l'impossibilità per la difesa, senza l'ausilio di un consulente tecnico, di vigilare sulla correttezza dei metodi scientifici adottati, con la sola facoltà di contestarli *ex post* in dibattimento», M. Daniele, *Prova scientifica e regole di esclusione*, in Aa.Vv., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio e L. Lupária, Milano 2017, 492.

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

ufficiali di polizia giudiziaria debbano adottare delle misure tecniche o impartire le prescrizioni necessarie per la conservazione e la non alterazione dei dati, provvedendo se possibile «alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità».

I ricordati principi di salvaguardia delle informazioni originarie e di genuinità e preservazione dei dati raccolti sono stati esplicitati dal legislatore solo in rapporto a determinati mezzi di ricerca della prova. Tuttavia, tali principi possono essere considerati di portata generale e, quindi, valevoli in rapporto a qualunque tipologia di indagine digitale.

Del resto, la necessità di garantire la non alterazione delle fonti di prova rappresenta un principio consolidato, desumibile da altre previsioni (18) espressive del principio di completezza delle indagini. Quest'ultimo costituisce un architrave del sistema investigativo, che implica a propria volta il rispetto del principio della genuinità delle fonti di prova, essendo di tutta evidenza che se queste ultime fossero alterate o inesatte le indagini non potrebbero definirsi complete.

Nel delineare il nuovo assetto delle indagini digitali, il legislatore della l. 18 marzo 2008, n. 48 ebbe dinanzi due vie: creare istituti nuovi o cesellare, intarsiare, modificare gli istituti esistenti. La scelta fu sbilanciata a favore della seconda opzione, come dimostra l'inserimento di un'unica nuova norma nel corpo del codice di procedura penale, vale a dire l'art. 254-*bis* c.p.p. rubricato «Sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni».

Tale assetto appare tuttora immutato, non essendo stata inserita nemmeno successivamente alcuna autonoma nuova norma in materia di indagini digitali (19).

Se la l. n. 48 del 2008 ha apportato un indubbio miglioramento all'assetto investigativo in materia di indagini digitali, residuano nondimeno talune disarmonie, specie in materia di attribuzioni della Procura della Repubblica distrettuale, di ispezioni informatiche, di copia forense, di prove atipiche e raccolta degli elementi di prova all'estero, come si analizzerà in proseguo.

---

(18) Tale principio può essere infatti desunto almeno dalle discipline previste agli artt. 326, 358, 409 comma 4, 415-*bis* comma 4, 419 comma 3, 421-*bis* c.p.p.

(19) Altro discorso sono i ritocchi normativi del testo di articoli già esistenti. Si pensi alla introduzione nel corpo dell'art. 266 c.p.p. della possibilità di effettuare intercettazioni mediante captatore informatico.

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

4. – Muovendo dalle attribuzioni dell'ufficio del Pubblico Ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto, come noto, la Procura distrettuale è legittimata a svolgere le indagini in rapporto ai gravi reati previsti dagli artt. 51, comma 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., il cui contrasto postula di frequente lo svolgimento di indagini digitali. A ciò si aggiunge che la l. n. 48 del 2008 ha inserito, nell'art. 51 c.p.p., il comma 3-*quinquies*, che ha esteso l'ambito operativo della Procura distrettuale (20) al contrasto di taluni delitti informatici consumati o tentati (21). Successivamente, tale perimetro è stato ulteriormente dilatato in forza della l. 1° ottobre 2012, n. 172 (22), la quale ha incluso nel novero dei reati di appannaggio della distrettuale anche quelli previsti dagli artt. 414-*bis* c.p. (istigazione a pratiche di pedofilia e pedopornografia) e 609-*undecies* c.p. (adescamento di minorenni). Sicché anche per questi ultimi reati le funzioni del Pubblico Ministero sono attribuite all'ufficio incardinato presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale ha sede il giudice competente.

Al riguardo, era però sopravvissuta una disarmonia in quanto nel catalogo dei reati attribuiti alla Procura distrettuale non figurava l'art. 635-*quinquies* c.p. che prevede il danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblico interesse. Si trattava di una esclusione irragionevole, a

---

(20) Secondo F. Cajani, *La competenza della procura distrettuale per i reati informatici*, in Aa.Vv., *Cybercrime*, cit., 1787 «la previsione di una competenza distrettuale per i *computer crimes* si è subito mostrata priva di alcuna utilità sostanziale ed anzi ha creato ulteriori problemi per ragioni prettamente organizzative».

(21) Nello specifico, si tratta degli artt. 600-*bis* (prostituzione minorile), 600-*ter* (pornografia minorile), 600-*quater* (detenzione o accesso a materiale pornografico), 600-*quater*.1 (pornografia virtuale), 600-*quinquies* (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile), 615-*ter* (accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico), 615-*quater* (detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature, codici e altri mezzi atti all'accesso a sistemi informatici o telematici), 617-*bis* (detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature e di altri mezzi atti a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche), 617-*ter* (falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche), 617-*quater* (intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche), 617-*quinquies* (detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature e di altri mezzi atti a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche), 617-*sexies* (detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature e di altri mezzi atti a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche), 635-*bis* (danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici), 635-*ter* (danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici pubblici o di interesse pubblico), 635-*quater* (danneggiamento di sistemi informatici o telematici), 640-*ter* (frode informatica) e 640-*quinquies* (frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica) c.p.

(22) Cfr. art. 5, comma 1, lett. a), n. 2 l. 1° ottobre 2012, n. 172.

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

cui, da ultimo, ha posto rimedio il legislatore (23), includendo anche tale reato nell'elenco che figura all'art. 51, comma 3-*quinquies*, c.p.p.

Se, dunque, tale profilo di criticità appare superato, nella prassi si registrano delle incertezze applicative in altro ambito. Il riferimento è ai procedimenti connessi, di cui solo uno rientrante nelle attribuzioni della Procura distrettuale.

Per comprendere la questione, occorre ricordare come l'assetto codicistico individui di regola la Procura legittimata a svolgere le indagini sulla base della competenza del giudice, così come prevista dagli artt. 8 ss. c.p.p. Tuttavia, allo stato, non vi è una norma *ad hoc* (24) volta a disciplinare i casi di connessione tra procedimenti incardinati presso la sede distrettuale ai sensi dell'art. 51 c.p.p. e i procedimenti che non fanno capo a tale sede.

Sembra però possibile individuare la Procura legittimata sulla base del seguente ragionamento.

A fronte di procedimenti connessi, rispetto ai quali vi siano più giudici ugualmente competenti *per materia*, la legittimazione della Procura viene individuata sulla base dei criteri fissati dall'art. 16, comma 1, c.p.p. e, quindi, ancorandola al giudice competente per il reato più grave. Tuttavia, l'art. 16, comma 1, c.p.p. ha come presupposto che i giudici siano ugualmente competenti *per materia*.

Non è così, ad esempio, nel caso di un accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (la cui competenza per materia è incardinata presso la Procura distrettuale) e di favoreggiamento personale (la cui competenza si radica invece nel *locus commissi delicti*).

In simili ipotesi, dunque, non sussistono giudici ugualmente competenti per materia e, quindi, non trova applicazione la regola della competenza della sede del reato più grave. Al contrario, la Procura distrettuale esplica la sua *vis actractiva* (25), anche se il reato di sua competenza è meno

---

(23) Si veda l'art. 17, l. 28 giugno 2024, n. 90, che ha novellato l'art. 51, comma 3 *quinquies*, c.p.p.

(24) Per questa impostazione, cfr. F. Siracusano, sub *art. 16 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Illuminati e L. Giuliani, 3ª ed., Milano 2020, 49 ss.

(25) In questo senso, giurisprudenza del tutto maggioritaria. *Ex multis*, cfr. Cass. pen., sez. V, 25 maggio 1993, in *Cass. pen.* 1994, 2760; Cass. pen, sez. I, 1° marzo 2006, n. 12141; Cass. pen., Sez. Un., 27 giugno 2006, n. 31461; Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 2003, n. 2499. Si può rilevare come esista anche un orientamento, per quanto consta rimasto isolato, che reputa sussistente la *vis actractiva* della Procura distrettuale solo in presenza di reato associativo. Diversamente, un reato resterebbe appannaggio della Procura distrettuale, mentre l'altro, anche se più grave, spetterebbe all'ufficio del Pubblico ministero competente secon-

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

grave (26), sicché, in ipotesi di indagine avente ad oggetto il più grave reato di favoreggiamento personale e quello meno grave di accesso abusivo ad un sistema informatico, la Procura legittimata andrebbe individuata in quella distrettuale, dato che «prevale sempre la competenza del p.m. distrettuale, anche in deroga agli ordinari criteri dettati in materia di competenza per territorio determinata dalla connessione dall'art. 16 c.p.p.» (27).

In sintesi, la disciplina prevista dall'art. 51, comma 3-*quinquies*, c.p.p. postula una deroga alla competenza per territorio.

5. – Nelle banche dati giuridiche e nelle raccolte cartacee di giurisprudenza è possibile leggere i provvedimenti pronunciati dai Giudici, mentre, di regola, non vengono pubblicati i decreti dei Pubblici Ministeri (28). Tale aspetto pare riverberare significative conseguenze sul piano della riflessione dottrinale, spesso focalizzata sui provvedimenti del giudice.

Invero, l'analisi dei decreti dei Pubblici Ministeri appare decisiva al fine di comprendere il cd. «diritto vivente» (29). Inoltre, essa fa emergere differenze di prassi talora significative.

Se si concentra l'attenzione sui decreti emessi dai Pubblici Ministeri in tema di indagini digitali, in essi è possibile scorgere una varietà di impostazioni. Il che è peraltro il mero riflesso di previsioni legislative non cartesiane.

Uno degli ambiti in cui si annidano diversità di approcci appare rappresentato dal perimetro applicativo di ispezione e di perquisizione digitale. Già Cordero ricordava che «l'atto del perquisire differisce dall'ispezione nell'organo anatomico: mano e, rispettivamente, occhi; l'*inspiciens* scruta, il perquirente fruga» (30). Di conseguenza, l'orizzonte dell'ispezione è circoscritto alla «ricerca visiva di un segno» (31).

---

do le regole ordinarie. In questo senso, cfr. Cass. pen., sez. III, 18 dicembre 2014, n. 52512, in *Dir. pen. proc.* 2015, 1000.

(26) Analogamente, L. Ludovici, sub *art. 16 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, 6ª ed., Milano 2023, 622.

(27) Testualmente, sia pure con ragionamento riferito all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. (ma il percorso argomentativo potrebbe essere del tutto analogo per l'art. 51, comma 3-*quinquies*, c.p.p.), G. Melillo, *Procedimenti connessi e coordinamento delle indagini in materia di delitti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.* 1999, 2430.

(28) Naturalmente, dopo che sia caduto il segreto istruttorio e siano stati anonimizzati i dati personali.

(29) Per una riflessione sulla sfasatura tra teoria e prassi, cfr. F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.* 13 gennaio 2016.

(30) In questi termini F. Cordero, *Procedura penale*, 8ª ed., Milano 2006, 831.

(31) Così, F. Cordero, *op. cit.*, 831.

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

Il legislatore della l. n. 48 del 2008 sembra avallare l'impostazione della ispezione come attività di mera osservazione. Infatti, non ha modificato in alcun modo l'art. 244, comma 1, c.p.p., che disciplina l'ispezione.

Del resto, se l'ispezione digitale (32) è un'attività di mera osservazione, essa finisce per essere confinata alla verifica visiva dello schermo, della marca del *device*, della presenza di sistemi di connessione, di periferiche collegate o scollegate, della posizione e della stanza in cui è ubicato un *device*, e così via. Simili attività, però, non sono attività digitali, ma ordinarie ispezioni. Altrimenti, sarebbe come definire artistica un'ispezione, per la sola ragione che essa ha ad oggetto un quadro.

Se, dunque, non sembra esservi spazio per una ispezione digitale, occorre interrogarsi sulla possibilità di svolgere rilievi ispettivi o operazioni tecniche digitali ai sensi dell'art. 244, comma 2, c.p.p. Come noto, i rilievi sono volti ad acquisire «in via immediata e con elaborazione critica elementare dati della realtà, vale a dire materiale probatorio grezzo, destinato ad essere rielaborato in sede di indagini tecniche e peritali» (33). Al riguardo, la norma prevede che possano essere eseguiti rilievi segnaletici, descrittivi, fotografici, nonché ogni altra operazione tecnica «anche in relazione a sistemi informatici o telematici».

Per comprendere il perimetro operativo della previsione occorre individuare dei punti fermi: in primo luogo, tale disciplina non può certo fungere da grimaldello per eludere le garanzie della diversa disciplina degli accertamenti tecnici irripetibili (34); in secondo luogo, a differenza di quanto previsto in materia di perquisizioni (35), non si fa in essa alcun riferimento alla possibilità di superare la protezione di misure di sicurezza; infine, l'art. 244, comma 2, c.p.p. richiede l'adozione di «misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione».

Ne consegue che operazioni tecniche e rilievi ispettivi digitali rappresentano un istituto che, da un lato, non consente di valicare le misure di sicurezza poste a presidio dei dati, ma, dall'altra, deve garantire la genuina raccolta e conservazione degli stessi.

---

(32) In argomento, cfr. P. Felicioni, *Le ispezioni e perquisizioni di dati e sistemi*, in Aa.Vv., *Cybercrime*, cit., 1583 ss.

(33) Così R.E. Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano 1993, 141.

(34) Secondo Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2012, n. 46715 un simile impiego determinerebbe una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'atto investigativo ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p., che andrebbe eccepita non oltre la conclusione del giudizio di primo grado.

(35) Cfr. art. 247, comma 1-*bis*, c.p.p.

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

Se questo è vero, in tale alveo può forse essere ricondotta la cd. *preview*, vale a dire un atto investigativo che consente di vedere quanto contenuto in un sistema digitale. Tuttavia, solo di rado l'attività di *preview* è finalizzata alla mera osservazione. Di regola, infatti, essa mira a ricercare il corpo del reato o le cose pertinenti al reato, con il conseguente suo inquadramento sistematico nell'ambito delle perquisizioni.

Inoltre, come si è ricordato, rilievi ed operazioni tecniche previste dall'art. 244, comma 2, c.p.p. implicano il mantenimento della genuinità dei dati, mentre ciò non è sempre possibile a fronte di una *preview*, se è vero che, da un punto di vista tecnico, qualora essa venga effettuata su un cellulare (36) o su un sistema attivo o in *standbay* può determinare l'alterazione di taluni dati.

6. – Ulteriori questioni problematiche si annidano in tema di copia. Al riguardo, occorre precisare come esistano varie modalità tecniche di duplicazione delle informazioni digitali. Tuttavia, solo la cd. copia forense (la cd. *bitstream image*) consente di copiare tutti i dati, assicurando l'integrità e la conformità dei dati all'originale, al punto da erodere la stessa distinzione tra originale e duplicato, integrando una sorta di secondo originale.

Non v'è dubbio che la realizzazione della copia forense rappresenti la più garantista modalità di duplicazione dei dati. Tuttavia, non di rado, nella prassi emerge la difficoltà di ricorrere ad essa per ragioni di tempo e di costi. Sicché si pone il problema di capire se la realizzazione di una modalità diversa di copia (la cd. riproduzione logica) – la quale implica la perdita di taluni dati (si pensi ai dati non allocati) – determini dei riverberi sul piano della inutilizzabilità.

Di per sé, il legislatore non impiega il termine copia forense ma quello più generico di mera «copia», sembrando schiudere la via pure all'impiego delle copie di cd. riproduzione logica. Dal testo normativo, quindi, non sembra possibile individuare alcuna regola di esclusione probatoria. Del resto, l'art. 111-*ter* c.p.p. considera equivalenti all'originale le copie informatiche degli atti e dei documenti processuali redatti in forma analogica contenute nei fascicoli (37).

---

(36) Configurerebbe invece un atto ripetibile la *preview* effettuata su schede aggiuntive di memoria di un cellulare che sia stato rinvenuto spento.

(37) Si può ricordare come la piena attuazione del processo penale telematico (PPT) presupponga atti nativi digitali. Sul tema dei nuovi scenari e delle nuove prospettive aperte dal processo penale telematico, per tutti, cfr. B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, Padova 2022, nonché G. Abbamondi, V. Bove, P. Di Stefano,

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

Certo, la cd. riproduzione logica effettua una copia di informazioni digitali e non di documenti analogici, ma essa può parimenti coincidere, salvo alcuni dati, con l'originale. Ne consegue che in sede di valutazione della prova, il giudice dovrà effettuare un duplice vaglio: anzitutto, quello avente ad oggetto la rilevanza o non rilevanza in rapporto all'accertamento del fatto dei dati eventualmente non copiati con la cd. riproduzione logica; in secondo luogo, il giudice dovrà valutare se i dati copiati mostrino il medesimo contenuto di quelli originali, al di là della perdita di eventuali dati tecnici.

Sul piano dell'inquadramento sistematico, il legislatore considera la copia alla stregua di una modalità tecnica di svolgimento di vari atti investigativi, facendo ad essa testuale riferimento all'art. 254-*bis* c.p.p. in tema di sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni; di apposizione dei sigilli alle cose sequestrate ai sensi dell'art. 260 c.p.p.; di accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone *ex* art. 354 c.p.p.; nonché di modalità per assolvere alla disciplina prevista dall'art. 256 c.p.p. circa il dovere di esibizione e segreti.

Nella prassi, poi, si annoverano numerosi decreti del Pubblico Ministero di perquisizione, ispezione e talora di ispezione/perquisizione che prevedono la creazione di una copia forense.

A ben vedere, però, la copia mal si attaglia agli istituti ai quali viene ricondotta. Essa è una mera attività di duplicazione. Il che porta ad escludere la sua qualificazione in termini di osservazione e, quindi, di ispezione. Inoltre, essa differisce dalle operazioni tecniche e dai rilievi anche per il fatto che la sua creazione implica capacità valutative. Quanto alle perquisizioni, la copia si configura quale attività di creazione di un duplicato, all'esito della quale potrà essere effettuata, anche sulla stessa copia, la ricerca del corpo del reato o di cose pertinenti al reato. La copia, dunque, può essere funzionale alla successiva attività di ricerca, ma di per sé non implica una attività di ricerca. Ancora, la sua differenza rispetto al sequestro si coglie nel fatto che dalla copia non discende necessariamente lo spossessamento e l'indisponibilità della *res* copiata.

In definitiva, la copia appare a tutti gli effetti una autonoma tipologia investigativa, la cui essenza è rappresentata dalla attività di duplicazione. Essa sembra dunque integrare un istituto giuridico (38) a sé stante, che

---

G. Gallucci, V. Giordano, R. Marro e R. Patscot, *Processo penale telematico*, a cura di V. Bove, Milano 2021.

(38) L'elaborazione fondante del concetto di istituto giuridico viene ascritta a Friedrich

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

richiederebbe una previsione *ad hoc* in seno al codice di procedura penale, volta a disciplinare anche i casi in cui tale copia si configuri come irripetibile.

Al riguardo, occorre chiarire come la copia integri, talora, una attività irripetibile e, talaltra, un'indagine ripetibile. In materia, non è però possibile effettuare una valutazione aprioristica della ripetibilità o irripetibilità dell'atto, poiché essa si ricollega intrinsecamente a talune caratteristiche tecniche del sistema in cui sono memorizzate le informazioni.

Solo in linea tendenziale, si può affermare che, di regola, si configura come ripetibile la copia di dati effettuati in *post mortem forensics* (39), ad eccezione del caso in cui le informazioni siano contenute in uno *smartphone*. Diversamente, sono di regola irripetibili le copie effettuate *in live forensics* e su *smartphone*. In quest'ultimo caso, nella prassi, talora la copia viene estratta in incidente probatorio, in forza dell'art. 392, comma 1, lett. f), c.p.p. Il che implica che i relativi verbali siano acclusi al fascicolo del dibattimento. In altri casi, si ricorre all'istituto degli accertamenti tecnici irripetibili, con applicazione dell'art. 360 c.p.p. o in via diretta o in via mediata, per il tramite della disciplina prevista dall'art. 117 disp. att., la quale estende l'applicabilità dell'art. 360 c.p.p. a tutti i casi di accertamento tecnico che determinino modificazioni delle cose e di luoghi.

La disciplina in materia sembra però svelare delle dissonanze sistemiche e delle incongruenze (40). Da un lato, infatti, si è talora assistito ad un'estensione del perimetro operativo dell'incidente probatorio, ben oltre i limiti che gli sono propri, al mero fine di prevenire eccezioni difensive; dall'altro, non si è tenuto conto che la disciplina prevista dall'art. 360

Carl von Savigny (cfr. F.C. Von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlino 1840, vol. I, libro I, cap. II, § IV, V), che in parte sembra attingere dalla riflessione di F.J. Stahl, *Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Heidelberg 1833, vol. II, 114. Come noto, il tema dell'istituto giuridico è stato particolarmente arato dagli studiosi del diritto romano, privato, dagli storici e dai filosofi del diritto. Trascurato dalla dottrina costituzionalista – che ha finito per assorbirlo nella più generale riflessione sul sistema – è stato da ultimo riscoperto anche da parte dei costituzionalisti, come dimostra il volume P. Costa, *Teoria dell'istituto giuridico e metodo del diritto costituzionale*, Quaderni del dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario, Torino 2023. Invero, in esso, l'autore analizza nucleo e questioni problematiche della nozione di istituto giuridico, anche in rapporto all'istituzionalismo, all'ermeneutica giuridica, alla scienza giuspubblicistica italiana ed alla legge dell'evemerismo.

(39) Si pensi alle copie di *hard disk*, schede di memoria *flash* e chiavi *usb*.

(40) Per una più ampia riflessione sul tema, volendo, S. Signorato, *Dalla immediatezza alla mediatezza: un moto oscillatorio che investe anche la copia forense*, in Aa.Vv., *L'immediatezza nel processo penale*, Atti del XXXIV Convegno nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale, a cura di S. Signorato, 27-28 novembre 2020, 157-165.

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

c.p.p. – che postula il previo avviso e la possibile nomina di consulenti tecnici al fine di esercitare il contraddittorio anticipato – è non di rado incompatibile con la realtà operativa ove, se si avvertisse l'indagato che verrà svolta una simile attività, sarebbe elevato il rischio che vengano cancellati i dati informatici e che l'atto investigativo sia conseguentemente privo di efficacia.

Di qui, l'urgenza di inserire nel corpo del codice di procedura penale una nuova norma, che disciplini sia i casi di copia ripetibile, che di copia irripetibile, prevedendo, in quest'ultimo caso, anche la possibilità di un contraddittorio posticipato, il cui sacrificio sul piano delle garanzie rispetto a un contraddittorio posticipato potrebbe essere assicurato imponendo l'obbligo della videoripresa dell'attività di copia e la necessità di documentare la cd. *chain of custody*.

Infine, occorre porre in luce un aspetto che non sempre viene adeguatamente soppesato. La copia delle informazioni viene cristallizzata su supporti informatici. Tuttavia, le caratteristiche tecniche di taluni supporti (si pensi ad un dvd) fanno sì che le informazioni in esse memorizzate si cancellino dopo alcuni anni, con tempistiche che variano a seconda del supporto. Si tratta di un aspetto tecnico che riverbera significative conseguenze sul piano del processo penale, essendo immanente il rischio di una evaporazione delle prove.

7. – Non di rado le indagini digitali sfuggono al perimetro applicativo dei mezzi di ricerca della prova tipici, finendo per rifluire nell'area degli atti investigativi atipici, la cui disciplina è tracciata all'art. 189 c.p.p.

In riferimento a tale norma, non bisogna dimenticare come la *voluntas legis* fosse volta a far fronte agli sviluppi tecnologici che avrebbero consentito nuove tipologie di indagini e di prove (41), con la conseguenza che la prova atipica era stata concepita alla stregua di un *quid* imprevedibile (42).

In aggiunta, occorre precisare come la disciplina prevista dall'art. 189 c.p.p. non possa essere invocata per aggirare le garanzie e per il compimento di atti tipici *contra legem* (43). Invero, «l'art. 189 c.p.p. lungi dal

---

(41) Ciò è esplicitato dalla *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., a cura della Commissione presieduta dal Prof. Gian Domenico Pisapia, cit., *sub* art. 189 c.p.p.

(42) In questo senso, cfr. R. Orlandi, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano 1992, 24.

(43) Così, testualmente, T. Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa)-fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.* 1998, 1741. In argomento, cfr. anche A.

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

prestarsi a tollerare il fenomeno della prova acquisita irritualmente rispetto al suo modello normativo (cioè *contra legem*), si regge, al contrario, proprio sulla premessa della legalità interna al sistema dei mezzi di prova».

Sotto altro profilo, si può ricordare come, di per sé, l'art. 189 c.p.p. faccia testuale riferimento soltanto alle 'prove' atipiche, nozione che, come noto, non ricomprende gli elementi di prova atipici e le indagini atipiche. Tuttavia, una serie di indici (44) inducono ad interpretare estensivamente la nozione di prova, finendo per ricomprendere in essa anche le indagini atipiche, secondo un approccio ormai sedimentato nella prassi; ne è una riprova il fatto che la Cassazione riconduca nell'alveo dell'art. 189 c.p.p. le videoriprese di comportamenti non comunicativi o la localizzazione satellitare.

La disciplina attuale non è però esente da profili di criticità, soprattutto in rapporto al rispetto del principio del contraddittorio e alla lesione di diritti.

Per quanto riguarda il primo aspetto, come già sottolineato nel § 2, l'art. 189 c.p.p. postula un contradditorio anticipato, ontologicamente irrealizzabile nel caso di mezzi di ricerca della prova atipici a sorpresa, che altrimenti vedrebbero vanificata la propria efficacia. Di qui la necessità di una lettura più duttile della norma, volta ad ammettere la possibilità di un contraddittorio postumo (45), in cui soppesare anche l'idoneità accertativa, sia in astratto sia in concreto, del mezzo di ricerca della prova impiegato.

Bernasconi, *La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio*, Torino 2003, 204; M. Nobili, sub *art. 189 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II, Torino 1990, 398. Pone in luce come l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 189 c.p.p. sia sconfinata nel legittimare prove irrituali e come il principio di libertà della prova, antitesi di quello di tassatività, abbia eroso la tenuta dell'intero diritto probatorio, pure sul piano della sua valutazione, O. Mazza, *Critica delle prove atipiche nella deriva giurisprudenziale*, in *Dir. di Difesa*, fasc. 1, 1 marzo 2022, 64.

(44) In primo luogo, la *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., 60, mostra di avere ben presenti i mezzi di ricerca della prova; inoltre, l'art. 189 c.p.p. è ubicato nelle disposizioni generali del libro terzo, le quali – secondo la *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff.*, cit., 60 – possono essere riferite anche alle indagini, purché le singole previsioni lo permettano. In proposito, l'art. 189 c.p.p. non sembra delineare alcuna esclusione. Oltretutto appare più garantista una lettura della norma idonea a ricomprendere in essa anche le indagini atipiche. Sul piano testuale, poi, se è vero che il termine «assunzione», che figura all'art. 189 c.p.p., è evocativo delle prove, va rilevato come esso non possa fungere da ancoraggio dirimente, dato che il vocabolo «assunzione» compare pure nella rubrica dell'art. 188 c.p.p., norma pacificamente ritenuta applicabile anche agli atti investigativi.

(45) Cfr. A. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, cit., 1195.

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

Occorre infatti evidenziare come le indagini digitali, sia tipiche che atipiche, siano dotate di valenza accertativa solo in assenza di fattori interferenti e in presenza di una corretta interpretazione dei dati raccolti.

Al fine di una migliore comprensione di tale affermazione può essere utile ricorrere a due esempi. La localizzazione satellitare viene considerata un mezzo atipico di ricerca della prova ed è funzionale a monitorare gli spostamenti di un veicolo. Se, però, l'indagato collocasse nella macchina un *jammer* (vale a dire un apparecchio in grado di schermare il segnale), il veicolo oggetto di attenzione investigativa potrebbe apparire fermo nonostante sia in movimento. Di conseguenza, a fronte di una situazione di immobilità di un veicolo, occorre escludere che sia intervenuto il fattore interferente dell'uso di un *jammer*. Analogamente, si può ricordare come le celle telefoniche, se sovraccariche o malfunzionanti, 'rimbalzino' l'utente su altra cella. Al verificarsi di una simile situazione, il tabulato posizionerebbe l'indagato in un'area diversa da quella in cui si trovava realmente.

Di qui la necessità che il giudice non si adagi passivamente sul risultato offerto dalla tecnica, subendone la fascinazione sull'onda del falso mito della sua infallibilità (46). Invero, non esiste scienza che non presenti margini di errore, senza contare che il risultato offerto dalla tecnica può derivare anche dalla metodica utilizzata e può modularsi diversamente in ragione di interpretazioni differenti degli stessi dati. A ciò si aggiunge l'importanza che i giudici non abdichino ad algoritmi (47) la valutazione della prova e la decisione, che deve rimanere ancorata ad un vaglio umano,

---

(46) Per una riflessione sulla percepita decisività del dato tecnico, si veda L. Lupária Donati, *Mythe et réalité dans la représentation de la preuve génétique*, in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 9, 2019, 71 ss., nonché C. Cesari, *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal* 2019, 1183 ss.

(47) Sul rapporto tra intelligenza artificiale e processo penale, *ex multis*, cfr. Aa.Vv., *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove e giudizio*, a cura di G. Di Paolo, L. Pressacco, Trento 2022; A. Garapon, J. Lasségue, *La giustizia digitale, Determinismo tecnologico e libertà*, trad. di F. Morini, Bologna 2021, 278; L. Camaldo, *Intelligenza artificiale e investigazione penale predittiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2024, 233; M. Gialuz, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in Aa.Vv., *Giurisprudenza penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano 2021; S. Lorusso, *La sfida dell'intelligenza artificiale al processo penale nell'era digitale*, in *Sist. pen*. 28 marzo 2024; S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings: A Framework for a European Legal Discussion*, Cham 2020; R.E. Kostoris, *Predizione decisoria*, diversion *processuale e archiviazione*, in *Sist. pen.* 23 luglio 2021, 9 ss.; P.P. Paulesu, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in Aa.Vv., *Studi in onore di R.E. Kostoris*, a cura di P.P. Paulesu, M. Daniele, S. Signorato, M. Bolognari e A. Boldrin, Torino 2023, 23-48; nonché, volendo, S. Signorato, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in questa *Rivista* 2020, 605-616; Ead., *A New*

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

in grado di attuare principi quali quello dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» (48) o della proporzionalità.

Infine, occorre evidenziare un significativo aspetto problematico che connota le indagini atipiche. Inevitabilmente, esse ledono diritti fondamentali, quali il domicilio o la *privacy*, la cui compressione viene però ritenuta legittima dall'art. 8 Cedu solo se attuata in forza di una previsione di legge sorretta da adeguate garanzie.

Si tratta di un tema delicato perché è difficile capire se la blanda disciplina delineata dall'art. 189 c.p.p. sia idonea a soddisfare il requisito della previsione di legge richiesto dalla Corte edu.

Astrattamente, le soluzioni prospettabili sono varie: una prima, più rigorosa, che porta ad escludere che l'art. 189 c.p.p., in quanto rubricato «prove non disciplinate dalla legge», sia idoneo a soddisfare il requisito della previsione di legge; una seconda, più formale, che potrebbe fare leva sul fatto che comunque esiste l'art. 189 c.p.p. quale previsione di legge, ancorché dedicata (il che può sembrare un ossimoro) alle prove non disciplinate dalla legge; infine, una terza impostazione potrebbe muovere dalla constatazione che la Corte europea abbraccia una nozione assai ampia di legge, tale da ricomprendervi le fonti non scritte e la giurisprudenza consolidata (49). Per questa via, almeno nei casi di prove atipiche ma tipizzate dalla prassi, potrebbe essere ritenuto soddisfatto il requisito di legge nei casi in cui l'ingerenza nei diritti fondamentali sia meno marcata. Nei casi di ingerenza grave, invece, è la stessa Corte a modulare diversamente il concetto di legge, sembrando non accontentarsi di una giurisprudenza consolidata sul punto (50).

Resta, poi, il problema delle garanzie. Invero, l'art. 189 c.p.p. si limita a prevedere l'idoneità all'accertamento del fatto, il non pregiudizio della libertà morale e l'espletamento del contraddittorio. Ricorrendo alla distinzione adottata dalla Cedu tra lesione lieve e marcata di un diritto, il *plafond* di garanzie offerto dall'art. 189 c.p.p. può essere ritenuto soddisfacente a fronte di lesioni meno significative dei diritti (si pensi alla localizzazione satellitare), ma non in presenza di tecniche assai invasive

---

Right in Criminal Procedure Implied by Human Dignity: The right to Non-Automated Judicial Decision-Making, in *Journal of Eastern-European Criminal Law* 2020, 2, 9-16.

(48) Oltretutto, tale formula sembrerebbe richiedere una «soglia cognitiva sensibilmente più alta rispetto a quella ricavabile dalla formula *in dubio pro reo*». In questi termini, cfr. P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2009, 187.

(49) Cfr. Cedu, 24 aprile 1990, n. 11801/85, Kruslin c. Francia, § 29.

(50) Si veda Cedu, 2 settembre 2010, n. 35623/05, Uzun c. Germania, § 66.

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

come il *trojan*, quando venga usato con funzione diversa da quella intercettativa.

Non bisogna infatti dimenticare come il captatore sia uno strumento assai poliedrico in quanto può essere abilitato a visionare anche l'intero contenuto di un *device*, con una «idoneità lesiva nuova» (51). Dal canto suo, il legislatore lo ha disciplinato nella sua mera funzione di captazione delle comunicazioni, relegando dunque nell'area della atipicità le sue ulteriori possibili applicazioni.

Ne deriva la necessità di un intervento normativo (52) volto a disciplinare gli usi del captatore diversi dall'attività di intercettazione, in considerazione del fatto che esso determina una profonda incidenza sui diritti esistenti, tale da richiedere anche, verosimilmente, l'enucleazione di nuove sfere di tutela (53).

8. – Nell'ambito delle indagini emerge di frequente la necessità di acquisire dati digitali ubicati all'estero. Tale situazione si verifica anzitutto nel caso in cui il *device* – che custodisce le informazioni digitali – si trovi, anche temporaneamente, oltre confine; in secondo luogo, quando le informazioni digitali, ancorché accessibili dall'Italia, siano memorizzate in *Cloud* che abbia un ancoraggio territoriale straniero (54).

---

(51) Così, A. Capone, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen*. 2017, 1268.

(52) Più in generale, sulla necessità di ripensare l'intera disciplina prevista dall'art. 189 c.p.p., si veda S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 2015, 788 ss.

(53) Per la proposta dell'individuazione di un nuovo diritto denominato «diritto all'intangibilità della vita digitale» sia consentito rinviare a S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, 69. Sul passaggio dalle «nuove» tecnologie ai «nuovi» diritti, cfr. F. Caprioli, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie*, in Aa.Vv., *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. Lupária, L. Marafioti e G. Paolozzi, Torino 2019, 48, nonché F. Siracusano, *La prova informatica transnazionale: un difficile 'connubio' fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.* 2017, 192 ss.

(54) Un tempo qualunque informazione digitale era contenuta all'interno di un *device*, con la conseguenza che il sequestro del dispositivo implicava anche il sequestro dei dati in esso contenuti. Il *Cloud* ha scardinato questa impostazione. Infatti, esso è uno spazio virtuale che consente di salvare i dati direttamente in rete. Sicché il sequestro di un dispositivo può essere del tutto irrilevante ai fini del sequestro delle informazioni memorizzate in un *Cloud*, dato che lo stesso indagato potrebbe accedere a tali informazioni da qualunque altro dispositivo dotato di connessione alla rete. Ne deriva la necessità di capire dove si trovino i dati contenuti in un *Cloud*. Da un punto di vista tecnico, il *Cloud* funziona grazie a dei *server*. Tuttavia, i dati possono essere spostati velocemente ed automaticamente da un *server* ad altri *server*, anche ubicati in Stati diversi, per mere esigenze di ottimizzazione. Al riguardo, si parla di ridondanza o *load balacing*. Ne deriva che diviene assai arduo, e talora

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

La frequente localizzazione all'estero degli elementi di prova non è scevra di conseguenze giuridiche. Per comprenderle, occorre risalire alla pace di Vestfalia che, nel 1648, pose fine alla cosiddetta guerra dei trent'anni. Nello specifico, con tale pace, si venne affermando l'idea di un territorio delimitato da precisi confini (55), inclusivi per chi si trova entro gli stessi ed esclusivi per chi sta al di fuori di essi, sancendo così la distinzione tra «interno» ed «esterno».

Questa dicotomia ha delle rifluenze in tema di indagini, considerato che ogni Stato può svolgere legittimamente delle investigazioni solo all'interno del suo territorio, a pena di inutilizzabilità processuale delle prove acquisito all'estero.

L'assetto della legittimazione investigativa italiana è dunque profondamente diverso da quello della giurisdizione italiana. Infatti, quest'ultima è caratterizzata da una vocazione espansiva, come emerge dagli artt. 7, 8, 9, 10 c.p. e art. 10 c.p.p., le cui discipline consentono di celebrare in Italia processi penali per reati commessi all'estero. Anche in simili ipotesi, però, le indagini non possono essere svolte oltre confine.

Ne deriva che in tutti i casi in cui sia necessario svolgere indagini digitali all'estero occorrerà attivare gli strumenti di cooperazione investigativa.

In concreto, gli investigatori italiani dovranno anzitutto verificare se esistono specifici accordi bilaterali o multilaterali che regolino quel preciso atto investigativo o, in generale, la raccolta della prova.

In assenza di simili accordi, lo scenario si bipartisce.

Nell'ipotesi in cui l'indagine debba essere compiuta in uno Stato dell'Unione europea, gli elementi di prova potranno essere raccolti mediante l'ordine europeo di indagine penale (cd. oei) (56), salvo che tali elementi si trovino in Danimarca ed Irlanda. A tutt'oggi, infatti, tali Paesi non hanno dato attuazione all'oei. Quanto alla richiesta tramite oei, ai sensi dell'art. 6, § 1, lett. b), della direttiva oei, essa può essere inoltrata se la medesima

---

impossibile, individuare a quale *server* faccia riferimento un dato in un determinato momento. Per questo motivo, è prevalsa una *fictio iuris*, in forza della quale si ritiene che i dati si trovino nello Stato ove ha sede il fornitore del servizio *Cloud.*

(55) Al riguardo, cfr. G. Zaccaria, *Nuove fonti, nuove categorie per il «post-diritto»*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di R.E. Kostoris, Bologna 2016, 49 ss.

(56) Cfr. direttiva 2014/41/UE. Al riguardo, per tutti, cfr. Aa.Vv., *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. Bene, L. Luparia e L. Marafioti, Torino 2016; Aa.Vv., *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs n. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele e R.E. Kostoris, Torino 2018; L. Scomparin, A. Cabiale, The Proportionality Test in Directive 2014/41/EU: Present and Future of a Fundamental Principle, in *Eurojus.it* 2022, v. 9, f. 2, 72 ss.

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

prova avrebbe potuto essere acquisita «alle stesse condizioni in un caso interno analogo». In ordine all'*an*, dunque, valgono le regole della *lex fori* (57), mentre la direttiva oei non prevede alcuna regola in ordine alla loro ammissibilità (58).

Diversamente, se gli elementi di prova si trovano in Stati non appartenenti all'Unione europea, sarà necessario attivare lo strumento della rogatoria.

Un simile assetto presenta però degli indubbi profili problematici.

Sia l'ordine europeo di indagine penale che le rogatorie presuppongono una richiesta rivolta ad uno Stato straniero. Ciò implica difficoltà in rapporto all'uso della lingua (59), alla diversità degli istituti giuridici, alle differenti mentalità ed approcci giuridici, che si acuiscono con i Paesi che non appartengono all'Unione europea, con i quali si delineano talora differenze così marcate da divenire solchi di divaricazione. Di qui il ruolo fondamentale della diplomazia, quale presupposto della cooperazione di polizia, volta a garantirne anche un migliore funzionamento.

Se, dunque, il concetto di confine rappresenta un limite investigativo invalicabile, oltre il quale è necessario attivare gli strumenti della cooperazione, la tecnologia ha da tempo schiuso nuovi scenari, consentendo di superare i confini solo virtualmente (60). Si pensi alla possibilità di effettuare intercettazioni di utenze che si spostano all'estero mediante strumentazione ubicata solo in Italia oppure al monitoraggio tramite localizzazione satellitare di un veicolo che oltrepassi il confine.

---

(57) Per una più ampia riflessione sul punto, si rinvia a M. Daniele, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.* 2016, n. 3, 65 ss.; nonché Id., *La collaborazione internazionale tra autorità investigative e giudiziarie in materia di indagini informatiche*, in Aa.Vv.,*Cybercrime*, cit., 1893 ss.

(58) Come evidenziato da R. Belfiore, *Quali prospettive per l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri dell'Unione europea?*, in *Cass. pen.*, 2023, 3870 l'ammissibilità «è forse uno dei più ambiziosi obiettivi della cooperazione giudiziaria in materia penale, fondata sull'ormai consolidato principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie». La medesima Autrice ricorda anche come le regole nazionali di ammissione probatoria siano espressive delle garanzie interne, rispetto alle quali le esigenze della cooperazione giudiziaria dovrebbero esercitare la minore incidenza possibile. Sul punto, cfr. R. Belfiore, *La prova penale 'raccolta' all'estero*, Roma 2014, 229 ss.

(59) Per l'oei, l'*impasse* linguistico è in parte superato dalla messa a disposizione della modulistica necessaria in lingue diverse.

(60) Si è infatti dinanzi ad una tecnologia capace di abbattere la barriera del confine. Al riguardo, cfr. F. Siracusano, *La prova informatica transnazionale: un difficile 'connubio' fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.* 2017, 183.

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

Di qui il problema di comprendere se anche in questi casi la raccolta degli elementi di prova implichi una ingerenza nella sovranità di altro Stato con la conseguente necessità di attivare gli strumenti della cooperazione.

Al riguardo, la giurisprudenza di Cassazione è sempre stata tetragona nell'affermare che qualora l'indagine sia svolta con strumentazione interamente italiana (si pensi all'intercettazione mediante la cd. tecnica dell'instradamento) non occorra attivare alcuna rogatoria o altro strumento di cooperazione (61). Tuttavia, il quadro sembra essere mutato a seguito dell'art. 31.1 della direttiva oei, il quale impone di notificare l'intercettazione allo Stato in cui essa viene effettuata, anche qualora tale intercettazione venga svolta con strumentazione solo italiana.

Diversamente da quanto si potrebbe forse pensare sulla base del principio del mutuo riconoscimento (62), lo Stato estero potrebbe richiedere di non effettuare l'intercettazione o di porre fine alla medesima qualora la stessa non sarebbe consentita in un caso interno analogo, prevedendo anche la sanzione processuale della inutilizzabilità degli elementi di prova raccolti.

Quanto alla localizzazione satellitare essa può essere considerata alla stregua di un pedinamento. Di conseguenza, si può ritenere che, quand'anche sia effettuata oltre confine, essa sia legittima nella misura in cui ricada nell'area di operatività dell'art. 40.1 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen dedicata alla osservazione transfrontaliera.

Resta però il principio che il valico dei confini implica l'attivazione di strumenti di cooperazione, di notifica o di autorizzazione, a prescindere dal fatto che il superamento avvenga in modo fisico o virtuale.

Tuttavia, si può segnalare una eccezione, delineata dall'art. 32 della Convenzione di Budapest, a cui fa da *pendant* l'art. 234-*bis* c.p.p. in tema di documenti e dati informatici. Tale previsione non individuerebbe un mezzo di prova, ma «una modalità di acquisizione di particolari tipologie di elementi di prova presenti all'estero, che viene attuata in via 'diretta' dall'autorità giudiziaria italiana e prescinde da qualunque forma di collaborazione con l'autorità giudiziaria di altro Stato» (63). Come condivisibilmente

---

(61) Tra le molte, cfr. Cass. pen., sez. II, 4 novembre 2016, n. 51034; Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903; Cass. pen., sez. I, 23 marzo 2018, n. 35212. Per un esame in chiave critica dell'impostazione giurisprudenziale che consente la decrittazione dei dati *Blackberry* anche in assenza di rogatoria, cfr. A. Gaito, *Comunicazioni criptate ed esigenze difensive (da Blackberry a Sky-ECC)*, in *Arch. pen.*, 1, 2024.

(62) Per un approfondimento di tale principio, si rinvia a L. Bachmaier Winter, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in Aa.Vv., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, 5ª ed., Torino 2022, 363 ss.

(63) In questi termini, Cass. pen., Sez. Un., 29 febbraio 2024, n. 23756, § 9.1.

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

affermato dalle Sezioni Unite, la disciplina prevista dall'art. 234-*bis* c.p.p. è «alternativa e incompatibile rispetto a quella dettata in tema di o.e.i.» (64).

Nello specifico, l'art. 234-*bis* c.p.p. riguarda l'acquisizione di dati preesistenti all'attività investigativa o comunque esterni ad essa. Tale norma prevede che non sia necessario attivare gli strumenti di cooperazione in due casi: il primo coincide con l'ipotesi in cui le informazioni digitali siano disponibili al pubblico (si pensi ad una foto pubblicata in rete, ancorata a *server* estero e, quindi, ubicata all'estero, ma accessibile da chiunque e da dovunque). La seconda ipotesi è rappresentata dall'esistenza del consenso del legittimo titolare all'acquisizione di dati informatici siti all'estero non disponibili al pubblico.

9. – Il quadro attuale mostra l'importanza delle indagini digitali (65). Peraltro, esse non sono neutre. Invero, le stesse determinano una metamorfosi sistemica, come dimostra lo spostamento del baricentro accertativo dalla fase del dibattimento a quella investigativa (66). Si tratta di un fenomeno registrato dallo stesso lessico (67) in uso nella prassi, ove si

---

(64) Così Cass. pen., Sez. Un., 29 febbraio 2024, n. 23755, § 6, nonché Cass. pen., Sez. Un., 29 febbraio 2024, n. 23756, § 9. Al riguardo, cfr. anche M. Daniele, *La mappa del controllo giurisdizionale quando l'OEI ha ad oggetto prove già in possesso dell'autorità straniera*, in *Sist. pen.* 17 luglio 2024.

(65) Esse presentano una marcata valenza accertativa, senza contare che non di rado il ricorso ad esse è reso necessario per far fronte ad una criminalità sempre più tecnologica. In argomento, v. G. Spangher, *Le prove informatiche*, in Aa.Vv., *Cybercrime*, cit., 1502.

(66) Da un simile assetto deriverebbe anche uno «svuotamento del contraddittorio dibattimentale, divenuto, il più delle volte, una sorta di *divertissement* estetico a fronte di una partita giocata *aliunde*». In questi termini, cfr. L. Lupária, *La promessa della giustizia tecnologica*, in *Sist. pen.,* 1° agosto 2024, 2. In definitiva, le indagini sembrano essersi ormai trasformate da «'fase che non conta e non pesa' a baricentro del procedimento penale». Per questa impostazione, cfr. R. Casiraghi, G. Garuti e E.M. Mancuso, *Le nuove dinamiche della fase preliminare*, in Aa.Vv., *Il nuovo processo penale. Indagini preliminari, udienza preliminare e riti speciali*, a cura di R. Bricchetti e G. Varraso, Milano 2024. Segnala come gli elementi di prova digitali finiscano per far sfumare il «valore poietico del contraddittorio», A. Sanna, *La prova informatica al vaglio del giudice, tra cattiva scienza e cattivi scienziati*, in *discrimen*, 4 maggio 2022, 7. Sul tema, in riferimento alla prova tecnica, cfr. C. Scaccianoce, *Prova tecnica e contraddittorio nel processo penale*, Palermo 2023.

(67) Più in generale, occorrerebbe riflettere sul lessico giuridico, non solo nell'ottica del suo scadimento, ma anche in quella della rimodulazione dei termini. Non bisogna mai dimenticare che, come evidenziato da F. Caprioli, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in Aa.Vv., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà del processo e per le garanzie dei diritti*, Milano 2007, 133, «ogni parola è un mondo». Inoltre, come rilevato da F.R. Dinacci, *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del 'tipo' alla libertà delle forme probatorie e all'imprevedibilità della decisione*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, in riferimento alla «semantica della

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

impiega di frequente la locuzione 'prova digitale' (68) anche per designare gli elementi di prova digitali.

Si può ricordare come le indagini digitali siano ormai strategiche nel contrasto a qualunque tipo di reato e non solo ai reati informatici.

Ciò significa che tutte le forze di polizia sono chiamate a svolgere indagini digitali. Al riguardo, si può però segnalare una certa tendenza di talune Procure a delegare alla Polizia postale le indagini che richiedano competenze digitali, a prescindere dal tipo di reato perseguito e, quindi, anche in rapporto a reati minori. Ne deriva però la sottrazione di tempo e di organico agli uffici periferici della Polizia postale (69), con un impoverimento di risorse che può avere ricadute negative sul contrasto ai più gravi reati di specifica competenza della stessa Polizia postale, come la pedopornografia *on line*, il cyberterrorismo, il crimine finanziario informatico.

Invero, anche altre forze di polizia hanno ormai acquisito precipue competenze in materia digitale, pure con punte di eccellenza sul territorio nazionale. Non sfugge, peraltro, come le conoscenze digitali non siano ancora appannaggio di tutti gli uffici. Per questo motivo, è particolarmente avvertita la necessità ed urgenza di una adeguata e capillare formazione in materia, che tenga conto sia degli aspetti giuridici che di quelli tecnico operativi, compresa l'indicazione delle specifiche attività da svolgere e delle *best practices* da seguire. Si tratta di profili che possono avere significative conseguenze giuridiche (70), dato che una parte della dottrina reputa che la mancata osservanza delle *best practices* integri una invalidità e, in particolare, un'inutilizzabilità (71)

---

lingua legale; quanto è più ampia e indeterminata, proporzionalmente risulterà ampio e indeterminato il significato associabile ai termini della medesima».

(68) Sul concetto di «prova digitale», per tutti, cfr. G. Di Paolo, voce *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. VI, Milano 2013, 736 ss.

(69) Ai sensi dell'art. 64 del decreto del Ministero dell'Interno, Dipartimento della pubblica sicurezza, Capo della Polizia Direttore generale della pubblica sicurezza, 28 giugno 2022, tali uffici periferici si articolano in Centri operativi per la sicurezza cibernetica (C.O.S.C.) e Sezioni operative per la sicurezza cibernetica (S.O.S.C.).

(70) Si vedano le osservazioni di G. Di Paolo, voce *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann., VI, Milano 2013, 736 ss., che sottolinea come «il rischio che la *digital evidence* possa essere danneggiata o distrutta, anche per semplice colpa di investigatori (polizia scientifica, consulenti di parte o periti) non adeguatamente preparati a condurre le operazioni di *computer forensics* volte alla ricerca ed acquisizione dei dati, è estremamente elevato».

(71) Per questa impostazione, si veda C. Conti, *La prova informatica e il mancato rispetto delle best practices: lineamenti sistemici sulle conseguenze processuali*, in Aa.Vv., *Cybercrime*, cit., 1533 ss.; E. Lorenzetto, *Le attività urgenti di investigazione informatica e*

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

sul presupposto che il *modus procedendi* rappresenti una forma essenziale (72).

A parere di chi scrive, tale impostazione ha senz'altro il merito di essere garantista. Tuttavia, alcuni indici sembrano orientare verso una diversa impostazione. Anzitutto, il legislatore non ha indicato quali siano le *best practices*, secondo un approccio che appare condivisibile e duttile, in ragione dei ritmi di evoluzione della tecnologia (73). Inoltre, non ha previsto alcuna sanzione processuale per il mancato rispetto delle *best practices*. Non sfugge l'impostazione secondo la quale i divieti potrebbero essere ricavati anche in via indiretta (74). Tuttavia, tale orientamento pare porsi in linea di discontinuità rispetto all'art. 2, n. 7, l. 16 febbraio 1987, n. 81 (delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale), che ha fissato la necessità di una «previsione espressa sia delle cause d'invalidità» sia delle «conseguenti sanzioni processuali». Oltretutto, la possibilità di ricavare divieti impliciti acuirebbe il fenomeno della diseguale applicazione della legge, rimettendo la loro individuazione alla sensibilità del magistrato e acuendo il rischio di disparità di trattamento.

Sembra dunque possibile sostenere che il mancato rispetto delle *best practices* (75) non riverberi i propri effetti né sul piano della ammissibilità della prova (76) né su quello della sua utilizzabilità, ma su quello della

---

telematica, in Aa.Vv., *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul* cybercrime, a cura di L. Lupária, Milano 2009, 163; L. Lupária, *La ratifica della Convenzione CyberCrime del Consiglio d'Europa. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 720.

(72) Al riguardo, si veda C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova 2007, 315 ss., nonché Ead., *L'inutilizzabilità*, in Aa.Vv., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino 2015, 120 ss.

(73) Cfr. R.E. Kostoris, *Ricerca e formazione della prova elettronica: qualche considerazione introduttiva*, in Aa.Vv., *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di F. Ruggieri e L. Picotti, Torino 2011, 181.

(74) *Ex multis*, F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano 2008, 53 ss.; N. Galantini, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, I, 1997, 695; Id., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992; M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989, 150 ss.; G. Ubertis, *Riflessioni sulle prove «vietate»*, in *Riv. pen.* 1975, 710.

(75) Per una panoramica degli standard tecnici di riferimento in materia di *mobile forensics*, cfr. K. La Regina, *Le indagini su dispositivi digitali*, in Aa.Vv., *Investigazioni digitali*, a cura di M. Iaselli, Milano 2020, 37 ss.

(76) Al riguardo, occorre ricordare come l'ammissibilità della prova sia un *quid* differente dalla ammissibilità della richiesta di prova. Su tali concetti, cfr. R. Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino 2012, 55.

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

valutazione della prova (77). Infine, «l'inutilizzabilità della prova non si arguisce dal fatto che una prescrizione sulle prove sia stata trasgredita, ma dalla circostanza che attraverso una condotta conforme a diritto non si sarebbe potuto ottenere quel medesimo risultato probatorio» (78).

Quanto al problema della alfabetizzazione digitale, essa non riguarda soltanto la Polizia giudiziaria, ma anche difensori e magistrati, il cui percorso accademico, almeno di regola, non contempla la conoscenza di tale materia, con significativi riflessi sul procedimento e sul processo penale. Di frequente, infatti, gli operatori del diritto appaiono sprovvisti delle nozioni di base sicché può accadere che Pubblici Ministeri e difensori non siano in grado di comprendere appieno dove potrebbero trovarsi elementi di prova digitali determinanti.

Il che può avere dei riverberi sullo stesso esercizio dell'azione penale. Come noto, il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (cd. riforma Cartabia) ha modificato l'art. 408 c.p.p. (79). Nello specifico, tale riforma ha ridefinito il parametro su cui modulare la richiesta di archiviazione. Infatti, esso non coincide più con l'infondatezza della notizia di reato per idoneità degli elementi di prova a sostenere l'accusa in giudizio, ma è integrato dalla «ragionevole previsione di condanna» (80). Una simile previsione potrà essere effettuata solo in presenza di significativi elementi di prova.

Al riguardo occorre essere realisti. Talora, tra l'essere ed il kantiano dover essere vi è uno scarto, anche a causa dell'eccessivo numero dei fascicoli assegnati ad ogni Pubblico Ministero, della carenza di organico della Polizia giudiziaria che dispone oltretutto di banche dati non sempre correttamente aggiornate ed efficienti (81), senza contare la frequente scar-

---

(77) Per più ampie riflessioni al riguardo, volendo, S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, 139.

(78) Così, testualmente, A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino 2000, 159-160. Nel contesto del codice previgente, secondo una impostazione facente leva sul concetto di «potere istruttorio» si veda F. Cordero, *Il procedimento probatorio*, in Id., *Tre studi sulle prove penali*, Milano 1963, 73.

(79) Pur mantenendo inalterata la rubrica, che figura tuttora come «Richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato».

(80) Dal canto suo, poi, il d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31 recante disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 1° ottobre 2022, n. 150 ha livellato talune asimmetrie, prevedendo il medesimo requisito della «ragionevole previsione di condanna» anche in rapporto alle richieste di archiviazione nei procedimenti innanzi al giudice di pace ed *ex* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

(81) L'utilità di una banca dati è strettamente correlata alla qualità e quantità dei dati in essa immessi. Allo stato, si riscontrano però varie criticità. Si pensi solo al fatto che talune Procure non effettuano gli inserimenti nella banca dati SDI, con la conseguenza che soggetto può risultare o meno iscritto in tale banca dati a seconda che la querela sia stata

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

sità di mezzi. Tale insieme di fattori può rendere arduo espletare indagini complete in rapporto ad ogni *notitia criminis*.

A fronte di un simile assetto e del rafforzato filtro archiviativo, diviene centrale che le querele e le denunce siano possibilmente supportate da solidi elementi di prova, il cui riscontro possa orientare nella direzione della ragionevole previsione di condanna. Di qui l'importanza del ruolo del difensore della persona offesa non solo nella stesura giuridica degli atti (si pensi alla querela o all'atto di opposizione alla richiesta di archiviazione), ma anche nella capacità di individuare ed allegare gli elementi di prova (digitali e non digitali) in grado di dare riscontro a quanto asserito negli atti (82).

Parimenti, il difensore dell'indagato riveste un ruolo centrale in fase investigativa, al fine di sospingere il Pubblico Ministero, sulla base di elementi di prova, nella direzione archiviativa.

Sull'eco della distinzione di Goldschmidt, si può affermare che l'*Erwikungshandlungen* (atti di parte che mirano ad ottenere una pronuncia) segna spesso la differenza tra una buona ed una cattiva difesa, in ragione del fatto che «il ruolo del privato tende a divenire essenziale, per l'attuazione della norma, in ogni settore dello *ius publicum*, risultando sovente l'intervento individuale indispensabile per lo Stato (83)».

Sotto altro profilo, il problema delle competenze digitali investe anche l'individuazione dei consulenti tecnici e dei periti. Mentre in ambito medico è ormai pacifico che, a seconda del tipo di consulenza o perizia occorre una specializzazione differente e, quindi, a seconda dei casi, un

---

depositata in un Ufficio di polizia o in talune Procure. Ancora, in riferimento a tutte le indagini in cui sia necessario accertare i beni immobili, occorre sottolineare come la banca dati in uso in talune Procure restituisca i dati dei soli immobili risultanti dal catasto, senza visualizzare quelli ubicati nei territori ove vige il tavolare (tra essi Bolzano, Cortina d'Ampezzo, Gorizia, Trento, Trieste) qualora tali immobili non siano stati iscritti anche al catasto. Sicché un soggetto potrebbe apparire nullatenente pur essendo proprietario di immobili in zone ove vige il tavolare.

(82) Sul perimetro delle azioni investigative del difensore di raccolta della prova digitale, cfr. L. Lupária Donati, *Le investigazioni informatiche nell'ordinamento processuale italiano*, in L. Lupária Donati e G. Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Milano 2007, 182 ss.

(83) In questi termini, M. Caianiello, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino 2003, VI. Cfr. anche E.M. Ambrosetti, *I dati digitali nel contesto dei reati informatici: una breve introduzione*, in Aa.Vv., *Diritto di famiglia e nuove tecnologie*, a cura di E. De Belvis, Napoli 2022, 365 che pone in luce come tanto il Pubblico Ministero quanto il difensore abbiano interesse sin dall'inizio delle indagini preliminari ad ottenere delle *evidence* che possano avere valenza in sede istruttoria dibattimentale.

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

anestesista, un nefrologo, un ortopedico, ecc., in ambito digitale non sembra ancora adeguatamente maturata la consapevolezza che l'orizzonte digitale si compone al suo interno di microcosmi, rispetto ai quali sussistono differenti competenze.

A mero titolo esemplificativo, si può ad esempio ricordare come un esperto di *smartphone* con sistema operativo iOS potrebbe non essere esperto di *Android*; oppure un esperto di *mobile forensics* potrebbe non essere un esperto di geolocalizzazione digitale e così via.

Infine, si può rilevare come una maggiore alfabetizzazione digitale gioverebbe anche sul piano della interpretazione delle norme, consentendo di coglierne alcune applicazioni che rischiano di rimanere altrimenti in ombra. Si pensi alla possibilità di estendere l'applicabilità dell'art. 282-*bis*, comma 2, c.p.p. anche al *Cloud*. Nello specifico, in forza di tale disciplina il giudice può prescrivere all'imputato di non avvicinarsi «a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, in particolare il luogo di lavoro, il domicilio della famiglia di origine o dei prossimi congiunti». Poiché il *Cloud* sembra poter essere qualificato alla stregua di un luogo, andrebbe valorizzata la possibilità per il giudice di emanare il divieto di avvicinamento da parte dell'imputato a *Cloud* come *Facebook*, *Zoom*, *Google Meet*, *Microsoft Teams*, ecc., che siano «abitualmente frequentati dalla persona offesa». Analoghe considerazioni possono essere riferite alla disciplina prevista dall'art. 282-*ter* c.p.p. in tema di divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa e dall'art. 384-*bis* c.p.p. sull'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare.

10. – Venendo ad un ulteriore *punctum dolens* delle indagini digitali, esso è rappresentato dalle tempistiche di raccolta della prova. Al riguardo, può essere utile ricordare la distinzione tra *Chronos* e *Kairos*. Il primo indica il tempo quale susseguirsi dei minuti e, quindi, nella sua valenza quantitativa; diversamente, *Kairos* rappresenta la natura qualitativa dello stesso e la capacità di cogliere in esso il momento giusto.

Di per sé, le indagini richiedono tempo, da intendersi come *Chronos*. Tuttavia, la velocità con cui vengono creati, modificati e cancellati gli elementi di prova digitali (84) sembra scandire le tempistiche investigative

(84) Sulle caratteristiche che derivano dall'immaterialità, cfr. M. Daniele, *La prova digitale nel processo penale*, in questa *Rivista* 2011, 284 ss., nonché G. Di Paolo, voce *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. VI, Milano 2013, 736 ss. e, volendo, S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018.

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

in un battito di metronomo, che richiede una sorta di crasi tra *Chronos* e *Kairos* perché la velocità dell'acquisizione delle informazioni è spesso determinante per la stessa efficacia investigativa. Tale assetto si scontra però con una realtà operativa fortemente connotata da assenza di mezzi (85) e di organico; una situazione, quest'ultima, ulteriormente acuita dal fatto che una parte della polizia giudiziaria viene pure sottratta ai suoi compiti investigativi, ad esempio per supplire alla carenza di personale delle segreterie o per effettuare notifiche (86).

Il problema delle tempistiche si accentua in riferimento alle indagini transnazionali. Eppure la realtà odierna mostra la continua esigenza di raccogliere all'estero elementi di prova. Si pensi solo alla necessità investigativa di acquisire oltre confine materiale digitale pedopornografico o a matrice terroristica, o di raccogliere elementi di prova in ordine alle truffe o estorsioni *on line*.

Nonostante i significativi miglioramenti, le tempistiche di cooperazione non appaiono ancora del tutto soddisfacenti e la situazione si esacerba quando le indagini devono essere svolte a seguito di una rogatoria.

Per cercare di arginare il profilo del ritardo temporale, assai opportunamente, l'art. 12 della direttiva oei ha previsto precisi termini, stabilendo che la decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione sia adottata nel minor tempo possibile e comunque entro trenta giorni. Tuttavia, tale termine non è tassativo ed è prorogabile di trenta giorni (87). In ogni caso, l'oei sancisce il principio di equivalenza, in forza del quale l'atto d'indagine deve essere compiuto con le stesse tempistiche e priorità che verrebbero osservate in un caso interno analogo.

Resta il fatto che si tratta di tempistiche ancora troppo lente in rapporto alla facilità di alterazione e cancellazione degli elementi di prova.

Di qui l'urgenza di atti sovranazionali volti a velocizzare le tempistiche di indagine, come è avvenuto in materia di contrasto alla diffusione di contenuti terroristici *on line* a seguito del regolamento 2021/784/UE. La peculiarità di tale regolamento sta nel fatto che esso permette all'autorità

---

(85) La strumentazione in dotazione si presenta non di rado insufficiente ed obsoleta. In alcuni casi, poi, ci si continua ad approcciare ai *device* in uso con mentalità analogica. A titolo esemplificativo, si può ricordare come, di frequente, ai comandanti delle S.O.S.C. venga assegnato in dotazione un cellulare di servizio privo di scheda di connessione alla rete.

(86) A ciò si aggiunge che, talora, la lentezza delle indagini può dipendere anche da sciatterie, malfunzionamenti, disservizi, dimenticanze. Il che non è però scevro di conseguenze, come dimostrano i casi in cui ci si è avveduti dell'esigenza di richiedere i tabulati telefonici quando era ormai decorso il termine di conservazione dei relativi dati.

(87) Cfr. 12.5 direttiva 2014/41/UE.

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

di uno Stato membro di rivolgersi direttamente ai prestatori stranieri di servizi di *hosting*, senza la necessità di attivare né l'oei né la rogatoria, per richiedere la disabilitazione dell'accesso ai contenuti terroristici o la rimozione di tali contenuti *on line*. Si tratta di un nuovo approccio al tema della cooperazione, più in linea con l'esigenza di creare un vero spazio di libertà, sicurezza e giustizia (88), anche se il cammino da percorrere su questa strada appare ancora lungo e in salita (89).

11. – A fronte di un simile assetto l'Unione europea ha cercato, almeno in parte, di superare l'*impasse*, adottando degli atti, che segnano un significativo cambio di passo. La via intrapresa segue quella del regolamento 2021/784/UE, consentendo un contatto diretto tra autorità di uno Stato membro e fornitori di servizi di un altro Stato, senza passare per il filtro dell'oei e schiudendo dunque nuovi orizzonti di cooperazione.

In questo solco si collocano anzitutto due atti dell'Unione europea (90).

Il primo è rappresentato dal regolamento 2023/1543/UE «relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali». Tale regolamento, già entrato in vigore, si applicherà a decorrere dal 18 agosto 2026. Esso permetterà di ordinare *direttamente* ai prestatori di servizi esteri, che offrono servizi nell'Unione europea, di trasmettere o conservare prove elettroniche. Il che dovrebbe riverberarsi in una maggiore celerità investigativa.

Il secondo atto è integrato dalla direttiva 2023/1544/UE «recante norme armonizzate sulla designazione di stabilimenti designati e sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove elettroniche nei procedimenti penali». Tale direttiva dovrà essere attuata dagli Stati membri entro il 18 febbraio 2026. Essa prevede che i prestatori di servizi nell'Unione europea debbano dotarsi di stabilimenti designati o di rappresentanti legali all'interno dell'Unione, in modo da poter dare esecuzio-

---

(88) Per un approfondimento, si rinvia a T. Rafaraci, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, in Aa.Vv., *Area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Milano 2007, 3.

(89) Rileva come l'attuale assetto sia «senza dubbio inidoneo a garantire un efficace reclutamento della prova elettronica conservata all'estero», D. Curtotti, *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e 'Vecchia Europa': una normativa che non c'è (ancora)*, in *Dir. pen. proc.* 2021, 747.

(90) In tema, cfr. M. Gialuz e J. Della Torre, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Sist. pen.* 2018, 277 ss.

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

ne alle richieste di raccolta di prova. Anche tale direttiva dovrebbe rendere più agevole e celere la cooperazione nella raccolta della prova.

Dal canto suo, il 12 maggio 2022, il Consiglio d'Europa ha adottato il secondo protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica riguardante la cooperazione rafforzata e la divulgazione di prove elettroniche (91), non ancora entrato in vigore. Anche tale protocollo prevede la possibilità di emettere direttamente un ordine rivolto ai fornitori di servizi ubicati all'estero senza attivare lo strumento dell'oei o della rogatoria.

Nonostante sembrino residuare talune possibili difficoltà applicative, i recenti atti dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa sottendono una metamorfosi profonda nell'approccio alla cooperazione, prevedendo una via diretta di richiesta di raccolta della prova, un tempo inimmaginabile. Sul piano delle tutele dovrebbe però rimanere fermo il principio secondo il quale la raccolta della prova all'estero può essere richiesta solo se sarebbe legittima in un caso interno analogo. L'esigenza di celerità non può infatti fungere da grimaldello per l'elusione delle garanzie.

Infine, l'intelligenza artificiale (IA) pone dinanzi a sfide inedite, implementando il novero dei casi in cui sarà necessario acquisire elementi di prova all'estero. Allo stato della tecnica, l'IA è già in grado di elaborare discorsi che sembrano pronunciati da una determinata persona oppure di creare immagini con volto e corpo di un soggetto. Sul piano investigativo, il rischio è di rinvenire come elementi di prova – e di ritenere come vere – informazioni (siano esse la voce, uno scritto, un'immagine) create invece dall'intelligenza artificiale. A ciò si aggiunge la necessità di scongiurare il rischio che gli stessi algoritmi utilizzati nell'ambito delle indagini, a causa delle cd. allucinazioni o di *bag*, possano arrivare a creare o ad alterare elementi di prova.

Ne consegue la necessità che gli operatori del diritto siano informati delle nuove possibilità tecnologiche e formati per coglierne sia le potenzialità che le possibili frizioni con l'accertamento del fatto ed i diritti fondamentali.

---

(91) Al riguardo, cfr. F. Spiezia, *Cooperazione internazionale e tutela delle vittime nel cyberspazio*, in *Dir. pen. proc.* 2002, 1139 ss. Per le criticità di coordinamento con la normativa in tema di Procura europea, cfr. A. Procaccino, *Il Secondo Protocollo e le indagini della Procura europea*, in *Dir. pen. proc.* 2022, 1168 ss.

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

Rita Maruffi
Ricercatore nell'Università di Milano-Bicocca

SUCCESSORI UNIVERSALI NEL PROCESSO *EX* ART. 110 C.P.C. E PROPOSIZIONE DI DOMANDE NUOVE

Sommario: 1. Individuazione dell'oggetto dell'indagine: la proponibilità, da parte del successore universale, della domanda di risarcimento del danno da perdita parentale nell'ambito del giudizio in cui sia subentrato *ex* art. 110 c.p.c. – 2. Le incertezze della giurisprudenza di fronte alla questione. – 3. La propensione del successore a proporre la domanda di risarcimento *iure proprio* nel giudizio in cui sia subentrato. – 4. La mancanza di indicazioni specifiche nell'ambito della disciplina in materia successione e interruzione del processo. – 5. Il subentro del successore in una posizione identica a quella del *de cuius* e l'operatività, nei suoi confronti, delle preclusioni che si siano già verificate nel processo in relazione alla situazione sostanziale dedotta originariamente. – 6. L'esigenza di distinguere la domanda risarcitoria del *de cuius* da quella del successore, fondata sulla perdita del rapporto parentale. – 7. L'orientamento della giurisprudenza di legittimità nella sentenza n. 16665/2017. – 8. Le perplessità suscitate dall'applicazione al successore delle regole relative allo *ius variandi* riferibili all'originario attore e la necessità di esplorare altre ipotesi interpretative. – 9. La giurisprudenza sull'unitarietà dei giudizi risarcitori relativi al medesimo evento lesivo e le linee guida sulla deducibilità dei danni sopravvenuti. – 10. La possibilità per i soggetti danneggiati dalla perdita del congiunto (non successori) di intervenire nel giudizio proseguito *ex* art. 110 c.p.c. per far valere il loro diritto a essere risarciti. – 11. (*Segue*) Il problema di coordinamento delle disposizioni contenute nell'art. 268 c.p.c. e l'incostituzionalità della soluzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità. – 12. La posizione del successore. –13. Conclusioni.

1. – Alcune decisioni in materia di responsabilità civile pongono un problema interessante dal punto di vista processuale, che riguarda la possibilità per il successore, subentrato in giudizio *ex* art. 110 c.p.c. all'attore, di proporre in quella medesima sede, una domanda di risarcimento del danno, direttamente subito, a causa della perdita del rapporto parentale (1). Inizialmente viene instaurato un processo per ottenere il risarcimento dei danni causati da un illecito. A seguito dell'aggravarsi delle conseguenze dell'evento lesivo, si verifica, tuttavia, il decesso dell'attore, con la prosecuzione del processo da parte dei suoi eredi.

(1) V. *infra* § 2.

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

I soggetti che subentrano in giudizio, sotto il profilo sostanziale, risultano a quel punto titolari di due autonomi diritti: da un lato si trasferisce loro la pretesa azionata *ab origine* dal *de cuius* nei confronti dell'autore dell'illecito, in via ereditaria. Dall'altro, qualora gli eredi abbiano un rapporto di carattere affettivo con il *de cuius*, il venir meno di questo rapporto determina anche un pregiudizio direttamente nella loro sfera, avendo subito la perdita di una relazione di cui non possono più godere. Quando infatti, come in questi casi, si ha una lesione di diritti fondamentali della persona, protetti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali, la vittima ha la possibilità di ottenere una tutela risarcitoria (2).

Il danno da perdita parentale si configura come danno non patrimoniale, e pone sia il problema, di estrema complessità, dell'individuazione delle sue componenti interne, sia quello, non meno controverso, della determinazione dei criteri con i quali avviene la liquidazione. In relazione a questi delicati profili di natura civilistica, su cui vi è una lunga e ampia elaborazione da parte di dottrina e giurisprudenza, non posso che rinviare agli studi specialistici.

Come ho anticipato, intendo invece dedicare le riflessioni che seguono ai problemi processuali che sorgono qualora il successore richieda la riparazione per il danno da perdita del congiunto nella causa in cui egli sia subentrato *ex* art. 110 c.p.c. Si tratta di una questione su cui si riscontrano

---

(2) Per citare solo alcuni dei numerosissimi contributi esistenti sul danno da perdita parentale Pardolesi, Simone, *Doppia dimensione del danno da perdita parentale: una proposta pratica*, in *Danno e resp*. 2022, 15; Scarzella, *Liquidazione del danno da perdita parentale: i recenti interventi della Suprema Corte*, in *Danno e resp.* 2022, 27; Franzoni, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da uccisione del familiare*, in Sesta (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino 2008, 409 ss.; Mazzon, *L'uccisione del congiunto*, in Cendon (a cura di), *Famiglia e responsabilità civile*, Milano 2014, 119 ss.; Bona, *Manuale per il risarcimento dei danni ai congiunti*, San Marino 2013, 79 ss.; Colacino, *Il danno non patrimoniale da lutto parentale, tra vischiosità applicative e prospettive evolutive*, in *Rass. dir. civ.* 2021, 845 ss.; Arrigo, *Danni riflessi da morte e da lesioni personali di un congiunto: problemi superati e questioni irrisolte*, in *Contr. impr.* 2021, 757 ss.; per un'efficace sintesi dei problemi e degli orientamenti in materia di danno non patrimoniale v. Iorio, *Corso di diritto privato*, Torino 2022, 833 ss. Merita inoltre di essere segnalato l'originale contributo di Proto Pisani, *Brevi note sul danno morale*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 567 ss. in cui l'autore svolge una riflessione in chiave critica sulle soluzioni accolte in giurisprudenza sulla risarcibilità del danno morale in senso stretto. Partendo dal presupposto che la sofferenza interiore non sia monetizzabile, egli propone che «in caso di illecito consistente in lesioni della persona meramente interiori ecc., non relazionali, il giudice (...) con la stessa sentenza con la quale liquida i danni patrimonialmente risarcibili, debba anche d'ufficio, (...) condannare l'autore dell'illecito ad una sanzione civile consistente nella corresponsione di una somma di danaro ad una preesistente formazione sociale (...) che notoriamente svolgano attività senza fine di lucro a favore di persone deboli o bisognose anche non aventi la cittadinanza o non residenti in Italia».

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

non poche incertezze a livello interpretativo, come dimostrano alcune pronunce, che è opportuno illustrare brevemente per comprendere la complessità del problema.

2. – Merita di essere segnalata, anzitutto, una vicenda giunta fino in Cassazione, che rivela chiaramente il disorientamento della giurisprudenza sul punto (3). La controversia era nata da un incidente verificatosi durante le operazioni di posizionamento di un'ancora commemorativa. Il danneggiato, colpito dal manufatto, aveva riportato lesioni gravissime, a seguito delle quali aveva promosso una causa contro i responsabili, per ottenere il risarcimento. Intervenuto il decesso dell'attore, gli eredi si erano costituiti in giudizio, subentrando nella posizione del *de cuius*, e riservandosi di agire in separata sede per il danno da perdita parentale maturato *iure proprio*. Dopo più di un anno avevano depositato, tuttavia, una «comparsa di intervento adesivo autonomo», con la quale avevano proposto domanda di risarcimento per i danni di cui erano divenuti titolari *iure proprio*. La Corte d'appello, con una decisione di segno opposto rispetto a quella resa dal tribunale, aveva ritenuto ammissibile la domanda. La Suprema Corte, invece, riteneva che la richiesta ulteriore non potesse essere accolta, «non potendosi consentire alla parte di un processo di eludere le preclusioni assertive già maturate in suo danno, assumendo indebitamente la posizione di terzo interveniente per fruire del diverso e più favorevole regime di preclusioni previsto per l'intervento». Le motivazioni esposte dalla Corte in questa rilevante pronuncia saranno esaminate in modo più dettagliato nel prosieguo (4).

Nell'ambito di questa breve rassegna, vanno menzionate anche alcune decisioni di merito, che evidenziano le persistenti incertezze sul punto. In un caso, incardinato dinanzi al Tribunale di Roma, l'attore aveva citato in giudizio alcuni produttori e distributori di sigarette, ritenuti responsabili di avergli procurato un tumore ai polmoni. Anche in questa ipotesi, a seguito del decesso dell'attore si erano costituiti in prosecuzione gli eredi, subentrando nelle domande proposte originariamente dal *de cuius*. Tuttavia, «in sede di deposito della memoria *ex* art. 183 c.p.c.» (nel vigore della disciplina precedente alla riforma Cartabia), gli eredi avevano avanzato un'ulteriore richiesta risarcitoria, fondata sul pregiudizio derivante dalla perdita del rapporto parentale, sostenendo che il decesso fosse causalmente ricon-

(3) Cass. 6 luglio 2017, n. 16665.
(4) V. *infra* § 7.

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

ducibile alla malattia causata dal fumo (5). Il giudice di primo grado aveva ritenuto si trattasse di una nuova domanda, che pertanto aveva dichiarato inammissibile.

Degna di nota è altresì una pronuncia del Tribunale di Rimini, che invece si distingue per alcuni segnali di apertura manifestati con riguardo alla possibilità per il successore di dedurre la domanda *iure proprio* nell'ambito del giudizio proseguito *ex* art. 110 c.p.c. Nella fattispecie gli eredi di un soggetto, deceduto a seguito di un tumore che non era stato curato adeguatamente, si erano costituiti *ex* art. 302 c.p.c. nel processo già instaurato dal *de cuius*. A distanza di qualche mese dal loro ingresso in causa, avevano depositato una «comparsa di intervento volontario» in cui avevano proposto una domanda di risarcimento del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale (6). Anche se la richiesta – per ragioni che possono essere qui tralasciate – non aveva infine trovato accoglimento, la sentenza aveva prospettato la possibilità per i congiunti di dedurre, nel processo in cui erano subentrati, anche il danno subito autonomamente a causa della perdita del congiunto. A sostegno di questa tesi il tribunale aveva richiamato l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione «secondo cui la modificazione della domanda ammessa *ex* art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (...) sempre che la domanda così modificata risulti connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali». Ricordiamo che con la pronuncia del 15 giugno 2015 n. 12310 (7) la Suprema Corte, nel pronunciarsi

---

(5) Trib. Roma 5 dicembre 2007, in *Foro it.* 2008, I, 985.

(6) Trib. Rimini 25 ottobre 2016, in *DeJure*.

(7) V. Cass., S.U., 15 giugno 2015, n. 12310, su cui si segnalano, fra i principali contributi, Merlin, *Ammissibilità della* mutatio libelli *da alternatività sostanziale nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 807 ss.; Consolo, *Le S. U. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corriere giur.* 2015, 961; Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.* 2015, I, 3190. Su alcuni ulteriori sviluppi della giurisprudenza in materia della modifica della domanda, v. Consolo, Godio, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 1300. Per un riepilogo sul tema delle modifiche della domanda, v. inoltre Muroni, *Sub* art. 183, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, III, Torino 2012, 310 ss., Consolo, *Spiegazioni, II, Il processo di primo grado e l'impugnazione delle sentenze*, Torino 2023, 232 ss.; Volpino, *Dell'introduzione della causa, sulla determinazione della domanda*, in *Commentario del c.p.c.*, a cura di Chiarloni, Bologna 2019.

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

sull'ammissibilità del passaggio dalla domanda costitutiva degli effetti del preliminare non concluso *ex* art. 2932 c.c., alla domanda di accertamento del diritto di proprietà derivante dalla stipula del contratto assunto come definitivo, aveva fornito importanti chiarimenti sulla possibilità di modificare, nella fase introduttiva del processo, la domanda inizialmente formulata. I giudici di legittimità avevano stabilito, in particolare, che erano ammesse le domande relative alla medesima vicenda sostanziale «che però non si aggiungono a quelle iniziali ma le sostituiscono e si pongono, pertanto, rispetto a queste in un rapporto di alternatività». Efficacemente la dottrina le ha definite domande «complanari», vale a dire domande concorrenti, che introducono un diritto diverso, tendendo tuttavia alla realizzazione dell'utilità perseguita con la domanda inizialmente formulata (8). Il Tribunale di Rimini ha fatto riferimento a questa recente giurisprudenza della Corte, per individuare i limiti alla deducibilità della domanda nuova da parte del successore subentrato in giudizio *ex* art. 110 c.p.c., in riferimento alla disciplina dello *ius variandi* contenuta nell'art. 183 c.p.c. (ora invece collocata, con alcune variazioni, nell'art. 171-*ter*, comma 1°, c.p.c. (9)). Occorre tuttavia rilevare che, nella situazione in

(8) La dottrina si è posta il problema se queste domande, che sostituiscono quella iniziale, costituiscano domande nuove o mere modifiche. Si è osservato, con argomentazioni convincenti, che quando le utilità giuridiche sono diverse, come nel caso in cui la richiesta di accertare l'effetto traslativo prodotto dal contratto, si aggiunga a quella di costituirne gli effetti in virtù di un contratto preliminare, si è in presenza di una pluralità di diritti e di domande. V. in questo senso Merlin, *Ammissibilità della mutatio...*, cit., 821 ss. Sulla questione, senza pretesa di completezza, v. anche Consolo, *Le S.U. aprono alle domande complanari*, cit., 969 ss. e Motto, *op. cit.*, 3194 ss., per una diversa ricostruzione.

(9) Prima che intervenisse la Riforma Cartabia, in base all'art. 183 c.p.c. l'attore poteva proporre le domande che fossero conseguenza della riconvenzionale del convenuto nell'ambito dell'udienza di trattazione. Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha modificato radicalmente la scansione delle attività relative alla fase introduttiva, con una controversa anticipazione delle verifiche preliminari, che il giudice è chiamato a compiere. La possibilità di proporre una nuova domanda, da parte dell'attore, che sia conseguenza della riconvenzionale del convenuto, è stata mantenuta, ma è stata collocata nella prima memoria integrativa *ex* art. 171-*ter* c.p.c. In quella stessa sede le parti possono precisare e modificare le domande (eccezioni e conclusioni) già proposte. Sulle novità relative alla fase introduttiva del processo, v., *ex multis*, Menchini, Merlin, *Le nuove norme sul processo di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.* 2023, 578 ss.; Delle Donne, *La fase introduttiva, prima udienza, e provvedimenti del giudice istruttore*, in *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149*, a cura di Tiscini, Pisa 2023, 268 ss.; Buoncristiani, *Il processo di primo grado. Introduzione, preclusioni, trattazione e decisione*, in *Il processo civile dopo la riforma d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149*, a cura di Cecchella, Bologna 2023, 49 ss. Occorre peraltro segnalare che, a seguito delle critiche rivolte alla nuova disciplina della fase introduttiva, è stato approvato dal Consiglio dei ministri il 15 febbraio 2024 e quindi trasmesso al Parlamento per i relativi pareri, il 6 marzo 2024, uno schema di correttivo della riforma Cartabia, sul quale v. le osservazioni critiche di Salvaneschi, *Luci e ombre nello Schema di*

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

esame, ci troviamo di fronte a un diritto diverso e autonomo, sebbene connesso, almeno parzialmente per *causa petendi* rispetto a quello dedotto originariamente dalla vittima, poi deceduta. Risulta quindi problematico ricondurre la domanda risarcitoria *iure proprio* del successore alle modifiche consentite dall'art. 171-*ter* c.p.c. Sembra infatti mancare quel rapporto di incompatibilità/alternatività fra le due domande, che caratterizza tale categoria, pur ricorrendo quell'unicità della vicenda sostanziale su cui si fonda la possibilità di formulare la domanda complanare.

La sentenza in esame suggerisce inoltre la possibilità per il successore di dedurre la domanda *iure proprio* in riferimento alla disciplina della rimessione dei termini *ex* art. 153 c.p.c. Non sembra tuttavia che nel caso di specie ricorrano i presupposti applicativa della norma che riguarda le decadenze verificatesi nei confronti delle parti durante lo svolgimento del giudizio (10).

3. – Dalla giurisprudenza citata emerge la propensione dei successori universali a far valere nel processo proseguito *ex* art. 110 c.p.c., il diritto al risarcimento *iure proprio*, anche se questa tendenza si manifesta con variazioni significative, sia nelle modalità, sia nei tempi di proposizione della domanda. Il denominatore comune di queste decisioni è che il soggetto subentrato in qualità di erede non si limita a chiedere il risarcimento dei danni già spettanti al *de cuius*, volendo ottenere anche il ristoro del pregiudizio direttamente subito in conseguenza della perdita.

Le motivazioni che inducono il successore a proporre la richiesta di riparazione *iure proprio* nell'ambito del giudizio in cui si sia costituito in prosecuzione, dopo la morte dell'attore, sono facilmente comprensibili. La scelta di far valere anche il diritto al risarcimento per il danno direttamente subito si rivela vantaggiosa, perché evita la duplicazione dei giudizi contro il responsabile dell'illecito. Non iniziando un nuovo processo, si accelerano i tempi per ottenere il risarcimento e si contengono anche le spese processuali, altrimenti necessarie per instaurare una causa autonoma. Dal

---

decreto legislativo correttivo e integrativo delle disposizioni processuali introdotte con la riforma Cartabia, in *www.judicium.it.* Si segnala infine la recentissima decisione della Corte Costituzionale (Corte Cost., 3 giugno 2024, n. 96), che si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'art. 171-*bis* c.p.c., su cui v. Bove, *La trattazione nel processo ordinario di primo grado tra riforma Cartabia, intervento della Corte costituzionale e annunciato «correttivo»*, in *www.judicium.it.*

(10) Sulla *ratio* dell'istituto della rimessione in termini, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. Boccagna, De Santis di Nicola, *Sub* art. 153 c.p.c., in *Codice di procedura civile, Commentario, diretto da Consolo*, Milano 2018, 1751 ss.

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

punto di vista del successore si tratta quindi dell'opportunità di ottimizzare le risorse e perseguire in modo più efficiente il proprio diritto al risarcimento per la perdita del congiunto, sfruttando il processo in cui si trova già coinvolto quale erede e soggetto designato dal legislatore a garantirne la continuazione. Dal punto di vista del funzionamento della tutela giurisdizionale, permettere la deduzione del diritto *iure proprio* consente di evitare la proliferazione dei giudizi risarcitori relativi al medesimo evento dannoso, contribuendo all'attuazione del principio di economia processuale. È necessario tuttavia vagliare questa ipotesi nel quadro normativo e sistematico esistente.

4. – Va rilevato, anzitutto, che il codice di procedura civile non contiene una normativa specifica al riguardo. Manca infatti una disposizione che regoli la questione se sia possibile cumulare, nell'ambito di un unico giudizio, la richiesta *iure hereditario* (derivante dalla successione nella posizione processuale e sostanziale del *de cuius*) e quella *iure proprio* (relativa al danno personalmente subito dal successore), quando il soggetto si sia costituito in quel giudizio in qualità di successore *ex* art. 110 c.p.c.

In assenza di una norma *ad hoc*, occorre fare riferimento, anzitutto, alla disciplina generale applicabile alle situazioni in cui una parte venga meno nel corso del giudizio. Il quadro normativo di riferimento è rappresentato dall'art. 110 c.p.c. e dalle disposizioni in materia di interruzione, di cui agli artt. 299 ss. c.p.c. In caso di morte della parte, la prosecuzione del processo avviene nei confronti del successore universale, come stabilisce l'art. 110 c.p.c. (11). Questa disposizione mira a garantire la continuità del processo e il ripristino della bilateralità della lite, superando la stasi determinata dall'evento interruttivo (12). Il principio generale, espresso al-

(11) Sulla successione nel processo, disciplinata dall'art. 110 c.p.c., per citare solo alcuni dei principali contributi, v. Picardi, *La successione processuale*, Milano 1964; Luiso, *Successione nel processo*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma 1993; Id., *Diritto processuale civile I, Principi generali*, Milano 2023, 364 ss.; Punzi, *L'interruzione del processo*, Milano 1963; Romagnoli, *Successione nel processo*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino 1971; Proto Pisani, *Commento all'art. 110 c.p.c.*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino 1973, 1213 s.; Dalfino, *La successione tra enti nel processo*, Torino 2002; Marengo, voce *Successione nel processo*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990; Lorenzetto Peserico, *La successione nel processo esecutivo*, Padova 1983; Salvaneschi, *Ristrutturazione delle banche pubbliche e successione nel processo*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 455; Cuomo Ulloa, *Sub* Art. 110, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di Carpi, Colesanti, Taruffo, Padova 2002.

(12) Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936, 482. Secondo la ricostruzione preferibile, cui aderisce ad es. Merlin, *Elementi di diritto processuale civile, Parte generale,* Torino 2022, 280, la disciplina della successione è «solo una soluzione semplificata per

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

l'art. 110 c.p.c., è poi integrato dal sistema articolato di regole in materia di interruzione, con cui il legislatore individua le cause di interruzione, le modalità di rilevazione o dichiarazione di interruzione e i suoi effetti sul processo, nonché le modalità e i termini per la prosecuzione o la riassunzione del processo interrotto (13).

La disciplina contenuta nel codice delinea conseguenze diverse, secondo il momento in cui si sia verificato il decesso della parte (14). Ai fini della nostra analisi occorre focalizzarsi sulla situazione in cui a) l'attore sia venuto meno dopo la costituzione in giudizio; b) il processo sia proseguito dal successore universale, al quale si sia trasferito *iure hereditario* il diritto dedotto in giudizio originariamente dall'attore.

In queste circostanze trova applicazione l'art. 300 c.p.c., integrato dall'art. 302 c.p.c. Queste due disposizioni garantiscono la ripresa del processo a seguito dell'evento interruttivo (15), stabilendo i termini e le

---

individuare con facilità i soggetti cui imputare la qualità di parte nei processi pendenti» che non è «condizionata dal fatto che siano realmente successori nella posizione sostanziale (di diritto o di obbligo) oggetto del processo». Peraltro, nelle fattispecie esaminate nell'ambito della presente indagine, vi è stato il trasferimento della posizione sostanziale del *de cuius* a favore dei successori.

(13) Sulla disciplina in materia di interruzione, senza pretesa di completezza, v. Saletti, *La riassunzione del processo civile*, Milano 1981; Saletti, voce *Interruzione del processo*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma 1989, 6; Finocchiaro, voce *Interruzione del* processo *(diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano 1972, 449; Ghirga, *Dell'interruzione del processo*, artt. 299-305 c.p.c., *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna 2014; Califano, *L'interruzione del processo civile*, Napoli 2004; Calvosa, *Interruzione del processo civile*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino 1962, 929; Cavalaglio, *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., X, Torino 1993, 83; Cipriani, *Indivisibilità dell'interruzione e litisconsorzio facoltativo*, in *Foro it.* 1998, I, 1260; Micheli, *Sospensione, interruzione e estinzione del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1942, I, 3 ss.; Punzi, *L'interruzione del processo*, Milano 1963; Luiso, *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Milano 2023, 261 ss.; Saletti, Spaccapelo, *voce Interruzione del processo*, in *Diritto OnLine – Enciclopedia Treccani*.

(14) In base a quanto previsto dagli artt. 299 ss. c.p.c., com'è noto, se il decesso avviene prima della costituzione della parte, si ha l'interruzione automatica del processo, salva la possibilità che si costituiscano volontariamente «coloro ai quali spetta proseguirlo si costituiscano volontariamente», oppure sia la controparte a riassumere il giudizio nei loro confronti. Se il decesso riguarda la parte costituita assistita da un difensore, l'interruzione dipende dalla dichiarazione dell'evento. Per una sintetica illustrazione della disciplina v. ad es., Luiso, *Diritto processuale civile*, II, cit., 261 ss.

(15) Si fa riferimento alla prosecuzione quando la ripresa del processo dipende dall'iniziativa del soggetto che ha subito l'evento interruttivo, e alla riassunzione quando invece ad attivarsi sia la controparte. Con riferimento alla prima ipotesi, l'art. 302 c.p.c. stabilisce che la costituzione, ai fini della prosecuzione, «può avvenire all'udienza o a norma dell'art. 166», e cioè in cancelleria. Questa disposizione sottende l'idea che sia già stata fissata un'udienza, essendosi verificato l'evento interruttivo dopo la costituzione della parte. Qualora invece non sia fissata alcuna udienza, in base alla seconda parte della norma, occorre

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

modalità per la costituzione in giudizio degli eredi. Non vi è alcun cenno esplicito, tuttavia, ai poteri della parte subentrata *ex* art. 110 c.p.c., una volta che il processo sia proseguito (o sia stato riassunto). Di conseguenza è quasi inevitabile che la giurisprudenza, trovandosi di fronte all'esigenza di stabilire se il successore possa ampliare *il thema decidendum* mediante l'introduzione della pretesa risarcitoria *iure proprio*, nel tentativo di individuare delle soluzioni interpretative, fornisca delle risposte non univoche.

5. – Il principio fondamentale, che emerge in sede di interpretazione della disciplina in materia di successione, confermato, come vedremo, anche dalla giurisprudenza di legittimità, è che chi subentra *ex* art. 110 c.p.c. debba accettare la causa inizialmente instaurata dalla parte poi deceduta, nello stato in cui si trova, dato che nel processo si è verificato solo un mutamento sotto il profilo soggettivo. Partendo da questo presupposto, si afferma che al successore sia impedito il compimento di qualsiasi attività, che non sarebbe stata consentita al *de cuius* (16).

Appare in effetti condivisibile l'idea che rispetto al diritto controverso, originariamente dedotto, operino tutte le preclusioni che si siano già verificate, sia con riferimento al *thema decidendum*, sia con riferimento al

---

presentare un'istanza al giudice istruttore o al presidente del tribunale. Il provvedimento del giudice andrà poi notificato, insieme al ricorso, alle altre parti. Per quanto riguarda il contenuto del ricorso, secondo la dottrina dovrà contenere gli estremi della domanda, come previsto dall'art. 303 c.p.c., per l'ipotesi di riassunzione. V. Punzi, *op. cit.*, 372; Saletti, Spaccapelo, *op. cit.*; Ghirga, *op. cit.*, 232 ss.; per un approfondimento sul contenuto dell'atto di riassunzione v. inoltre, Saletti, *La riassunzione del processo civile*, cit., 292 ss.

(16) Partendo dalla premessa che vi sia una cristallizzazione del processo si ritiene preclusa la possibilità per il successore di introdurre nuove domande v. Dalfino, *op. cit.*, 209; Luiso, *Successione nel processo*, cit., 3; Marengo, *Successione nel processo*, cit., § 4; Ghirga, *op. cit.*, 225; Saletti, *La riassunzione del processo civile*, cit., 175, nell'ambito di alcune riflessioni in materia di riassunzione, sottolinea che il processo continua, senza che possa essere introdotto un nuovo *thema decidendum*. Fa salva tuttavia la possibilità che il verificarsi del fenomeno successorio possa risolversi in un mutamento della domanda, come potrebbe avvenire, ad esempio «nel caso di una causa divisoria tra più persone, ove una muoia lasciando eredi in parti uguali le altre o integralmente una delle due, non si potrà asserire, neppure per questo profilo, che la riassunzione instaura una causa nuova, giacché in quanto i cambiamenti siano imposti dalle vicende successorie, si rientrerà (...) nella *emendatio* lecita e non della *mutatio* vietata». Sottolinea che «in realtà si continua a far valere il diritto del dante causa (o parte di esso) anche se la diversità del titolare (...) può farne sembrare l'apparente novità». Per Califano, *op. cit.*, 340, restano ferme le preclusioni maturate nei confronti della parte originaria. Ciò significa che l'erede nei confronti del quale sia stato riassunto il giudizio è legittimato alla prosecuzione solo nei limiti della domanda originaria; «specularmente nel processo così riassunto non può trovare ingresso, come domanda riconvenzionale, una pretesa che la controparte rivolga contro detto successore (...)».

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

thema probandum. I limiti individuati dal legislatore nel libro II del c.p.c. per l'introduzione in giudizio di nuove domande, allegazioni, eccezioni, istanze istruttorie (resi ancor più restrittivi dalla Riforma Cartabia) riferibili alla pretesa dedotta in giudizio dal *de cuius*, non possono essere travolti dal subentro del successore. Se nel corso del processo si erano verificate delle preclusioni per il *de cuius*, queste stesse preclusioni devono rimanere ferme a seguito del fenomeno successorio. Sarebbe inconcepibile che la prosecuzione della causa da parte degli eredi si traducesse nella possibilità di far valere «*ex novo*» il diritto azionato dal *de cuius*.

6. – Il verificarsi di un fenomeno successorio non determina pertanto l'inapplicabilità delle regole processuali operanti in relazione alla situazione sostanziale che già fa parte della causa, in quanto dedotta dall'originario attore. Consentire una regressione del giudizio, che garantirebbe al successore di rimodulare arbitrariamente la strategia difensiva mediante l'esercizio di poteri processuali già consumati, creerebbe uno squilibrio inaccettabile fra le parti in causa in violazione del principio fondamentale di parità delle armi.

Il divieto di compiere attività precluse riguardanti la situazione sostanziale oggetto del giudizio originariamente promosso dal danneggiato, tuttavia, non mi pare implicare automaticamente anche il divieto per il successore di proporre una nuova domanda risarcitoria per il danno da perdita parentale. Occorre peraltro segnalare che la distinzione fra le due situazioni tende a non essere valorizzata: si fa riferimento, in genere, al principio secondo cui il successore può compiere esclusivamente le attività che costituiscano la continuazione del processo. In sostanza si focalizza l'attenzione unicamente sullo scopo primario della disciplina in materia di successione, ovvero quello di assicurare che il processo possa concludersi con una pronuncia di merito, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio.

7. – Anche la giurisprudenza è incline a sottolineare il fatto che il soggetto che subentra in giudizio *ex* art. 110 c.p.c. assume la stessa posizione dell'attore, subentrando negli stessi poteri e oneri del suo dante causa. Sulla base di questa premessa sancisce il divieto per il successore di proporre nuove domande, salvo il caso in cui il processo si trovi in uno stadio in cui non siano ancora maturate le preclusioni in tal senso. La Suprema Corte ha esaminato specificamente la questione dell'ammissibilità della domanda risarcitoria del successore per la perdita del rapporto parentale nella sentenza n. 16665 del 6 luglio 2017. La decisione, citata nell'ambito della rassegna iniziale, merita ora un'analisi più approfondita per la sua rilevanza in riferimento alla questione di cui ci stiamo occupando.

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

Ricordiamo che in quel caso il successore aveva inserito la domanda di risarcimento del danno *iure proprio*, in una «comparsa di intervento» (che era stata depositata a distanza di più di un anno dalla costituzione in giudizio dei successori). Per risolvere il problema relativo all'ammissibilità di questa nuova domanda, secondo i giudici di legittimità era necessario affrontare, in primo luogo la questione relativa alla legittimazione ad intervenire nel processo del soggetto che aveva proseguito il giudizio dopo il venir meno della parte. Per la Cassazione «non essendo terzo rispetto al processo (in relazione al quale ha invece assunto la qualità di parte sostanziale in posizione identica a quella già propria della parte venuta meno), il successore universale non *aveva* la legittimazione a spiegare in esso intervento volontario, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., al fine di far valere eventuali diritti, connessi per l'oggetto o per il titolo con quello controverso, di cui egli fosse titolare prima ed indipendentemente dalla successione». L'inserimento della domanda *iure proprio* nella comparsa di intervento, depositata a più di un anno di distanza dalla prosecuzione del giudizio, avrebbe costituito, secondo la Cassazione, un tentativo di eludere le preclusioni, per fruire di un regime più favorevole. In sostanza il successore universale, subentrato in giudizio *ex* art. 110 c.p.c., non poteva successivamente intervenire in quello stesso giudizio *ex* art. 105 c.p.c., proponendo in quella sede la richiesta di riparazione per la perdita subita.

Dato che il successore è già parte del processo, è corretto, a mio avviso, escluderlo dal novero dei soggetti ai quali fa riferimento l'art. 105 c.p.c., norma che disciplina l'ingresso di terzi un giudizio in corso fra altri e che pertanto non è applicabile a questa diversa ipotesi. Occorre sottolineare, però, che la decisione della Corte prospetta anche l'esistenza di un divieto di carattere più generale, per il successore, di proporre nuove domande, nella misura in cui questa facoltà sia già preclusa al suo dante causa. Il ragionamento è che se il successore universale ha nel processo esattamente gli stessi poteri e oneri che aveva il suo dante causa, egli deve soggiacere alle medesime preclusioni assertive ed istruttorie. Di conseguenza egli «non può proporre domande nuove né può formulare nuove istanze istruttorie se tali facoltà erano già precluse al suo dante causa».

Si è già rilevato che nel caso specifico la pretesa risarcitoria maturata direttamente a favore del successore, era stata formulata nella comparsa di intervento, depositata a distanza di un anno dalla prosecuzione del giudizio. Tuttavia, nella sentenza si è precisato che la domanda *iure proprio* sarebbe stata ugualmente inammissibile se fosse stata inserita direttamente nella comparsa per la prosecuzione, depositata dopo la chiusura della fase di trattazione, ossia dopo che erano maturate le preclusioni.

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

Dalla giurisprudenza di merito sembra provenire qualche segnale di maggiore apertura nei confronti del successore che faccia valere il suo autonomo diritto al risarcimento nel giudizio proseguito come erede *ex* art. 110 c.p.c. Come già osservato, il Tribunale di Rimini, per prospettare l'ammissibilità della richiesta dei danni patiti *iure proprio*, ha richiamato le soluzioni più liberali in materia di modifiche consentite nell'esercizio dello *ius variandi* (17), e prospettato anche possibilità di accedere alla rimessione in termini *ex* art. 153 c.p.c. Nonostante le criticità già evidenziate in relazione a tali opzioni interpretative, mi pare che l'approccio adottato da questa sentenza meriti attenzione: il suo pregio risiede nel tentativo di valorizzare il ruolo del successore, al di là della concezione che lo vede solo e unicamente come soggetto che continua il giudizio promosso dal *de cuius.*

8. – L'analisi svolta rivela, in ogni caso, la netta prevalenza in dottrina e in giurisprudenza dell'orientamento che, enfatizzando la cristallizzazione del processo a seguito del fenomeno successorio, privilegia la necessità di assicurarne la continuazione, con una assimilazione della posizione del successore al quella della parte originaria. L'affermazione ricorrente, come si è osservato, è che il successore prenda il posto dell'attore venuto meno e che le uniche attività che gli sono consentite sono quelle non precluse al *de cuius*, in quello stadio del processo. Partendo da questo presupposto la Cassazione ha prospettato, come già rilevato, l'ammissibilità della domanda risarcitoria *iure proprio* in termini molto restrittivi, mediante l'applicazione delle regole relative allo *ius variandi* riferibili all'attore. Questa soluzione suscita diverse perplessità: in primo luogo estendere al successore che deduca in giudizio un nuovo diritto, sorto a suo favore a seguito del decesso della vittima dell'illecito, un regime di preclusioni chiaramente concepito per consentire alle parti di modificare e precisare le domande originariamente proposte, appare una forzatura interpretativa. In secondo luogo questa impostazione rischia di trascurare o comunque di non tenere debitamente conto di un dato fondamentale, che caratterizza la situazione del successore: egli è il soggetto designato dal legislatore affinché il giudizio possa proseguire nel caso si verifichi il decesso di una delle parti. Vale la pena pertanto di provare a verificare se sia possibile individuare una soluzione interpretativa che valorizzi la specificità di questa ipotesi, a partire dalla considerazione che nelle fattispecie considerate il successore si trova già coinvolto nel processo *ex* art. 110 c.p.c.

---

(17) V. s*upra* § 2, note 6 e 7.

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

9. – Una peculiarità delle situazioni che hanno ispirato il presente lavoro offre un interessante spunto di riflessione ai fini dell'indagine. Si tratta di giudizi in cui si è verificato un aggravamento delle lesioni, tutte riconducibili a un'unica condotta lesiva, culminato nel decesso della vittima. Il fatto costituito dalla morte dell'attore, vittima dell'illecito, determina la nascita di un nuovo diritto risarcitorio a favore del successore. Ci si può chiedere se i principi elaborati dalla giurisprudenza in relazione alla deducibilità delle voci di danno che costituiscano conseguenze sopravvenute, riferibili al fatto generatore già dedotto in giudizio, siano in grado di fornire indicazioni utili ai fini della presente indagine.

Il tema è di estrema complessità e in questa sede è possibile solo evidenziare alcuni elementi chiave, che concorrono ad inquadrare la questione posta in relazione al successore in un contesto più ampio. È opportuno ricordare, anzitutto, che l'evoluzione del sistema della responsabilità civile ha portato la giurisprudenza ad aderire a una concezione unitaria del diritto al risarcimento, riflessa nell'infrazionabilità del giudizio di risarcimento in relazione al medesimo atto lesivo (18). L'orientamento espresso dalla Suprema Corte in alcune pronunce fa discendere da questa premessa, dell'infrazionabilità del giudizio di liquidazione, la conseguenza che «quando un soggetto agisce in giudizio per chiedere il risarcimento dei danni cagionatigli da un determinato comportamento del convenuto, la domanda si riferisce a tutte le possibili voci di danno originate da quella condotta», precisando altresì che l'indicazione nell'ambito dell'atto introduttivo ha tendenzialmente «un valore meramente esemplificativo dei vari profili di pregiudizio dei quali si intende ottenere il ristoro» (19).

Con specifico riferimento alla questione della deducibilità dei danni sopravvenuti in corso di causa, merita di essere segnalata una pronuncia del 2018, in cui la Cassazione ha delineato dei principi guida sull'ammissibilità dei mutamenti della domanda risarcitoria (20). Sono state ricondotte alle variazioni consentite: a) la riduzione in corso di causa della somma inizialmente richiesta a titolo di risarcimento; b) la deduzione di incremen-

---

(18) Sul tema, vastissimo, si segnala, anche per una ricostruzione degli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali in materia, Barletta, *Sull'oggetto del giudizio di risarcimento: le potestà delle parti e i poteri del giudice*, *Tutela giurisdizionale e giusto processo: scritti in memoria di Franco Cipriani*, I, Napoli 2020, 3 ss.

(19) Cass. 31 agosto 2011, n. 17879; v. inoltre Cass. 17 dicembre 2009, n. 26505. V. Gambineri, *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 693 ss., che segnala queste decisioni nell'ambito di un interessante studio sulle modifiche consentite in appello ai sensi dell'art. 345 c.p.c.

(20) Cass. 15 ottobre 2018, n. 25631.

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

to del danno in corso di causa, ferma restando la natura del danno e l'identità del fatto generatore. È stato inoltre chiarito che all'attore è consentito chiedere danni di natura diversa, rispetto a quelli prospettati nell'atto introduttivo (senza che muti il fatto generatore), anche qualora si siano verificati dopo il maturare delle preclusioni (21). In tal caso, tuttavia, egli deve chiedere di essere rimesso in termini *ex* art. 153 c.p.c. per formulare la relativa domanda.

La logica che ispira le decisioni volte a garantire che, rispetto al medesimo evento lesivo, non si moltiplichino i giudizi potrebbe valere anche nel caso della domanda *iure proprio* del successore. I principi elaborati dalla giurisprudenza citata, tuttavia, si applicano a situazioni in cui vi è un'evoluzione del danno iniziale o il verificarsi di danni ulteriori riconducibili al medesimo evento lesivo, sempre però a favore del soggetto che ha dedotto originariamente il diritto a ottenere il risarcimento. Nel caso affrontato nella presente indagine, invece, con la morte della parte originaria, nasce in capo a un soggetto diverso un diritto nuovo e autonomo, sebbene – come già osservato – parzialmente connesso per *causa petendi* (identificabile nell'accadimento lesivo posto a fondamento della pretesa originariamente dedotta) a quello dedotto dal *de cuius*.

Nonostante le linee guida espresse dalla giurisprudenza cui si è fatto riferimento riguardino, pertanto, ipotesi diverse, meritano ugualmente attenzione per la tendenza che esprimono a favore di un processo capace di definire in modo esauriente le conseguenze di un unico illecito. Ne è conferma una recente pronuncia in cui la Suprema Corte ha richiamato il principio di unitarietà del risarcimento proprio in relazione a una richiesta di risarcimento comprensiva di tutti i danni, *iure proprio* che *iure successionis*, formulata dagli eredi a seguito del decesso della propria congiunta, causato da una trasfusione di sangue infetto (22). In quel caso si è escluso espressamente che potesse essere qualificata come domanda nuo-

---

(21) Si ritiene che una volta che si sia chiusa la fase di trattazione in senso stretto (e quindi siano maturate le preclusioni) sia eccezionalmente possibile introdurre nuovi fatti in giudizio, in caso di sopravvenienze in fatto e in diritto. V., per tutti, Luiso, *Diritto processuale civile*, *II*, *Il processo di cognizione*, Milano 2024, 44.

(22) Cass. 24 gennaio 2024, n. 2340. Secondo quanto affermato dalla sentenza «i parenti stretti e conviventi della vittima, possono proporre le pretese risarcitorie per tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, *iure proprio* e *iure successionis*, senza che sia necessario indicare il *nomen* della voce di danno, secondo le decisioni giurisprudenziali esistenti, posto che si tratta di danni ingiusti in relazione ai quali i danneggiati hanno l'onere della prova del fatto storico plurioffensivo e del danno ingiusto, lasciando poi al giudice di valutare la consistenza del danno secondo il principio del risarcimento integrale del danno reale, *iuxta alligata et probata*».

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

va, vietata ai sensi dell'art. 345 c.p.c., la richiesta di danno parentale specificata solo nell'ambito del giudizio d'appello (in presenza di una domanda in primo grado che conteneva solo un generico riferimento ai danni subiti *iure proprio*).

L''approccio che sottolinea l'importanza di una concezione complessiva e globale del danno e delle sue conseguenze, può offrire quindi un contributo in grado di orientare l'interprete.

10. – Un'ulteriore riflessione solleva significative perplessità sull'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità. La tesi che vieta al successore di proporre la domanda *iure proprio*, quando il processo si trova in uno stadio in cui si precluso alle parti originarie di proporre nuove domande, introduce una disparità di trattamento fra soggetti che hanno tutti diritto alla riparazione per il danno parentale.

Nelle fattispecie esaminate nella presente indagine, colui che ha subito la perdita del proprio caro, e maturato il diritto a ottenere un risarcimento, è il successore nel processo *ex* art. 110 c.p.c. Il venir meno di una parte, a seguito dell'aggravarsi delle conseguenze di un illecito, fa sorgere, tuttavia, il diritto ad ottenere un risarcimento del danno a favore di tutti coloro che avevano con il *de cuius* rapporti costanti di affetto reciproco. Le tesi che un tempo limitavano la riparazione al nucleo ristretto dei familiari sono state progressivamente superate, lasciando spazio a criteri più moderni ed estensivi, che attualmente individuano nell'esistenza di un vincolo affettivo il presupposto per ottenere il risarcimento (23). È chiaro quindi che il diritto ad ottenere un ristoro per la perdita di un congiunto può spettare: a) ai successori universali della parte venuta meno; b) ai prossimi congiunti della vittima, che abbiano subito la perdita di un rapporto affettivo senza essere successori.

Qualora il diritto maturi a favore di un soggetto che non subentri nel processo *ex* art. 110 c.p.c., questi potrà senza dubbio proporre la relativa domanda risarcitoria intervenendo volontariamente in quello stesso giudizio proseguito dall'erede e successore. Il verificarsi di un fenomeno successorio non influisce, infatti, sull'applicabilità dell'istituto dell'intervento,

---

(23) Secondo gli orientamenti giurisprudenziali più recenti nemmeno la convivenza costituisce il presupposto per ottenere la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale, costituendo solo un elemento probatorio utile, unitamente ad altri, per valutare il rapporto affettivo, e, di conseguenza, determinare il danno risarcibile. V., da ultimo, Cass. 24 marzo 2021, n. 8218, con nota di Basso, *Morte della zia in un incidente stradale: i nipoti vanno risarciti, anche se non conviventi*, in *il familiarista.it*. Per altri riferimenti sul progressivo ampliamento dei soggetti legittimati a chiedere il risarcimento, v. Scarzella, *op. cit.*, 27 ss.

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

non essendovi alcuna norma che preveda un divieto per i terzi di fare il proprio ingresso in una lite in cui sia venuta meno una parte. Quanto all'esistenza del nesso di collegamento richiesto dall'art. 105 c.p.c., non vi sono dubbi: il diritto al risarcimento, infatti, si fonda sull'illecito cha ha indotto l'attore a promuovere il giudizio (oltre che, ovviamente, sull'esistenza di una relazione affettiva con il *de cuius*). Sussistono pertanto i presupposti richiesti dal codice.

11. – Per quanto concerne le modalità dell'intervento e la regolamentazione dei poteri del terzo intervenuto, troveranno applicazione gli artt. 267 e 268 c.p.c., su cui la riforma Cartabia è intervenuta solo marginalmente. L'art. 268 c.p.c., nella sua nuova formulazione, al primo comma prevede che il terzo possa intervenire fino al momento in cui il giudice fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione. La seconda parte della norma, sulla quale il legislatore della riforma non è intervenuto, nonostante i numerosi dubbi interpretativi che la stessa aveva già sollevato in precedenza, stabilisce che al terzo si estendono le preclusioni già maturate in capo alle parti originarie (24). È sorto quindi un serissimo problema di coordinamento tra le due disposizioni: la previsione sul termine per esperire l'intervento, infatti, è difficile da conciliare con l'esistenza di un sistema di preclusioni che possono maturare molto prima di quel momento.

I tentativi di individuare una soluzione sono stati molteplici, ma nessuna delle proposte interpretative è in grado di superare l'ambiguità del testo legislativo con un grado di certezza soddisfacente. Il problema, di indubbio interesse teorico e pratico, può essere solo accennato in questa sede, con uno sguardo rivolto alle soluzioni accolte in giurisprudenza. Secondo l'indirizzo consolidato della Cassazione, il terzo può intervenire fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, ma deve soggiacere alle preclusioni istruttorie che abbiano già colpito le parti (25). Ciò significa che

---

(24) Sul tema v. lo studio di Cavallini, *I poteri dell'interventore principale nel processo di cognizione*, Padova 1998. Per una sintetica ricostruzione delle soluzioni proposte, v. Mandrioli, Carratta, *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di cognizione*, Torino 2022 (in base all'impostazione accolta il terzo può effettuare intervento principale o litisconsortile fino a quando sia consentita alle parti originarie «l'attività allegativa e alle altre parti la possibilità di formulare contro-eccezioni»), e Henke, *Il termine per l'intervento del terzo nel processo civile di primo grado: una questione irrisolta*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 6, 1316, per un'interessante analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali. V. inoltre *infra* alla nota 20.

(25) V. ad es. Cass. 14 febbraio 2006, n. 3186; Cass. 26 maggio 2014, n. 11681; Cass. 6 dicembre 2019, n. 31939. Occorre inoltre segnalare che la Suprema Corte (Cass. 5 ottobre 2018, n. 24529) ha ribadito la legittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.c., riprendendo le

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

se il terzo interviene dopo che sia decorso per le parti il termine per l'indicazione dei mezzi di prova, potrà proporre la propria domanda, ma non gli sarà consentito di fornire le relative prove. Questo orientamento, che di fatto permette la deduzione di un diritto, ma priva il titolare della possibilità di provarne l'esistenza, è stato giustamente criticato in dottrina (26): se si impedisce al terzo di dimostrare la pretesa sostanziale azionata in giudizio ai sensi dell'art. 105 c.p.c., si può dubitare della legittimità costituzionale della disciplina, per violazione del diritto alla difesa e del principio del contraddittorio. Per questo motivo sono state formulate proposte che suggeriscono soluzioni maggiormente rispettose dei valori fondamentali dell'ordinamento (27). Nonostante le perplessità evidenziate, non si può prescindere dall'esistenza di questo consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità. È quindi necessario ponderare i rischi connessi alle limitazioni probatorie stabilite dal diritto vivente in relazione all'intervento, per valutare se sia preferibile, invece, instaurare un autonomo giudizio.

12. – Tornando a considerare la posizione del successore universale, se si assume che le uniche attività che gli siano consentite siano quelle non precluse al *de cuius*, come affermato dalla Cassazione, si determina una significativa disparità di trattamento fra i soggetti che hanno diritto a una riparazione per la perdita del proprio congiunto, discriminando fra coloro che sono successori universali e coloro che non lo sono. Mentre i terzi danneggiati dalla perdita del rapporto parentale possono scegliere se intervenire ai sensi dell'art. 105 c.p.c., entro il termine previsto dall'art. 268 c.p.c., nell'ambito del giudizio proseguito *ex* art. 110 c.p.c., il successore

---

argomentazioni individuate dalla Corte costituzionale, che nel 2005 si era pronunciata nel senso dell'infondatezza della questione. Con l'occasione, la Cassazione ha anche precisato che le decadenze processuali verificatesi nel giudizio di primo grado non possono essere aggirate dalla parte che vi sia incorsa mediante l'introduzione di un giudizio identico al primo e a questo riunito.

(26) Consolo, *Spiegazioni...*, cit., 66, rileva che se si applica la disciplina di cui all'art. 268 c.p.c. all'intervento principale e litisconsortile si determina una lesione del di ritto di difesa del terzo e di prova, tutelato dall'art. 24 della Costituzione. L'a. propone di riferire il secondo comma dell'art. 268 c.p.c. unicamente all'intervento adesivo e in particolare «ai soli casi in cui l'intervento è svolto da coloro ai quali la sentenza sarebbe comunque opponibile». V. inoltre *infra* alla nota 27.

(27) Luiso, *Diritto processuale civile,* I, *Principi generali*, 329, con riferimento all'intervento innovativo del terzo, sottolinea che le preclusioni non possono colpire il terzo in relazione alla situazione da lui dedotta in giudizio con la domanda di intervento. Non avrebbe senso consentirgli di proporre la domanda, ma non di effettuare allegazioni o proporre prove.

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

può proporre la sua domanda solo se il processo si trova in una fase in cui non siano maturate le relative preclusioni in capo alle parti originarie. Questa soluzione è difficilmente conciliabile con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, e in particolare con l'art. 3 della Costituzione. Appare inoltre irragionevole che il soggetto designato dal legislatore, affinché il processo possa concludersi nel regolare svolgimento del contraddittorio, non abbia le medesime opportunità di chi, pur non essendo erede, abbia avuto un legame importante con la vittima, tale da meritare un risarcimento per la perdita subita. È vero che il terzo interveniente deve misurarsi con l'orientamento giurisprudenziale già menzionato, che, pur consentendo al terzo di proporre la domanda, lo assoggetta alle preclusioni già intervenute per le parti, ma l'auspicio è che questa tesi venga accantonata dalla giurisprudenza, a favore di soluzioni più compatibili con i principi costituzionali [28] (sebbene al momento non vi siano segnali concreti di un simile cambiamento all'orizzonte).

Il punto cruciale di queste riflessioni, in ogni caso, è un altro: se si consente al terzo di proporre la domanda di risarcimento *iure proprio* non lo si può vietare al successore, per non incorrere nella violazione del principio costituzionale di uguaglianza. Ci si potrebbe chiedere allora se, anche per il successore, dovrebbe valere la regola contenuta nell'art. 268 c.p.c., con i rischi che deriverebbero dall'interpretazione che di questa norma offre il diritto vivente. Credo che lo si debba escludere, dal momento che la disposizione in questione riguarda l'istituto dell'intervento volontario, mentre la situazione del successore presenta delle caratteristiche distintive che la rendono unica e non assimilabile a quella dei terzi.

13. – La situazione del successore che intenda far valere nel processo in cui sia subentrato ai sensi dell'art. 110 c.p.c. anche il diritto a essere risarcito per la perdita del proprio congiunto, mediante la proposizione di una nuova domanda, richiederebbe una regolamentazione specifica, attualmente mancante nell'ambito del codice. Solo l'introduzione di una previsione *ad hoc* potrebbe infatti garantire un adeguato livello di certezza, che una soluzione ricavabile in via interpretativa invece non è assolutamente in grado di assicurare.

L'analisi svolta avvalora, nel contesto normativo vigente, la soluzione favorevole alla possibilità che il successore proponga la domanda *iure proprio* nel giudizio in cui sia subentrato, quand'anche il giudizio si trovi

---

[28] V. *supra* § 10.

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

in una fase in cui siano già maturate le preclusioni, fino al momento in cui la causa venga rimessa in decisione. Coerentemente con i principi costituzionali, inoltre, al successore dovrebbero essere al contempo garantiti pieni poteri istruttori (e, specularmente, pieno diritto di difesa alla controparte) (29).

Siffatta conclusione scaturisce dalla considerazione che nella disciplina della successione processuale, regolata dall'art. 110 c.p.c. e dalle norme in materia di interruzione, non esiste un divieto in tal senso, mentre vi è una pluralità di elementi a livello di sistema che supportano questa tesi. Anziché considerare il successore solo come soggetto che subentra e prosegue il giudizio promosso dal *de cuius*, si valorizza così la sua posizione *sui generis*, di parte coinvolta nel processo in applicazione dell'art. 110 c.p.c. Si evita inoltre di penalizzarlo ingiustamente, privandolo di un potere che invece è riconosciuto ai terzi danneggiati dalla medesima perdita, che non siano nel contempo anche successori che proseguono (o nei cui confronti è riassunto) il giudizio. Consentendo al successore di proporre la domanda *iure proprio* si previene inoltre la moltiplicazione dei giudizi risarcitori relativi al medesimo evento lesivo, in sintonia con i valori sottesi alla concezione unitaria dei giudizi risarcitori accolta dalla giurisprudenza.

L'ampliamento del *thema decidendum*, derivante dalla deduzione in giudizio del diritto al risarcimento per la perdita subita, tuttavia, dovrebbe essere consentito solo ed esclusivamente in concomitanza con la costituzione in giudizio del successore (sia nell'ipotesi di prosecuzione del processo da parte del successore, sia nell'ipotesi che sia stato riassunto nei suoi confronti) (30). I limiti posti dal legislatore per le parti costituite rispetto alla possibilità di proporre nuove domande, (ulteriormente circoscritti dalla Riforma Carabia), sono molto restrittivi, come già osservato. A livello sistematico, quindi, risulta inaccettabile che un soggetto, già parte in giudizio, possa arbitrariamente decidere di introdurre una domanda a distanza di mesi, o di anni, come è avvenuto nei casi affrontati dalla giurisprudenza segnalata. Non vi è motivo per posticipare la richiesta di tutela di un diritto di cui il successore è già titolare quando fa il suo ingresso in causa *ex* art. 110 c.p.c. In questa situazione, in cui una parte riveste il duplice

---

(29) Forse non è nemmeno il caso di ribadire che pieni poteri istruttori andrebbero garantiti anche ai terzi che intervengano volontariamente nel processo per far valere il loro diritto (v. § 11).

(30) Nella giurisprudenza della Suprema Corte si fa riferimento (in relazione a ipotesi diverse) a un «principio di tempestività di allegazione della sopravvenienza»: v. ad es. Cass. 30 gennaio 2006, n. 2035.

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

ruolo di successore e di soggetto titolare di un diritto autonomo, ma parzialmente connesso a quello esercitato dalla parte originaria, questa mi sembra la soluzione più coerente con le regole di funzionamento del processo civile. In ogni caso sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che faccia chiarezza anche su questo aspetto del problema.

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

BRUNO CAVALLONE (*)

«FAUSTI PRESAGI». BREVE RICORDO DI UN MAESTRO *LARGER THAN LIFE*

La recente pubblicazione della ricca monografia di Italo Birocchi e Eloisa Mura, *La missione del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti e Aurelio Candian*, mi offre l'occasione per aggiungere, al copioso materiale ivi raccolto, la testimonianza di uno degli ultimi alunni di Candian alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università Statale di Milano, che tra l'altro ebbe la fortuna di essergli molto vicino, come praticante del suo studio milanese e bastone della sua "quasi vecchiaia" tra il 1962 e il 1963, cioè fino a che gravissime ragioni di salute lo allontanarono dalla vita attiva.

"*A Bruno Cavallone, con fausti presagi*" è appunto la dedica autografa che si legge sul frontespizio della copia che Candian mi regalò del suo splendido libro *Avvocatura* (Milano, Vitagliano, 1949), opera – con la forma e la funzione di una serie di ammonimenti rivolti da un avvocato maturo a un giovane agli esordi della professione – opera oggi non proprio dimenticata, ma certo sfornita dell'attenzione che le spetterebbe non solo nella bibliografia dei libri di e per avvocati, ma anche nella storia della letteratura italiana *tout-court*. Ciò dipende probabilmente dall'essere stato, quel libro, pubblicato da una casa editrice al cui eterogeneo catalogo non appartenevano altri libri di diritto, o di interesse specificamente forense, bensì letteratura "leggera" destinata prevalentemente a un pubblico femminile, testi teatrali, libri per bambini anche di alto livello come *Viperetta* (1919), scritto e illustrato dal grande Antonio Rubino, ispirato dalla figlia dell'artista: libro di successo, ristampato poi da editori prestigiosi, come Bemporad, La Nuova Italia, Einaudi (in tre diverse vesti), e ancora di recente da Scalpendi, Milano (2010), con un lungo saggio di Martino Negri; e *I cavoli a merenda* (1920), uno dei più bei libri di Sto, Sergio Tofano, famosissimo come creatore del *Signor Bonaventura*, ripubblicato

(*) È la mia (molto sintetica) *Christmas card* per l'anno 2024.

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

da Adelphi nel 1990; ma soprattutto, in quegli anni, "rotocalchi" di vasta diffusione variamente connessi con il mondo del cinema come *Hollywood* e *Novelle Film*: il tutto per iniziativa e sotto la direzione di Ottavia Vitagliano, imprenditrice di alterne fortune, personaggio di spicco, per decenni, della vita economica, culturale e mondana di Milano. Sulla inusitata reciproca scelta di editrice e autore, chi scrive potrebbe formulare qualche ipotesi, ma sarebbe *gossip*.

Per quanto ora interessa, si trattò comunque di una scelta felice perché il volume, per la qualità della carta e della stampa, era ben lontano dai prodotti di largo consumo e prezzi "popolari" pubblicati in quegli anni della stessa casa editrice, trattandosi, al contrario, di un piccolo capolavoro di arte tipografica. Basti ricordare, in proposito, l'uso del distanziamento dei caratteri, nelle parole e nelle frasi destinate a maggiore evidenza, con la funzione che convenzionalmente potrebbe assegnarsi ai corsivi, alle sottolineature o ai "neretti".

L'effetto che ne risulta è quello di un libro "parlato", cioè letto ad alta voce, e come tale ricco di istruzioni per il lettore. Ma questo appunto è un aspetto della esuberante personalità di questo maestro, che nessuna biografia, per quanto accurata e documentata, potrebbe riprodurre e nessuna registrazione magnetica (non so se ne esistano) potrebbe conservare.

Quanto al sottotitolo, Aurelio Candian stesso era consapevole della propria "grandezza più che naturale". *Larger than life* è un'espressione che ho sentito usare per lui anche dalla nipote Albina, e torna alla mente, per esempio, leggendo il suo ricordo della moglie Anna a un anno dalla scomparsa, dove si chiedeva «*se altra donna sarebbe riuscita, per lo spazio di poco meno di mezzo secolo, a reggere all'urto di un mio temperamento così esuberante, ineguale e mutevole, fatto di impulsi bizzarri e di impeti subitanei, reattivo senza misura, facile allo scoramento come all'esaltazione, irriflessivamente incline agli esperimenti più rischiosi ...*» (*Funebre annuale*, 1962, scritto del quale ebbi a suo tempo l'onere e l'onore di correggere le bozze).

Questo temperamento si manifestava infatti, anche e prima di tutto, nel suo linguaggio "parlato", più e meglio che in quello scritto, scientifico e accademico. Gli *overstatements* dei quali abbondavano le sue lezioni le rendevano godibili come scene di teatro, dove le *dramatis personae* – il debitore moroso, il terzo di buona e di mala fede, il beneficiario di una servitù di passaggio, il socio tiranno, il coniuge adultero, etc. – acquisivano una dimensione anche plastica che le avrebbe impresse durevolmente nella mente dei discenti; in un contesto, beninteso, niente affatto comico (nessuna imitazione, nessuna caricatura), bensì di alta e divertita qualità reto-

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

rica, secondo il modulo oraziano dell'*ore rotundo loqui*, o quello della prosa di un moderno amatissimo scrittore come Giosuè Carducci. Traggo quest'ultimo puntuale rilievo da un appassionato necrologio di Candian, redatto per la *Rivista di diritto industriale* del 1972 da Remo Franceschelli, suo collega nella Facoltà milanese.

Ecco: espressioni come "*all'ora e al modo dei chirotteri*", usata da Candian per descrivere gli avvocati che vanno *nocturno tempore* a trovare il giudice per parlargli della loro causa, o come "*la recente toga* costrutta (sic) *dalla mano santa di mia madre*", potrebbero certamente appartenere al canone della prosa carducciana, così come Candian avrebbe volentieri sottoscritto la lagnanza di Carducci che si ritrova nel suo discorso *Per la morte di Giuseppe Garibaldi* (1908) sulla "*genia nuova*" che "*fu di pigmei e di folletti, di gnomi e di coboldi*".

Ma lo stesso linguaggio caratterizzava le sue comunicazioni individuali e private. Posso ricordare ad esempio quella volta che, spiegandomi come avesse sempre evitato di apporre targhe alla porta d'ingresso dello studio, lamentava di essere stato proprio quel mattino, al suo arrivo, quasi travolto da un gruppo di "giovinastri", diretti al Circolo del Milan, da poco insediato a un piano superiore: "cercavano un certo Altafini. Tu per caso lo conosci?". O quando, mentre lo accompagnavo a casa con la mia rombante Seicento, mi chiese notizie di un mio amico e compagno di università, e avendogli io riferito del suo intento di iscriversi, al termine degli studi di giurisprudenza, alla Facoltà di lettere e filosofia, esclamò: "due lauree? Eppure mi sembrava un ragazzo così intelligente!". O, ancora, una lettera a me indirizzata nell'agosto 1962 dalla sua villa di Viarolo, nella campagna parmense (con la raffigurazione, nel logo, della famosa "casa tra i pioppi", dove era solito rifugiarsi a studiare), per sollecitare – in epoca anteriore all'avvento dei cellulari – la mia urgente presenza, ai fini di certe ricerche di giurisprudenza, che veniva auspicata anche con la promessa di un'offerta *ex voto* alla Madonna di Fontanellato, a pochi chilometri di distanza.

E come non citare il suo discorso di commiato dall'insegnamento *Addio, ragazzi!*, pronunciato nell'aula 208 (la più grande dell'Ateneo milanese, ma non l'"Aula Magna") il 25 maggio 1960 (pubblicato sulla *Temi*, e poi in separato opuscolo)? Io vi assistetti personalmente, come suo *fan*, anche se non più suo alunno (avendo superato l'esame di Istituzioni di diritto privato, il primo del mio "libretto", nel giugno 1958), e non ancora praticante nel suo studio.

Si trattò di una imponente e commovente cerimonia (il cui impianto registico, dovuto certamente allo stesso Candian, sembrava modellato su

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

quello delle onoranze a Gino Segrè, delle quali un ampio resoconto fu pubblicato sulla *Temi emiliana* del 1930, celebrate a Torino con discorsi di Candian e di Emilio Betti, suoi alunni ed allievi all'Università di Parma), articolata in due fasi, e due livelli, corrispondenti alle due ore accademiche nelle quali, senza intervallo, si svolgevano le sue lezioni. La metà inferiore dell'aula era occupata da alunni di quell'ultimo anno di corso, e solo ad essi fu dedicata la prima ora, con una lezione "normale", cioè in forma colloquiale. Terminata la quale, tuttavia, il maestro alzò lo sguardo sulla parte più alta dell'aula, come se si avvedesse solo in quel momento che essa era affollata da una miriade di suoi ex-alunni ed allievi (avvocati, magistrati – ma le donne non erano ancora ammesse alla carriera giudiziaria –, professori di università). Abiti scuri, vestiti di seta a fiori, qualche cappello femminile a larga tesa: il pubblico, insomma, di un matrimonio alto-borghese. Dopo di che, ovviamente, brindisi e lacrime.

Non dubito che i "fausti presagi" di Aurelio Candian si rivolgessero, con un eccesso di benevolenza, alla mia futura carriera di avvocato, ma non posso fare a meno di ricordare una coincidenza più rara e intima: anni dopo, quando capitò anche a me di avere una cattedra all'Università di Parma, sposai una ragazza proprio di Viarolo (il paese dal quale proveniva la lettera di Candian sopra citata), divenuta nel frattempo autorevole avvocato dello Stato. Un "presagio fausto" per me certamente realizzato. Spero che lo sia stato anche per lei.

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

CLAUDIO CONSOLO (*)
Professore ordinario nell'Università di Roma La Sapienza

ELIO FAZZALARI PUNTO DI INCONTRO FRA FILOSOFICA TEORIA GENERALE E BEN CONCETTA ANALISI PROCESSUALCIVILISTICA

SOMMARIO: 1. *Ouverture* – 2. La poderosa e poliedrica produzione di Elio Fazzalari: *La volontaria giurisdizione* – 3. *Segue*: *Note in tema di diritto e processo*. – 4. *Segue*: *Il giudizio civile di cassazione*. – 5. Suggestioni "umanistiche".

1. – Potete immaginare quanto sia onorato e anche un po' colpito e onerato dal dover dire alcune parole, qualche pensiero introduttivo (certamente non è una relazione: ascolteremo poi le quattro relazioni, quelle dei suoi allievi, e le conclusioni del prof. Vaccarella), qualche riflessione sulla figura monumentale, in effetti, di pensiero corposo e vibrante di eloquio, di Elio Fazzalari. Come qui si vedrà, figura *campeadora* già e soprattutto (al e) dal suo esordio, nella Italia della epoca che tutt'ora chiameremo della Ricostruzione e che costruttiva lo fu in vari sensi e direzioni (la Autostrada del Sole fu progettata dal 1953 ed era finita dieci anni dopo, da Milano a Napoli: senza A.I. e senza gli ingorghi di *files* delle burocrazie elefantiache euroitaliche che da troppi anni avvolgono ogni aspirazione).

2. – Il ricordo di Fazzalari come quello dei suoi compagni di concorso Attardi e Montesano (1957) evocano quel clima fattivo (opposto al presente: pletorico ed elettronicamente verboso) che qui tenteremo di affrontare con la dovuta concisione, eppure con tanto carico di memoria e di rimpianto per una presenza, anche nella esistenza personale, in varie occasioni ed invero in generale vivificante e torreggiante. Pungentemente irruente beninteso, anche.

(*) Lo scritto riproduce il testo della relazione tenuta alla Tavola Rotonda in ricordo di Elio Fazzalari, svoltasi all'Università di Roma "La Sapienza" il 27 ottobre 2023.

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

A tal fine, dovendo focalizzare qualche aspetto tra i non pochi che l'hanno caratterizzato, va pur notato come non ultimo sia stato quello di un vero e proprio ben costrutto filosofo del diritto, ovvero tendenzialmente filosofo *tout court.* Va aggiunto*:* seppur non del genere giansenista cui soprattutto mi capita, anche dall'angolazione della capacità evolutiva giuridica, di guardare più spesso con pragmatica sintonia. Radice filosofico idealista, la sua, piuttosto, dalla quale, quasi per vincere lo "speciale" logorio con cui statalismo e storia infierirono sul processo, il processualista volle direttamente germinare, e già *ex abrupto*, dopo poche vivaci note (sulla antica *Giurispr. completa* della Cassazione civile soprattutto, vicina al formante giurisprudenziale e al mondo giudiziario).

Ho dunque ora preferito privilegiare la sua produzione iniziale, vale a dire i primi dieci (dodici) anni, quelli del vigoroso esordio, che secondo me danno l'idea migliore e profilano già per intero la promessa di tutto quello che poi è avvenuto, nel metodo (primato dei concetti ma senza ansia di concettualizzazione meccanica) e in molti dei contenuti in effetti centrali, e di tutte le grandi prove costruttive che lui ha saputo dare fino al compimento della sua operosa e pensosa esistenza. Quindi porremo sotto osservazione, solo *en passant* certo, le sue tre monografie, apparse e pensate in consecuzione serrata fra loro: quella sulla volontaria giurisdizione; quella sul momento sostanziale e momento processuale dell'esperienza giuridica (facendo così una parafrasi del titolo); e soprattutto la terza, quella sul processo di legittimità, che ha presentato al giudizio di ordinariato. Giudizio allora così importante, che aveva un valore tutt'affatto particolare, essendo in sostanza una sorta di cresima dopo che già era avvenuto il battesimo concorsuale... trinitario (qui con i già ricordati Attardi e Montesano), una cresima invero fondamentale, e che non tutti conseguivano *...in suo anno* (come dicevano i romani per l'accesso appropriato al consolato). Un passaggio che valeva da sprone (presiedette quella commissione di ordinariato Redenti, ne serbo un interessante racconto dal mio maestro). A tal fine nacque dunque la terza sua monografia su *Il giudizio civile di cassazione*, quella stilata con nerbo ed essenzialità. Anche per segnare il passaggio dalla teoria alla pratica illuminata.

Questi tre bei libri hanno una caratteristica che oggi colpisce, perché del tutto dissonante da ciò che si usa fare e da ciò che forse sbagliando alcuni, me compreso, abbiamo fatto: di essere tre libri estremamente stringati, su temi di palpabile ambizione, con esiti stringenti e ben stagliati.

Il terzo comparativamente più conciso ed agile dei precedenti (anche di questo talento della rastrematura l'ordinariato ricercava la emersione).

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

Tutti, eppure, ricordano l'*ampleur* della oratoria di Elio Fazzalari; aveva un'eloquenza di altri tempi, già allora inarrivabile fra i suoi coetanei, mai più rivista nel nostro campo: ricca, secentesca, polifonica, talora quasi turgida: e non solo per la voce baritonale. E quasi sempre alla impronta (a differenza di quella, preparata con uno scritto *d'appui*, si direbbe, seppur mai letto, di Carnelutti ed oggi della *elegantia dicendi* propria, ad esempio, e soprattutto di Irti). Ma nei libri – in particolare in questi tre libri (il primo con cui si era presentato per la libera docenza, se non ricordo male fece in tempo a presiedere Calamandrei, *La volontaria giurisdizione*, poi per il concorso da straordinario *Note in tema di Diritto e processo* e il terzo *Il giudizio civile di cassazione*), poi ad es. anche in quello sull'Arbitrato, forse meno nel pur breve manuale istituzionale – abbiamo delle prove di singolare concisione, concentrazione e intensità. E già si capiva tutto da lì.

Ebbene: adesso che li ho letti con l'esperienza di tanti decenni di militanza, e nonostante dosi non lievi di disincanto, mi do ancor più ragione di come di Fazzalari mi avesse parlato per la prima volta il mio maestro Aldo Attardi, che fu uno dei suoi due compagni di concorso (e prima di libera docenza) ed un suo vero Amico (temo fra i non moltissimi). Mi disse, con rari accenti di ammirazione: è uno scrittore, anzi, un pensatore "con larghi polmoni". In cui, nella strana espressione dei meridionali malati per il mare e starei per dire memori delle apnee, si respirava tanta riserva di ossigeno, tanta ariosità e vastità di vedute. Discutibile non poco in certe posizioni (soprattutto la enfasi bellicosamente riposta sulla giurisdizione come "Comando", non "funzione-servizio", cui pure l'accertamento si lascerebbe ricondurre, sì da sottrarre al giudicato sostanziale, ed affidare al solo *ne bis in idem*, la forza propria degli esiti decisorii di rigetto). Comando perché i *cives* dopo tutto, chi più chi certo meno, inclinano ad essere …fregnoni, per usare la sintesi di approccio antropologico di cui poi Briguglio ci dirà nel dettaglio.

Questo suo, a parte la celia, anelito impavido, financo aggressivo, a salire la scala nella concettualizzazione della Natura delle cose giuridiche, pur in aderenza al dato basico del diritto positivo, è stato particolarmente naturale e propizio nel libro sulla volontaria giurisdizione del 1953 (affidato ai piombi della indimenticabile tipografia padovana La Garangola, che solo trent'anni dopo si visitava per infinite …rotture di piombi). In esso F. affronta la "ponderazione di innumerevoli nozioni fondamentali (...) muovendosi i passi su così scottante terreno", per "attingere elevati punti di osservazione" (come poco prima aveva fatto, con premesse ed esiti molto diversi, ma metodo non divaricato benché più kelseniano, Allorio nel suo *Saggio polemico* sugli stessi temi); e quindi Fazzalari si

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

viene interrogando lui pure sulla natura stessa della giurisdizione e se fuori o dentro quella funzione si potesse collocare, nelle sue varie *species*, questa particolare attività giudiziale di complemento dell'attività dei privati, quasi prestazione di un servizio pubblico che tradizionalmente veniva considerata del tutto estranea alla giurisdizione.

Questo sia dai grandi classici (quelli che Fazzalari chiamava i "giuristi dell'età dell'oro") sia anche da qualcuno dei "giuristi dell'età d'argento" che aveva posto la volontaria giurisdizione in un campo totalmente esterno a quello della giurisdizione, della cognizione dei diritti con la forza del giudicato, e quindi *tout court* veniva allora dai più arruolata nel vasto e terroso campo di un'attività intrinsecamente amministrativa gestita imparzialmente dal giudice.

Tutta la sua trattazione è una ricostruzione già di teoria generale e giunge a delle conclusioni di autonomia concettuale della figura, elevata ad apposito genere entro cui distinguere molte specie passate in analitica rassegna, di quei tipi di attività (per solito non accidentalmente) giudiziaria: conclusioni sceveratrici che sono poi quelle attualmente prevalenti. Il che non stupisce. Ma allora non lo erano affatto. Il nostro, neppur trentenne, non peccava di timori reverenziali e già in questa prima ampia ricerca trovò, studiando la cornice del diritto pubblico generale (previamente criticando la "superdommatica" kelseniana, bobbianamente avvalorata, non a torto: in sostanza perché essa ci allontana sia dalla filosofia sia dalla interpretazione), il germe della sua idea più nota: il concetto di processo come *species* del *genus* procedimento deciso imparzialmente dopo il dispiegarsi del dovuto contraddittorio con le dovute parti. Senza porre invece un accento particolare sul famoso blasone del giudicato come accertamento.

Son cose note, ma qui rilevano per la dimostrazione di audacia che la loro icastica espressione allora produsse.

Nel secondo volume ancor più brilla l'aspetto di un vero e proprio filosofo del diritto, nemmeno troppo mascherato da processualista, nel senso che si ripromette di mostrare come non siano condivisibili tutte quelle tesi che, da Bülow a Satta, vorrebbero ridurre tutta la sostanza del diritto al momento della postulazione processuale e allo *jus dicere* concretizzatore – cioè proprio a quel fenomeno a cui pur lui stava dedicando tutte le sue attenzioni per avviare il suo percorso di maestro – e porre in ombra, come un fantasma dietro a un diafano velo, il momento sostanziale della regolamentazione diretta della vita delle persone con comandi a loro rivolti e sol per questo cogenti anche per i giudici. Quindi un contributo nel solco del tradizionalismo classico, ma pure alla insegna di una riaffermazione del primato del diritto sostanziale molto vivacemente intessuta, molto affasci-

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

nante, in cui sostanzialmente si combatteva la rarefatta ma fortunata teoria del diritto giudiziario materiale; si combatteva quindi anche Goldschmidt, si combatteva anche qualche brillante autore importante della generazione immediatamente precedente alla sua, come per esempio, per vie diverse da quelle di Satta, l'Allorio de *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale* che aveva entro certi limiti assecondato questa visione non dico panprocessuale ma marcatamente processualistica della stessa sostanza più riposta dell'ordinamento giuridico.

Fazzalari è dunque qui – e rimarrà poi sempre – un solido e tenace tradizionalista che ricerca una restituzione dell'ordine scosso dai modernismi e dai virtuosismi ricostruttivi, ma è anche un tradizionalista che si avvalse in quella *Reconquista* dei mezzi più preziosi, più multidisciplinari e più colti. In realtà in qualche misura l'ascendente di cui lui si è sicuramente molto giovato facendone tesoro è stato quello di Carnelutti (professore a Roma dopo la guerra, seppur per la prima volta di Procedura penale), ma con una rotta maggiormente stabile. Ha avuto vari maestri o forse solo punti di riferimento Fazzalari: credo si sia laureato con Galgano, come Montesano, e poi ha incontrato qui, in questa Università, altri maestri come Andrioli e Segni, ma credo poi si sia moltissimo abbeverato – se non di persona, ma credo anche di persona, perché Carnelutti abitava qui a Roma fino ai primi anni Cinquanta, dei contatti intellettuali con questo indefesso autore, anzi scrutatore, egli pure un bel po' filosofo del diritto; ed egli pure al fondo, dopo tutto, non paia strano dirlo a mente dei suoi esordi progressisti, un po' tradizionalista, a differenza del suo allievo appena citato, cioè Allorio (cui fu rimproverato l'approdo ai lidi di Santi Romano e di Hans Kelsen e di averne tentato, in quello stesso torno di anni, una innovatrice conciliazione con molti esiti inaspettati e utili alla pratica, da troppi lustri non più dissotterrati).

3. – E finalmente giunge il libro di ordinariato, che è un libro appunto di cresima, di confermazione nel ruolo di guida e che dunque può essere un pochino meno teorico, un pochino meno ieratico, secondo le buone regole che allora vigevano e di cui poi Fazzalari si è fatto assertore severo sempre, fino in fondo (posando talora a novello seguace del credo di Malthus). Può essere quello dei professori straordinari, dopo il triennio, un libro su un argomento più tecnico e applicativo, un libro, non a scartamento ridotto – questo assolutamente no – e tuttavia non necessariamente di ampissimo respiro come dovevano essere i libri di iniziazione. *Il giudizio civile di cassazione* è un libro modello di trattazione rigorosa ma attenta agli snodi e ai bisogni della pratica del processo, nel senso che

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

tratta di un istituto già allora altamente venato di complessità e gradiente tecnico, che però ha radici culturali e storiche amplissime, ma il volume non si mette a tracciarle di nuovo – lo aveva già fatto Calamandrei – ma le tiene perfettamente presenti soprattutto in una densissima introduzione (*ouverture* di circa 35 pagine in un libro completo che riesce a non raggiungere nemmeno le 220!). Questa introduzione, che traccia già la figura dell'istituto nelle sue radici, a me ricorda moltissimo, per come è scritta, per come è concepita, la parte iniziale introduttiva de *La prova civile* di Carnelutti del 1915; ha un po' la stessa funzione, di spiegazione compendiosa, rispetto al resto del volume e la svolge con modulazioni tonali raffinate e intense. Ed è un'introduzione che subito mostra una certa predilezione per il modello tedesco di giudizio di ultimo grado, che secondo Fazzalari la nostra Cassazione, saviamente, teneva presente come matrice sottostante di molte delle proprie scelte; un modello, cioè, in cui – cito da pag. 7 – la Corte si attribuisce il compito di applicare essa stessa il diritto al fatto, cioè di emanare talora una sentenza utile per la sentenza di merito. Certo, la nostra non poteva ancora farlo a quell'epoca, quella germanica sì. La cassazione sostitutiva di merito si è dovuto attenderla per altri trenta anni, fino al 1990. Ma l'idea che il ricorso in cassazione sia l'estremo rimedio capace di radicare un sindacato più vasto e pregnante volto ad assicurare la giustizia della nuova emendata pronuncia di merito, attraverso l'impiego o comunque sotto l'egida della Corte Suprema – un'idea che veniva quindi dalla Germania – è molto assecondata nel libro di cui stiamo parlando.

Dopo di che vi è un'interpretazione molto fedele alla lettera, quindi molto stretta, dell'art. 360, n. 5, c.p.c., nel testo del codice del 1940; un'interpretazione che adesso non piacerebbe a noi di assecondare nel momento in cui dobbiamo ritornare entro quella strettoia, ma che temo sia quella esatta. Vi è tuttavia anche la recezione soddisfatta dell'ariosa modifica del 1950 a cui sostanzialmente il libro plaude. Vi è poi – punto focale di questo libro, che perciò è interessantissimo, rivela un suo *plot* sottostante – la difesa del carattere devolutivo del ricorso per cassazione, attraverso un'intensa valorizzazione dell'art. 384 c.p.c. che non aveva un riscontro nel codice precedente e che secondo Fazzalari – che ne tratta in moltissimi punti: è davvero il *fil rouge* di questa sua trattazione esemplare di fine e di inizio percorso – mostrerebbe come la Corte di Cassazione attraverso la correzione della motivazione debba saper investire anche questioni diverse rispetto a quelle cui attiene il motivo del ricorso per cassazione per potere fare fino in fondo opera di giustizia e al contempo opera di economia processuale. E dunque possa essere considerata un'im-

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

pugnazione (non certo un gravame) ma ampiamente devolutiva perché consente, al pari che in Germania, di spostarsi da un micro-capo all'altro. Dal micro-capo impugnato con il motivo del ricorso anche ad altri micro-capi onde conservare in vita la decisione, ma con una motivazione tutt'affatto diversa che non passa solo attraverso la medesima questione, ma anche attraverso questioni concorrenti o che possano consentire di reggere *aliunde* la decisione. Quindi un'idea funzionale, utile ai litiganti del giudizio di cassazione traspare in ogni pagina di questo libro. E per conseguenza la compressione del senso sistematico della tradizionale figura, cara alla pratica, del ricorso incidentale condizionato.

Sarebbe un fuor d'opera mostrare tutta una serie di altri pregi del volume (valga l'esempio della elaborata ricezione, la più autorevole fra le non moltissime ottenute, della teoria di Liebman su efficacia e autorità (a p. 160 ss. ripercorrendola tutta in chiave di poteri e preclusioni, radice delle note trattazioni successive di Fabbrini); anche al netto del forte *allure* teorico, decisivo è stato a lungo il contributo alla funzionalità piena del giudizio finale di legittimità: in un momento in cui tutti sentiamo la profonda crisi che induce ogni pochi anni a dibattersi tra le soluzioni novellatrici le più svariate, ma tutte sostanzialmente disperate o disperanti del giudizio di cassazione, vien prepotente l'invito a tutti a rileggere questo libro secco, pacato, conciso, ma animato dall'idea civile, in senso alto politica, che la Corte di Cassazione deve contribuire al migliore esito del litigio: non può essere una sorta di accademia con la toga.

Ciò mi sembra che debba essere in apertura del nostro incontro sottolineato. Invito ai giovani, e anche ai magistrati e, in particolare, quelli più o meno giovani (e però autorevoli) della Corte di Cassazione, ad andarsi a riprendere questo libro del 1960, che forse meriterebbe ristampare, e vedere come in esso la perfetta aderenza alla tecnica, di cui tanto adesso ci si fa forti – il tecnicismo sembra l'anima ormai del giudizio di cassazione – riesce però a recuperare e a valorizzare fino in fondo, un ruolo di giudice della Corte, non di giurista e non – peggio ancora – di artificiere rispetto ai bisogni di tutela, che nel momento in cui è dato, anche per scelta costituzionale, questo grado di giudizio, deve essere tutela effettiva e non occasione di gioco di prestigio o saggio di abilità combinatoria; e più volte Fazzalari in questo libro rimarca come avesse il sapore di una beffa l'alimentare certi formalismi minuscoli: lui parlava di una certa bolletta relativa a una certa vecchia tassa, altri potrebbero parlare della procura spillata, altri ancora dell'autosufficienza; ma insomma egli giustamente condanna questo tipo di deriva, che testé ho chiamato da "artificiere" (che non è nemmeno quella da astratto giurista, ma financo la veste da giurista solo nomofilattico sarebbe insufficiente), e

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

che deve cedere il passo a petto – direbbe lui, che amava questa espressione teatrale – del carattere di vero e pieno giudice dei consiglieri e presidenti della Corte di Cassazione. Secondo linee costanti che caratterizzano e rendono funzionali le Corti di vertice di quasi tutti i paesi, non solo in quelli che rimasero legati al modello del secondo appello (dopo tutto preferibile come sostenni nel volume del convegno dedicato qui in Sapienza a Picardi), ma anche i pochi altri, centroeuropei, che ricevettero e conservarono la idea – nata in tutt'altri contesti (si veda per tutti Halpérin) – di un organo specificamente di cassazione: solo in Francia la trasformazione, che pur vi è stata (da ultimo nel 1990 a duecento anni dalla nascita), si è trattenuta sulla sponda di un maggior coinvolgimento della Corte nel preparare una migliore e sollecita decisione sul fondo della lite. Fazzalari non dedica molto spazio alla storia, e non solo in questa volutamente snella e quasi operativa occasione, ed ancor meno alla osservazione e ponderazione di diritto comparato, ma mostra nelle sue scelte di essere ben avvertito della *big picture* evolutiva entro cui il suo apporto eminentemente ricostruttivo si va con precisione ad inquadrare.

4. – Credo di aver parlato quanto basta per mostrarvi come fin da ragazzino mi fosse ben presente l'importanza di questo giurista che poi ebbi modo di conoscere nel 1985, che naturalmente in quell'anno (per me) miracoloso mi diede anche una bella strapazzata quando ricevette, in due tomi, le mie 848 pagine – che evidentemente erano più di tutte le sue tre monografie di esordio, almeno stando al titolo su tema tanto più esiguo – e disse però che quello della lunghezza era un difetto dei veneti, talora financo una *felix culpa*, e che dunque forse nel tempo mi sarei emendato.

Spero adesso di non essere più in genere, e tantomeno questo pomeriggio, un tale attaccabottoni privo di *...swing*, dall'estro troppo imbottito. Si è detto qui dunque solo il minimo essenziale per rammemorare la scaturigine scientifica del dispiegarsi di un'opera ordinatrice rivelatasi nel mezzo secolo seguente tanto poderosa. Di un lascito fondante per i decenni a seguire, culminato qui in Sapienza in una ampia e ricca stagione. Alla vigilia, purtroppo, della moltiplicazione impiegatizia il cui volto venne, all'inizio, per poco, mascherato da una certa qual "specie di civiltà del benessere accademico" (notata, con mesta ironia, da Satta, la cui opera presenta consonanze con le varie stagioni intense di quella pittorica di Mario Sironi). Opera sattiana che presto potremo *funditus* ricordare e soppesare nel cinquantenario della scomparsa (aprile 2025).

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

Paolo Spaziani
Consigliere di cassazione

CARNELUTTI E CALAMANDREI TRA IL «CAPO» E LA «QUESTIONE» (OVVEROSIA, CHIOVENDA, LA TERZA LEGGE DI NEWTON E LA POESIA DI DONNE)

Sommario. 1. Carnelutti, Calamandrei e il terzo principio della Dinamica. – 2. L'azione di Carnelutti dopo la *Festschrift* di Chiovenda e la "riduzione del 'capo' in polvere". – 3. La reazione di Calamandrei e il "richiamo in vita" del "capo". – 4. L'ombra di Giuseppe Chiovenda e la poesia di John Donne.

1. – Secondo una ricostruzione che potrebbe apparire approssimativa ma che, ad avviso di chi scrive, si avvicina di molto alla realtà, il sistema del diritto processuale civile – o, in altri termini, quella trasformazione della disciplina da mera pratica ("procedura civile") a scienza vera e propria ("diritto processuale civile") di cui il merito è tradizionalmente attribuito al genio di Giuseppe Chiovenda ed il cui avvento va probabilmente individuato nel giorno 15 giugno 1923 (data della completa pubblicazione dei Principii) (1), ma potrebbe essere posticipato all'11 luglio 1927 (data della consegna al "nostro Maestro" degli studi in ono-

(1) G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli 1923, XLIII-1328.

Più in generale, il 1923, "un anno d'importanza fondamentale nella storia della processualcivilistica italiana" (così F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi – La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano 1991, 233), prima di concludersi con l'approvazione della legge 30 dicembre 1923, n. 2814 ("Delega al Governo per emendamenti al codice civile e per la pubblicazione dei nuovi codici di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile"), in attuazione della quale sarebbe stato emanato il codice di procedura civile del 1940, vide il tramonto del primato di Mortara (ingiuriosamente epurato dalla magistratura proprio nel momento in cui ne occupava il più alto scranno) e l'alba di quello di Chiovenda, non solo per la pubblicazione dell'ultima "puntata" dei Principii, avvenuta nel mese di giugno, ma anche per gli altri rilevanti accadimenti verificatisi nei mesi di agosto (la pubblicazione del saggio sulla *perpetuatio iurisdictionis:* in *Foro it.* 1923, I, 362-383) e di settembre (la proposta carneluttiana di fondazione della *Rivista di diritto processuale*; F. Carnelutti, *Lettera*, in F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 245-246, nonché in F. Cipriani, *Quel lieto evento di tanti anni fa (una visita a Premosello-Chiovenda)*, in *Scritti in onore dei* Patres, Milano 2006, 277-278).

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

re) (2), anche se, come è noto, autorevolissime opinioni sogliono retrodatarlo al 3 febbraio 1903 (giorno della celeberrima prolusione bolognese sull'"Azione nel sistema dei diritti") (3) – è stato partorito dallo scontro di un'azione e di una reazione, nel pieno rispetto del terzo principio della Dinamica, enunciato da Sir Isaac Newton nel 1687.

In base a questo principio, all'azione del corpo A, che esercita una forza sul corpo B, corrisponde una reazione di quest'ultimo, che eserciterà una forza uguale e contraria.

In quel processo di azione e reazione che ha determinato la nascita della scienza processuale civile, il corpo A si identifica in Francesco Carnelutti, il quale, sin dal momento in cui formulò il proposito di passare dal diritto commerciale alla procedura, decise che sarebbe stato il migliore della nuova disciplina (al cospetto della quale si presentò con un libro destinato a diventare un classico (4)) e non perse occasione per discutere l'autorità di colui che di essa era considerato il *pontifex maximus* (5) .

---

(2) Aa.Vv., *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova 1927: v. *infra*.

(3) Per l'individuazione nella prolusione bolognese di Chiovenda dell'"atto costitutivo" della nuova scienza del diritto processuale civile e nel giorno in cui essa fu tenuta – il 3 febbraio 1903 – della data della sua "fondazione", v., tra gli altri, E.T. Liebman, *Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. dir. comm.* 1938, I, 94 (secondo cui la lezione del suo maestro sull'"Azione nel sistema dei diritti" costituì "il vero manifesto programmatico del nuovo indirizzo di studi") e, in termini ancora più incisivi, S. Satta, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, 29, nonché Id., *La dottrina del diritto processuale civile* (scritto nel 1974 ma pubblicato), in questa *Rivista* 1992, 703, a cui si deve la paternità della drammatica metafora del "mutamento di sesso", che avrebbe comportato – appunto il 3 febbraio 1903 – la metamorfosi della "procedura civile" in "diritto processuale civile".

(4) F. Carnelutti, *La prova civile*, Roma 1915. Secondo una narrazione che si iscrive quasi nella leggenda, il libro fu scritto in soli tre mesi su incitazione di Federico Cammeo e permise a Carnelutti, che insegnava diritto commerciale a Catania, di vincere – prevalendo sul più giovane Calamandrei – il concorso alla cattedra di procedura civile della facoltà di Padova, resa vacante dal trasferimento dello stesso Cammeo a Bologna.

Non si iscrive, invece, nella leggenda, ma nella storia della scienza processuale (e di quella giuridica in generale) il libro dello studioso friulano che, quale fondamentale e, ormai classico, contributo alla teoria della prova, è stato celebrato nel centenario della sua uscita: *La prova civile di Francesco Carnelutti cent'anni dopo. Seminario della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, svoltosi a Bologna il 18 dicembre 2015, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, con la presidenza e l'introduzione di N. Irti (*Per il centenario di "La prova civile" di Francesco Carnelutti*, 365 ss.) e con relazioni di S. Caprioli (*L'incognita Carnelutti*, 373 ss.), M. Taruffo (*Carnelutti e la teoria della prova*, 399 ss.), C. Consolo (*F. Carnelutti e lo stile dogmatico-realista*, 409 ss.), S. Patti (*Prova legale e "apprezzamento dei mezzi di prova" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, 425 ss.), G.F. Ricci (*Attualità de "La prova civile" di Francesco Carnelutti*, 439 ss.).

(5) Ed infatti, pur professandosi, nel 1922, "come sempre", uno "scolaro" di Chiovenda (F. Carnelutti, *Rinascita*, in questa *Rivista* 1946, I, 1), Carnelutti non avrebbe esitato, l'anno successivo (guarda caso proprio nell'anno dell'ultima "puntata" dei "Principii" e

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

Invece, il corpo B si identifica in Piero Calamandrei, il quale, da quel grande scrittore che era, con la "fantasia sbrigliata" (6) e con l'incisiva eleganza della sua inimitabile prosa (cui sapeva talora attribuire le stesse prerogative della cosa giudicata: quelle di riuscire a fare *de albo nigrum*), reagì puntualmente ad ogni fuga in avanti di Carnelutti, riaffermando ad ogni piè sospinto l'autorità del "nostro Maestro" Chiovenda, apologeticamente elevandolo a fondatore di un nuovo indirizzo metodologico, di ricerca, di costruzione dogmatica, di elaborazione logica e sistematica, al quale tutti – anche Carnelutti – dovevano "inchinarsi" (7).

In questa newtoniana interazione tra i due corpi, all'ombra della silenziosa ma ingombrante presenza di Chiovenda, l'azione dell'uno e la

---

della consacrazione del primato dello studioso di Premosello), a criticare apertamente le idee di Chiovenda su ciò che egli aveva di più caro, vale a dire la tanto propagandata oralità (cfr. F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, III, *La funzione del processo di cognizione*, 2, Padova 1923, 216, ove si sostiene che l'art. 34 del "Progetto Chiovenda", per il quale era necessario che parti e difensori "parlino a viva voce", non avrebbe tenuto conto dell'incapacità della parola di "documentare", essendo essa sufficiente solo a "comunicare". Per documentare, dunque, secondo Carnelutti, occorreva scrivere. Ma, "una volta che s'ha da scrivere per documentare, tanto vale scrivere anche per comunicare").

(6) Così P. Grossi, *Stile fiorentino*, Milano 1986, 77.

(7) P. Calamandrei, *Recensione agli Studi in onore di Chiovenda*, in *Arch. giur.* 1929, 93 ss.

D'altra parte – e ciò dimostra una volta di più l'indiscutibile fondatezza della terza legge di Newton, sul carattere "uguale" e "contrario" della reazione giustapposta all'azione – Calamandrei, nell'erigere il mito di Chiovenda contro Carnelutti, l'"irrefrenabile" (così A. Proto Pisani, *Materiali per uno studio dei contributi processualcivilistici della "Rivista di diritto commerciale" (1901-1923)*, in *Quaderni fiorentini XVI* 1987, 377), non si limitò a pretenderne l'"inchino" dinanzi alla dottrina di Chiovenda, ma, come lo studioso friulano aveva censurato tale dottrina sull'aspetto che stava più a cuore al suo autore (l'oralità), allo stesso modo il "concittadino di Farinata" (così S. Satta, *Interpretazione di Calamandrei*, Discorso commemorativo letto nell'aula magna dell'Università di Firenze il 30 aprile 1967, ora in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., 401 ss., spec. 401 e 410) criticò la concezione dell'"*amico*" Carnelutti su quel concetto di "lite" che ne costituiva il cuore pulsante, mediante attacchi talmente forti, incisivi e, soprattutto, ripetuti (P. Calamandrei, *Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti* pubblicato, in tedesco, sulla *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Jahrg. 2, Berlin 1928, 56-58; Id., *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in questa *Rivista* 1928, I, 1-22 e 89-98) che Carnelutti li avrebbe ricordati per tutta la vita, tanto da rievocarli nel necrologio che avrebbe scritto per il più giovane collega dopo avere appreso la notizia, "fulminea e tremenda", della sua morte (cfr. F. Carnelutti, *Piero Calamandrei*, in questa *Rivista* 1956, I, 261: lo studioso friulano, dopo aver ricordato l'amicizia "faticata" che lo aveva unito al collega fiorentino, nonché la diversa concezione della vita e la diuturna contrapposizione nella scienza che avevano avuto, avrebbe esemplificato proprio ricordando, oltre "il dissenso metodologico", l'indimenticata e indimenticabile critica sferrata da Calamandrei al "suo" concetto di "lite": "la polemica sulla funzione del processo è stata, da questo punto di vista, esemplare").

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

corrispondente reazione dell'altro assunsero toni particolarmente evidenti all'indomani della *Festschrift* dello studioso di Premosello.

2. – L'iniziativa di celebrare il giubileo accademico di Chiovenda (che nel 1926 aveva svolto il suo venticinquesimo anno di insegnamento) con la pubblicazione di un volume di studi in onore, era stata assunta da un gruppo di cinque studiosi, composto in modo da rappresentare il presente, il futuro e persino il passato della processualcivilistica italiana.

In questo gruppo, c'erano le due colonne della *Rivista di diritto processuale civile*, di cui l'onorato era l'eminente fondatore e direttore; c'era un autorevole rappresentante della scuola donde egli proveniva (Redenti); c'era il primo "vero" discepolo del maestro di Premosello, dunque il primo allievo della scuola da lui creata (Segni); infine, c'era persino (Castellari) colui che – non solo per l'età e la concezione metodologica (era nato nel 1850 e aveva una discreta produzione scientifica di taglio esegetico) ma anche per una certa rappresentanza simbolica (era succeduto sulla cattedra di Torino niente meno che a Luigi Mattirolo, l'ultimo e più grande degli ormai leggendari "proceduristi") – appariva, più che il "precursore" della nuova scuola (o, addirittura, l'"avanguardia" o "il capo" di essa) (8), l'estemporaneo ultimo superstite della vecchia.

Si era quindi di fronte ad una iniziativa senza precedenti poiché – come è stato autorevolmente osservato – una "antica, austera e saldissima tradizione" faceva "coincidere le onoranze accademiche con la fine dell'insegnamento e il distacco dalla cattedra" (9) e a questa tradizione, cui non si sarebbero sottratti studiosi del calibro di Enrico Ferri (10), Vincenzo Manzini (11) e Cesare Vivante (12) (per non dire di Vittorio Emanuele Orlando, che si sarebbe dovuto accontentare degli studi in memoria (13)), era stata fatta eccezione soltanto per Vittorio Scialoja (onorato, nella ricorrenza del giubileo accademico, ad appena quarantanove anni) (14), non-

(8) Così, verosimilmente senza crederci molto (anzi, evidentemente senza crederci affatto), rispettivamente, Calamandrei (P. Calamandrei, *Recensione agli Studi in onore di Chiovenda*, cit.), Carnelutti (F. Carnelutti, *Antonio Castellari*, in questa *Rivista* 1931, I, 181) e Chiovenda (G. Chiovenda, *Antonio Castellari*, in questa *Rivista* 1931, II, 379).

(9) F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 298-299.

(10) *Studi in onore di Enrico Ferri per il cinquantesimo anno del suo insegnamento universitario*, Torino 1929.

(11) *Studi giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova 1954.

(12) *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma 1931.

(13) *Studi giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova 1957.

(14) *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anno del suo insegnamento*, Milano 1905.

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

ché per Carlo Fadda (15) e Vincenzo Simoncelli (16), peraltro nell'ambito di iniziative prive di ufficiali promotori.

Vivificata dalla promozione di questo rappresentativo gruppo di processualcivilisti, l'iniziativa di celebrare il giubileo accademico di Chiovenda avrebbe assunto un significato completamente diverso dalle onoranze sino ad allora riservate agli altri studiosi: quello di riconoscere, nell'onorato, il *dominus* della disciplina da lui insegnata e il maestro comune di tutti coloro che si accingevano a studiarla.

Al "Volume", che fu consegnato a Chiovenda il giorno 11 luglio 1927 (non all'Università ma "in quella sua stanza di studio tutta piena di libri, che si potrebbe chiamare severa, se meglio non le si addicesse, per l'anima di chi la abita e per la fresca luce che vien dal giardino, l'epiteto di serena" (17)), contribuirono diciotto studiosi italiani (Castellari, Carnelutti, Calamandrei, Cammeo, Segni, Ricca Barberis, Menestrina, Paoli, Raselli, Lipari, D'Onofrio, Bellavitis, Cristofolini, Florian, Scaduto, Betti, Coniglio e il neolaureato Liebman: non partecipò, invece, Redenti, pur essendo uno dei promotori) e sette studiosi stranieri (un francese: Plassard; un austriaco: Sperl; un americano: Wyness Millar; due spagnoli: Beceña e Xirau; due tedeschi: Mendelssohn Bartholdy e Pagenstecher).

Il volume, come già si è ricordato, sarebbe stato recensito da Calamandrei, con il magniloquente scritto uscito nel 1929, il quale avrebbe dettato l'apologia di Chiovenda, sulla premessa che la *Festschrift* non aveva rappresentato semplicemente "un omaggio di ammirazione e di affetto", bensì la creazione, attraverso gli scritti raccolti nel volume, di «un documento dell'altezza alla quale attualmente è(ra) giunta, per merito del Chiovenda, la scienza processuale italiana, e del rinnovamento che, nel venticinquennio ora chiuso, si è(ra) compiuto in questo campo di studi, percorso e fecondato in zona sempre più vasta da una corrente di pensiero che [aveva] in Giuseppe Chiovenda la sua prima scaturigine».

V'è però da dire che, ben prima di Calamandrei, anche Carnelutti pubblicò un resoconto della *Festschrift*, dando atto, quasi nell'immediatezza di essa (nel terzo fascicolo del 1927 della *Rivista di diritto processuale civile*, uscito nel mese di settembre, in chiusura della parte prima), che il primo esemplare del "Volume" di "Studi in onore" era stato consegnato a Chiovenda due mesi addietro, "con una cerimonia, la cui assoluta sem-

---

(15) *Studi in onore di Carlo Fadda nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli 1906.

(16) *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli 1917.

(17) Così P. Calamandrei, *Recensione agli Studi in onore di Chiovenda*, cit., 56.

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

plicità ha destato nell'animo di coloro, che vi parteciparono, dolcissima commozione" (18).

Però, in quello stesso terzo fascicolo dell'anno 1927, prima di quel resoconto (posto, come si è detto, in chiusura della parte prima), il lettore della *Rivista* avrebbe potuto leggere (in apertura della medesima parte prima) un altro scritto di Carnelutti, un saggio con cui lo studioso friulano, ponendosi in contrasto con le istanze autoritarie che attribuivano al giudice d'appello il potere di riformare in peggio la sentenza di primo grado (e che sarebbero state purtroppo recepite nel progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale di prossima approvazione), aveva riaffermato la validità dogmatica del divieto di *reformatio in peius* (19).

Per difendere questo divieto, Carnelutti si era soffermato, con riguardo al processo civile, sulla norma che disciplinava l'"appello parziale", la quale limitava l'effetto devolutivo ai "capi" impugnati.

Si trattava dunque di intendersi sul significato da attribuire al termine "capo": se ad esso – come voleva Chiovenda – si fosse continuato ad attribuire autonomia concettuale rispetto al diverso concetto di "questione", il giudice d'appello avrebbe potuto riesaminare ogni questione e quindi riformare in peggio la sentenza di primo grado.

Se, invece, il concetto di capo fosse stato debitamente fatto coincidere con quello di questione, il carattere parziale dell'effetto devolutivo avrebbe permesso al giudice d'appello di riesaminare solo le questioni riproposte dall'appellante, mentre avrebbe precluso il riesame delle questioni non riproposte. *Ergo*, la sentenza avrebbe potuto essere riformata solo *in melius* in relazione alle censure formulate dall'appellante.

Il permanere del divieto di *reformatio in peius*, vero principio di civiltà giuridica e garanzia contro la minaccia di degenerazioni autoritarie della disciplina processuale, postulava dunque il superamento del concetto *di* "capo" o, meglio, esigeva che "il concetto del 'capo' fini[sse] in polvere" (20).

Ciò che doveva cessare – anzi, addirittura finire in polvere – non era dunque (soltanto) l'autonomia concettuale della nozione di "capo", ma era (piuttosto) l'autorità dottrinale della concezione del "capo". Doveva finire in polvere l'autorità (anche se, forse, non anche l'autorevolezza) di Chiovenda.

3. – La newtoniana reazione di Calamandrei all'azione con cui Carnelutti aveva avuto la presunzione di ridurre il "capo" in polvere arrivò due

(18) F. Carnelutti, *Onoranze a Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927, I, 260.
(19) F. Carnelutti, *Sulla* reformatio in peius, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927, I, 181 ss.
(20) F. Carnelutti, *Sulla* reformatio in peius, cit., spec. 183-184.

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

anni dopo, alla fine dell'estate del 1929, con un saggio intitolato allo stesso argomento trattato due anni prima da Carnelutti (21).

Lo studioso fiorentino si schierò ovviamente, a sua volta, a difesa della permanenza del divieto di *reformatio in peius*, ma ritenne, tuttavia, che questa soluzione dovesse essere fondata su più solide basi dogmatiche (22), giacché quelle evocate dal collega friulano avevano condotto ad un indebito "dissolvimento" (23) del concetto di capo.

Il concetto di "capo", che Carnelutti aveva erroneamente identificato con quello, "da lui amorevolmente indagato", di "questione" (24), doveva invece mantenere una sua autonomia.

Esso non solo non doveva finire in polvere, ma doveva conservare il significato che "ha ed ha sempre avuto nel nostro diritto positivo", senza poter essere confuso "col significato, seducente ma personalissimo, in cui può essere adoprat(o) nella terminologia di qualche studioso" (25).

"Sulla esatta definizione del concetto di 'capo'" – soggiunse Calamandrei – non era quindi "il caso di insistere" (26), e concluse evidenziando che "solo l'esperienza dirà se i grandi vantaggi del nuovo sistema (...) saranno tali da far dimenticare i pregi che (...) erano propri del sistema attuale"; pregi dei quali egli non voleva fare "l'elogio funebre, anche perché a siffatte malinconiche forme di discorso, che si contentano di ricordare le virtù del defunto, non va mai accompagnata la speranza di contribuire a richiamarlo in vita" (27).

---

(21) P. Calamandrei, *Appunti sulla* reformatio in pejus, in *Riv. dir. proc. civ.* 1929, I, 297-307, ora in *Opere giuridiche*, cit., VIII, 457 ss., donde saranno tratte le successive citazioni.

(22) Secondo Calamandrei, più che nell'effetto devolutivo limitato, derivante dall'impugnativa parziale (strada fallace, che aveva condotto Carnelutti ad interrogarsi indebitamente sul concetto di "capo"), la giustificazione dogmatica del divieto della *reformatio in pejus* andava ricercata nella combinazione del principio dispositivo (inteso in senso materiale, come principio specificantesi sia nella regola dell'impulso di parte sia in quella della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato) con il principio della soccombenza, inteso come condizione fondante la legittimazione ad impugnare: il primo principio avrebbe infatti imposto di circoscrivere il riesame del giudice di secondo grado a ciò che gli fosse stato chiesto dalle parti in sede di impugnativa; il secondo principio avrebbe imposto di limitare la possibilità di impugnativa alle questioni rispetto alle quali la parte aveva rivestito, in primo grado, la qualità di soccombente (cfr. P. Calamandrei, *Appunti sulla* reformatio in pejus, cit., 460-461).

(23) P. Calamandrei, *Appunti sulla* reformatio in pejus, cit., 460.

(24) P. Calamandrei, *op. loc. ult. cit.*

(25) P. Calamandrei, *op. loc. ult. cit.*

(26) P. Calamandrei, *op. loc. ult. cit.*

(27) P. Calamandrei, *Appunti sulla* reformatio in pejus, cit., 466.

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

4. – Se si riflette sulla conclusione del saggio di Calamandrei, appena sopra trascritta, è agevole – ma anche sorprendente – rilevare che, a dispetto della piana e perspicua prosa che lo studioso fiorentino è solito regalarci in tutti i suoi scritti, qui il periodare si fa faticoso, sino a divenire criptico e a rendere difficoltosa, persino impossibile, la piena comprensione del testo (28).

Poiché è difficile pensare che Calamandrei faticasse ad essere perspicuo, si deve ritenere che lo abbia fatto apposta, cercando una chiusa ad effetto, per dire, in sostanza, che, ad onta della iettatoria profezia di Carnelutti, il "capo" era sempre il "capo" (cioè Chiovenda) e che, nel ricordarlo, egli non aveva certamente voluto salutarne, pur encomiasticamente, la dipartita, ma aveva voluto, al contrario, sottolineare che era ancora in vita e che godeva di ottima salute.

Naturalmente, non potendo formulare tale affermazione *apertis verbis*, il "concittadino di Farinata" ha cercato nell'occasione un modo per rendere più criptica la sua prosa e, ad un tempo, ammantare non solo il concetto di "capo" ma anche (e principalmente) la figura del "capo" di una qualche aura mistica, ricollocando, alle spalle dell'"amico" Carnelutti, l'ombra silenziosa, ma incombente e inquietante, di Giuseppe Chiovenda.

Sarebbe lecito immaginare (*fas est*?, direbbe Catullo, con Saffo: o è troppo audace ipotizzarlo, dato che le sue opere, a quel tempo, a quanto consta, non avevano ancora avuto una grande diffusione in Italia) che, nel concludere il saggio, lo studioso fiorentino – che aveva nella scrittura un dono deposto dagli dei nella culla (29) – abbia adattato alla bisogna i versi di John Donne?

Certo, quell'"elogio funebre", che si riduce a malinconica commemorazione, trova, in modo davvero evidente, una corrispondenza semantica e una contrapposizione concettuale in quel *Valediction* che il poeta inglese

---

(28) Secondo Cipriani (cfr. F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 330, nota 59), l'ultimo periodo sarebbe addirittura privo di senso compiuto perché non avrebbe dovuto dire "... non va mai accompagnata la speranza ...", bensì "... va sempre accompagnata la speranza ...". La correzione ipotizzata da Cipriani si basa sul presupposto che Calamandrei volesse criticare l'atteggiamento rassegnatamente commemorativo di chi si limitava a ricordare le virtù del defunto, senza aprirsi alla speranza della sua resurrezione. Secondo noi, invece, il senso della conclusione di Calamandrei è diverso: egli non voleva criticare la rassegnazione altrui ma evitare la rassegnazione propria, guardandosi dall'indulgere a quelle malinconiche forme di discorso, le quali non possono che avere contenuto meramente commemorativo; il "va" dovrebbe dunque essere sostituito con "viene": "(...) non viene mai accompagnata la speranza (...)".

(29) Così E. Redenti, *In memoria di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 2.

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

pronunciò in occasione di una partenza di cui gli era vietato dolersi. La vuota malinconia del "saluto funebre" da cui Calamandrei intende rifuggire per la vacuità sentimentale che lo contraddistingue e per l'assenza di speranza che lo atterrisce, è, invece, la dimensione cui il "commiato" di Donne intende anelare, al fine di porre un divieto all'ineluttabilità del lutto (30).

(30) J. Donne, *A Valediction: Forbidding Mourning*, in *Poesie amorose poesie teologiche*, a cura di C. Campo, Torino 1971, 28.

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

MIRIAM MARTINO
Dottoranda di ricerca nell'Università di Macerata

SULLA DIFFICILE CONVIVENZA TRA LE AZIONI RAPPRESENTATIVE A TUTELA DEGLI INTERESSI COLLETTIVI DEI CONSUMATORI E LE AZIONI COLLETTIVE *EX* ARTT. 840-*BIS* E SS. C.P.C.

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28 e l'attuale quadro normativo in materia di tutela collettiva. – 2. L'introduzione di un nuovo strumento collettivo: una scelta davvero necessaria? – 3. Cenni sull'ambito di applicazione degli artt. 140-*ter* ss. cod. cons. – 4. I soggetti legittimati ad intentare le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. – 5. Rilievi critici sulla disciplina. – 6. *Segue*: sull'esclusione della legittimazione ad agire individuale. – 7. Nodi (ir)risolti sul coordinamento tra le azioni collettive di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. e le nuove azioni rappresentative. – 8. *Segue*: Spunti di riflessione sulle possibilità di risoluzione.

1. – Nel lungo itinerario che ha contrassegnato l'evoluzione della tutela giurisdizionale collettiva all'interno del nostro ordinamento (1), l'ultima tappa normativa è stata scandita dalla recente attuazione della dir. UE 2020/1828 (2).

(1) Per un quadro completo in materia, v., per tutti, R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli 2008; nonché, dello stesso autore, la voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma 2007, 1 ss. Più di recente, si può v., altresì, A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli 2013, spec. 159 ss. e, con riferimento agli strumenti di tutela collettiva dei consumatori, 431 ss.; nonché, N. Rumine, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Pisa 2022, spec. 25 ss.

(2) Si tratta, in particolare, della direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, sulla quale v., tra gli altri, M. Bona, *La direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva*, a cura di E. Dalmotto, in *Giur. it*. 2021, 252 ss.; A. Amidei, *Passato, presente e futuro del diritto UE in tema di "azioni rappresentative"*, in Class action *ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di U. Ruffolo, Milano 2021, 385 ss., spec. 396 ss.; E. Camilleri, *La dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei*

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

Il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28 ha così inserito nel codice del consumo il nuovo Titolo II.1, specificamente dedicato alla disciplina delle «azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori» (3); una disciplina che è costituita dalle disposizioni di cui agli articoli da 140-*ter* a 140-*quaterdecies*, che «si applicano a decorrere dal 25 giugno 2023» (4).

---

consumatori: verso quale modello di enforcement?, in *Nuove leggi civ. comm*. 2022, 1052 ss.; M.A. Astone, *Le transazioni concernenti i risarcimenti (art. 11 dir. 2020/1828/UE)*, in *Nuove leggi civ. comm*. 2022, 1088 ss.; G. De Cristofaro, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuove leggi civ. comm*. 2022, 1010 ss.; G. Mazzei, *Società digitale e* collective redress: *azione rappresentativa europea,* class action *statunitense e azione di classe italiana a confronto*, in *Federalismi.it* 2023, 2, 120 ss., spec. 130 ss., disponibile in *https://www.federalismi.it*; E. Minervini, *L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE*, in *Nuove leggi civ. comm*. 2022, 1377 ss.; G. Vecchio, *Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi: le associazioni dei consumatori hanno più considerazione in Europa che in Italia?*, in *Federalismi.it* 2022, 13, 231 ss., disponibile in *https://www.federalismi.it*; all'interno di una più ampia cornice di riflessione, v. pure F. Auletta, *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *Nuove leggi civ. comm*. 2022, 1670 ss. Sulle iniziative e/o sul dibattito che, a livello europeo, hanno preceduto l'approvazione della direttiva, oltre agli scritti poc'anzi citati di G. De Cristofaro, A. Amidei, M. Bona e E. Camilleri, si può vedere R. Caponi, *Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il* Dieselgate*)*, in Aa.Vv., *Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Foro it*. 2019, V, 332 ss.; L. Serafinelli, *Ancora sulla tutela del consumatore, anche in forma collettiva*, in *Nuova giur. civ. comm*. 2019, 612 ss., spec. 617 ss.; G. Pailli, *Unione Europea e azione di classe: la grande assente*, in *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, Torino 2020, 237 ss.; G. Scarchillo, Class action. *Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, 1ª ed., Torino 2019, 131 ss.; P. Pardolesi, A. Bitetto, *Tutela collettiva e azione di classe. Un'analisi comparativa*, Bari 2020, 137 ss.; A. Biard, S. Voet, *Collective Redress in the EU: Will It Finally Come True?*, in A. Uzelac, S. Voet (edts.), *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Trail?*, Cham 2021, 287 ss.; A. Giussani, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*. 2019, 157 ss.

(3) Così, è espressamente rubricato il nuovo Titolo.

(4) Cfr. art. 4, comma 1°, d.lgs. n. 28/2023. Si precisa, tuttavia, al comma 2°, che «l'art. 140-*duodecies* del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, si applica alle azioni volte ad ottenere provvedimenti compensativi relative a violazioni verificatesi a partire dal 25 giugno 2023». V., altresì, artt. 22 e 24, par. 1°, comma 2°, dir. UE 2020/1828. Sulla nuova disciplina consumeristica v., tra i primi contributi, G. Capilli, in G. Capilli, R. Torino, *Codice del Consumo: cosa cambia. D.lgs. 7 marzo 2023, n. 26 e d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28*, Milano 2023, 31 ss.; B. Zuffi, in *Codice del consumo e norme collegate*, 6ª ed., a cura di V. Cuffaro, A. Barba, A. Barenghi, Milano 2023, *sub* artt. 140-*ter* ss., 1171 ss.; A. Di Landro, *Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori nell'ambito del* New Deal for Consumer. *Alcune riflessioni*, in *Jus civile* 2023, 986 ss.; A. Palmieri, *I nuovi meccanismi per la tutela collettiva dei consumatori*, in *https://www.altalex.com*; G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840*-bis *ss. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm*. 2024, 1 ss.; F. De Dominicis, *La nuova "*class action *europea": tratti fondamentali e*

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

Si è assistito, di conseguenza, all'introduzione di un'ulteriore e diversa *species* di strumenti giurisdizionali collettivi, che va ad aggiungersi – senza, invero, opportunamente coordinarsi – a quelli già esistenti (5).

Il riferimento corre, *in primis*, alle rinnovate versioni dell'azione di classe e dell'azione inibitoria collettiva di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., introdotti, come noto, con la l. 12 aprile 2019, n. 31 (6).

---

criticità del d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28 che recepisce la Direttiva 2020/1828 (UE), in *https://www.studiolegalebonafede.it*; E. Camilleri, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle* authorities *tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'*arrêt Repsol, in *Nuove leggi civ. comm.* 2024, 437 ss.; v., altresì, A. Giussani, *Considerazioni sul rapporto fra le azioni collettive del codice di rito e quelle del codice del consumo dopo il d.lgs. n. 28 del 2023*, in *Jus* 2023, 453 ss.; A. Tedoldi, Next generation *e rimedi collettivi*, in questa *Rivista* 2024, 367, *passim* e spec. 384 ss.

(5) Sulle problematiche legate ai rapporti tra le azioni rappresentative di cui agli artt. 140-*ter* ss. cod. cons. e quelle generali *ex* artt. 840-*bis* ss. c.p.c., v., in particolare, §§ 7 e 8.

(6) A cinque anni dall'approvazione della legge appena menzionata nel testo, sulla disciplina di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. si è formata una letteratura piuttosto ampia; v. infatti, senza pretesa di esaustività: Aa.Vv., in *Le nuove forme di tutela collettiva*, cit., 321 ss.; Aa.Vv., in Class action. *Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, 1° ed., a cura di B. Sassani, Pisa 2019; Aa.Vv., in *La* Class action *riformata*, a cura di A. Carratta, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.; C. Consolo, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corriere giur*. 2019, 737 ss.; Id., *Artt. 840*-bis - *840*-sexiesdecies. *La nuova azione di classe e la nuova inibitoria*, in *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da C. Consolo, Milano 2019; Id., *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in questa *Rivista* 2020, 714 ss.; G. Scarselli, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, in *https://www.judicium.it*; S. Brazzini, P.P. Muià, *La nuova* class action *alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino 2019; A. Giussani, *La riforma dell'azione di classe*, in questa *Rivista* 2019, 1572 ss.; Id., *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 1291 ss.; Id., *Efficienza giusta. Percorsi della giustizia civile*, Torino 2022, spec. 33 ss.; P. Fiorio, *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*, in *https://www.ilcaso.it*; F. Tedioli, *Tra nuove regole e vecchi problemi la* class action *trova collocazione nel codice di procedura civile*, in *Studium* 2019, 1413 ss.; P.F. Giuggioli, *L'azione di classe. Un nuovo procedimento collettivo*, Milano 2019; E. Dalmotto, *Note a prima lettura sulla nuova azione inibitoria collettiva* (*art. 840*-sexiesdecies *cod. proc. civ.*), in *https://www.ilcaso.it*; Id., *Qualche proposta di modifica della nuova disciplina delle azioni inibitorie collettive*, in *https://www.ilcaso.it*; A.D. De Santis, *I procedimenti collettivi. L'azione di classe e l'azione inibitoria collettiva nel codice di procedura civile*, in *Giusto proc. civ*. 2019, 701 ss.; R. Pardolesi, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp*. 2019, 301 ss.; G. Ponzanelli, *La nuova* class action, in *Danno e resp*. 2019, 306 ss.; M. Franzoni, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e resp*. 2019, 309 ss.; D. Amadei, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2019, 1049 ss.; M. Stella, *La nuova azione inibitoria collettiva* ex *art. 840* sexiesdecies *c.p.c. tra tradizione e promesse di deterrenza*, in *Corriere giur*. 2019, 1453 ss.; P. Farina, *La riforma della disciplina dell'azione di classe e l'esecuzione forzata collettiva*, in *Riv. esec. forzata* 2019, 654 ss.; G. Monteleone, *Note a prima lettura sulla nuova legge sull'azione di classe (legge 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Giusto proc. civ*. 2019, 633 ss.; Aa.Vv., in *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, cit.; G. Basilico, *L'inibitoria collettiva secondo la legge 12 aprile 2019 n. 31*, in *Giusto proc. civ*. 2020, 123 ss.; B.

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

Tuttavia, occorre ricordare che quella stessa legge, pur abrogando gli artt. 139, 140 e 140-*bis* cod. cons. (7), ha contestualmente disposto che le disposizioni da ultimo menzionate continuano ad applicarsi «alle condotte illecite poste in essere» prima della data della sua entrata in vigore (8); ciò che è avvenuto – come noto – il 19 maggio 2021.

La suddetta data segna, così, il confine oltrepassato il quale diviene possibile l'applicazione degli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. (9).

Ecco, dunque, che il risultato dei più recenti interventi legislativi in questa delicata materia è l'attuale convivenza di tre differenti discipline (10), aventi ciascuna uno specifico limite temporale di operatività (11).

Manfredonia, *La nuova legge sulle azioni di classe: un passo avanti per la tutela collettiva?*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 1565 ss.; E. Minervini, *La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31*, in *Nuove leggi civ. comm*. 2020, 346 ss.; I. Speziale, *La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma*, in *Corriere giur*. 2020, 963 ss.; A.C. Di Landro, *Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione*, in *Jus civile* 2020, 1263 ss.; R. Metafora, *La prima fase del processo di classe: le domande azionabili e il giudizio di ammissibilità*, in *Ilprocessocivile.it*, *focus* del 30 marzo 2022; G. Caruso, *Contributo allo studio delle azioni di classe*, Napoli 2021, spec. 119 ss.; Aa.Vv., in Class action *ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit.; A. Bellelli, *Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*, in *Nuova giur. civ. comm*. 2021, 1429 ss.; A. Tedoldi, G.M. Sacchetto, *La nuova azione inibitoria collettiva* ex *art. 840* sexiesdecies c.p.c., in questa *Rivista* 2021, 230 ss.; M. Lorenzotti, *Azione di classe e diritti individuali omogenei: opportunità o limite?*, in *Contratto impr*. 2022, 682 ss.; A. Tedoldi, Next generation, cit., *passim*; v., altresì, A. Amidei, *Azione di classe e inibitoria collettiva: un bilancio a due anni dall'entrata in vigore della riforma, nella prospettiva del recepimento della Direttiva UE 2020/1828*, in *Riv. dir. priv*. 2023, 385 ss.

(7) V. art. 5, l. n. 31/2019.

(8) Cfr. art. 7, comma 2°, secondo periodo, l. n. 31/2019.

(9) L'art. 7, comma 2°, primo periodo, l. n. 31/2019, dispone, infatti, che «le disposizioni della presente legge si applicano alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore».

(10) L'attuale compresenza delle discipline di cui si è detto nel testo è stata sottolineata, di recente, anche da A. Di Landro, *Le azioni rappresentative*, cit., 998; F. De Dominicis, *La nuova "*class action *europea"*, cit., § 1. In proposito, v. pure B. Zuffi, *sub* art. 140-*bis*, in *Codice del consumo*, cit., 1132, 1167 ss.; A. Tedoldi, Next generation, cit., 368 s.

(11) Oltre agli strumenti giurisdizionali sin qui richiamati nel testo, vi sono, invero, anche le altre azioni collettive, prevalentemente inibitorie, che non sono state affatto toccate dalla riforma di cui alla l. n. 31/2019 (basti pensare, a titolo puramente esemplificativo, all'azione di cui all'art. 28 Stat. lav.). Sui rapporti tra queste (preesistenti) azioni e la nuova azione di classe *ex* artt. 840-*bis* ss. c.p.c., v. R. Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in Class action. *Commento sistematico*, cit., 27 ss.; con riferimento al rapporto tra la nuova azione inibitoria collettiva *ex* art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. e le inibitorie di cui agli artt. 37, 66, 67-*noviesdecies*, 79 cod. cons., v. E. Minervini, *La tutela collettiva*, cit., 350 ss.

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

2. – Stando così le cose, viene, dunque, da chiedersi se la scelta di introdurre – *rectius*: reintrodurre – una nuova disciplina speciale fosse davvero obbligata ai fini del recepimento della dir. UE 2020/1828.

Al riguardo, si può – sin da subito – anticipare che tale quesito merita risposta negativa.

Dalla complessiva disamina della normativa europea emerge, infatti, che il suo obiettivo ultimo era, sostanzialmente, quello di «garantire che a livello dell'Unione e a livello nazionale *almeno* un meccanismo procedurale efficace ed efficiente per azioni rappresentative volte a ottenere provvedimenti inibitori e (...) risarcitori sia disponibile per i consumatori in tutti gli Stati membri»; e ciò, nella consapevolezza che un tale meccanismo «rafforzerebbe la fiducia dei consumatori, permetterebbe loro di esercitare i propri diritti, contribuirebbe a una concorrenza più leale e creerebbe condizioni di parità per i professionisti che operano nel mercato interno» (12).

Visto che molti Stati membri – tra cui, appunto, l'Italia – già prevedevano, all'interno dei rispettivi ordinamenti nazionali, meccanismi di *collective redress* (13), si giustifica, tuttavia, la previsione secondo quale «la (...) direttiva non dovrebbe sostituire i meccanismi procedurali nazionali esistenti volti a proteggere gli interessi collettivi o individuali dei consumatori»; anzi, «in considerazione delle tradizioni giuridiche degli Stati membri, (...) dovrebbe lasciare loro la discrezionalità di configurare il meccanismo procedurale per azioni rappresentative (...) nell'ambito di un meccanismo procedurale esistente o nell'ambito di un nuovo meccanismo procedurale per provvedimenti inibitori o (...) risarcitori collettivi, oppure come un meccanismo procedurale distinto, purché almeno un meccanismo procedurale nazionale per azioni rappresentative sia conforme alla presente direttiva» (14).

Agli Stati membri si imponeva, pertanto, di provvedere – entro il termine del 25 dicembre 2022 (15) – «affinché almeno un meccanismo procedurale che consenta agli enti legittimati di intentare azioni rappre-

---

(12) Cfr. considerando n. 7 dir. UE 2020/1828.

(13) Per una panoramica sulle legislazioni degli Stati membri si può leggere, infatti, la «Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo sull'applicazione della raccomandazione della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE)», COM(2018) 40 final. V., altresì, L.S. Mullinex, *For the Defense: 28 Shades of European Class Actions*, in *Class Actions in Europe*, cit., 43 ss.

(14) Cfr. considerando n. 11, periodi 1° e 2°, dir. UE 2020/1828.

(15) V. art. 24, dir. UE 2020/1828.

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

sentative al fine di ottenere provvedimenti sia inibitori che risarcitori sia conforme alla (...) direttiva» (16). Quanto alle modalità dell'adeguamento, veniva, appunto, lasciata ai legislatori nazionali la possibilità di scegliere se: 1) intervenire su eventuali meccanismi collettivi esistenti, per conformarli alle previsioni della stessa direttiva; oppure, 2) introdurre *ex novo* un meccanismo procedurale conforme.

Se la stessa direttiva poneva il nostro legislatore nella condizione di poter agire diversamente rispetto alla scelta intrapresa con il d.lgs. n. 28/2023, non sembra, allora, dirimente in senso contrario il fatto che la l. 4 agosto 2022, n. 127 (17) non avesse previsto, a questo proposito, alcun criterio per l'esercizio della delega legislativa da parte del Governo (18).

L'opzione possibile e, senz'altro, più opportuna sarebbe stata quella di modificare la già esistente disciplina dei «procedimenti collettivi» di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. (19).

Ciò, infatti, avrebbe consentito di evitare un'ulteriore frammentazione e complicazione della materia.

Ad ogni modo, l'interprete è inevitabilmente chiamato a fare i conti con il dato positivo. E così, non si può fare a meno di notare che, una volta

---

(16) Le parole riportate tra virgolette nel testo sono tratte dall'art. 1, par. 2°, secondo periodo, dir. UE 2020/1828, ove, *in parte qua*, si ribadisce, sostanzialmente, il contenuto del considerando n. 11.

(17) Si tratta della legge di «delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2021».

(18) Rilevando l'alternativa di cui si è detto nel testo, G. De Cristofaro, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi*, cit., 1022 s., osservava, prima del recepimento, che «l'assenza di una disposizione che espressamente autorizzi il Governo ad intervenire sul c.p.c. modificando una disciplina il cui ambito di applicazione (...) è assai più ampio rispetto a quello della direttiva sembra frapporre un ostacolo insuperabile alla possibile novellazione del c.p.c. (...)» (*op. cit.*, 1023, nota 36); più di recente, cfr., altresì, Id., *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.*, cit., 3: «In mancanza di indicazioni fornite nella *legge di delegazione europea 2021*, che ha delegato il Governo ad adottare i decreti legislativi necessari per recepire la direttiva 2020/1828/UE senza fissare alcun criterio di esercizio della delega così conferita, il Governo ha purtroppo evitato di compiere un'opzione chiara e netta e ha adottato una soluzione a dir poco ambigua nel d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28 (...)». V. anche A.C. Di Landro, *I meccanismi di ricorso collettivo per i danni da vaccini e farmaci contro il Covid-19*, in *Resp.* 2024, 666 ss., 680. Pur ricordando che la l. n. 127/2022 non prevedeva alcun criterio direttivo per il recepimento della direttiva, B. Zuffi, *sub* art. 140-*bis*, cit., 1166 s., non sembra, invece, attribuire peso a tale circostanza; ed infatti, critica la scelta legislativa di non «ritoccare» la disciplina di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c.

(19) In questo senso, si esprimeva chiaramente, in sede di audizioni informali davanti alle Commissioni riunite II e X sullo schema di decreto legislativo, R. Donzelli, *Brevi considerazioni sullo schema di decreto legislativo recante recepimento della direttiva UE 2020/1828*, 1 s., proprio argomentando a partire dal considerando n. 11. Lo scritto dell'a. è agevolmente reperibile su *internet*.

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

accantonata la via della modifica degli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., la principale questione da risolvere diventava proprio quella relativa al coordinamento tra quelle disposizioni codicistiche ed i nuovi artt. 140-*ter* ss. cod. cons. (20).

Eppure, come vedremo nel prosieguo, non sembra che tale questione abbia ricevuto una risposta sufficientemente esaustiva a livello legislativo (21).

3. – Ai fini di una corretta comprensione della problematica è necessaria, in via preliminare, una breve disamina della nuova disciplina consumeristica in relazione a quelle che appaiono le differenze più marcate tra le azioni *ex* artt. 840-*bis* ss. c.p.c., da un lato, e le azioni rappresentative, dall'altro (22). Il riferimento corre, in particolare, all'ambito di applicazione, nonché ai soggetti che sono rispettivamente legittimati ad agire (23).

Iniziando, dunque, dal primo profilo, va sottolineato che, a fronte della c.d. "deconsumerizzazione" (24) della tutela collettiva operata – final-

---

(20) La necessità del «coordinamento delle tutele contemplate dalla legislazione unionale con quelle previste dalla disciplina municipale di generale applicazione» è stata, di recente, sottolineata anche da A. Giussani, *Considerazioni sul rapporto*, cit., 454, in forza del fatto che «si basano su premesse teoriche e scelte pratiche alquanto diverse».

(21) La disposizione che sembra porsi *ex professo* il problema è l'art. 140-*ter*, comma 2°, secondo periodo, cod. cons., sulla quale v. *infra*, § 7. Il fatto che il legislatore non avesse adeguatamente tenuto conto delle conseguenze derivanti dalla reintroduzione di una disciplina speciale si apprezza, piuttosto emblematicamente, anche dalla circostanza che nel testo dello schema di decreto legislativo, trasmesso alla Presidenza del Senato il 9 dicembre 2022, mancava una disposizione corrispondente a quella dell'attuale secondo periodo dell'art. 140-*ter*, comma 2°, cod. cons. E difatti, nella Relazione illustrativa al predetto schema è indicato espressamente che: «In accoglimento dell'osservazione formulata dalle Commissioni riunite II e X della Camera dei deputati (...) dopo il primo periodo è stata inserita una disposizione, al fine di chiarire che nel caso di azioni rappresentative promosse nei confronti di professionisti per violazioni di cui all'allegato II-*septies*, gli enti legittimati non possono agire con l'azione di classe prevista dal Titolo VIII-*bis* del libro IV del codice di procedura civile».

(22) L'obiettivo di tale disamina è soltanto quello di offrire delle coordinate di riferimento utili al fine di evidenziare le problematiche che originano dall'attuale coesistenza degli uni e degli altri strumenti.

(23) Che quelle indicate nel testo siano le più vistose differenze tra le une e le altre azioni collettive è stato sottolineato in dottrina, già in relazione al confronto tra gli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. e le disposizioni della stessa dir. UE 2020/1828: v., ad es., G. De Vecchio, *Azioni rappresentative*, cit., 238 ss.; G. Mazzei, *Società digitale*, cit., spec. 132 ss.; M. Bona, *La direttiva UE 2020/1828*, cit., 262, nota 70. Per un quadro generale sugli «elementi comuni» e sulle «differenze» tra la disciplina *ex* artt. 840-*bis* ss. e quella prevista dagli artt. 140-*ter* ss. cod. cons., v. G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.*, cit., 5 ss.; in proposito, v. pure A. Tedoldi, Next generation, cit., 385 ss.

(24) All'indomani della riforma di cui alla l. n. 31/2019, l'espressione è stata utilizzata da B. Sassani, *Presentazione*, in Class action. *Commento sistematico*, cit., IX. V., altresì, A.

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

mente (25) – nel 2019, il d.lgs. n. 28/2023 ha segnato, evidentemente, un «netto ritorno al passato ed una grave smagliatura d'ordine sistematico» (26).

Come si desume dalla collocazione topografica della nuova disciplina, la sfera d'applicazione delle azioni rappresentative è ristretta alle controversie che coinvolgono il «consumatore» (27) e, invero, neppure a tutte. L'art. 140-*ter*, comma 2°, primo periodo, cod. cons. stabilisce, infatti, che le disposizioni che compongono il Titolo II.1 «si applicano alle azioni rappresentative promosse nei confronti di professionisti per violazioni delle disposizioni di cui all'allegato II-*septies*, che ledono o possono ledere interessi collettivi dei consumatori» (28).

Il risultato che ne deriva è, pertanto, l'esistenza di un duplice ordine di limitazioni.

Dal punto di vista soggettivo, l'azione rappresentativa può essere promossa soltanto nei confronti del «professionista» (29), per tale dovendosi

---

Carratta, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *La* Class action *riformata*, cit., 2297.

(25) Se si osserva, infatti, l'evoluzione che ha contrassegnato questa delicata materia, a partire, in ispecie, dagli anni Novanta, è piuttosto agevole comprendere le ragioni che hanno portato autorevole dottrina a definire il consumatore come «il vero protagonista della tutela collettiva in Italia»: cfr. M. Taruffo, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*. 2011, 103, 107.

(26) Così, si esprimeva R. Donzelli, *Brevi considerazioni*, cit., 2, rispetto alla «idea di introdurre una nuova azione speciale al di fuori del codice di procedura civile». Più di recente, anche B. Zuffi, *sub* art. 140-*ter*, in *Codice del consumo*, cit., 1173, parla di «una clamorosa retromarcia rispetto alla *ratio* fondante la riforma del 2019».

(27) Ai sensi dell'art. 140-*ter*, comma 1°, lett. a), cod. cons., si tratta della «persona fisica di cui all'articolo 3, comma 1, lett. a)», ovvero «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

(28) Coerentemente, la stessa «azione rappresentativa» è definita come «un'azione per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori promossa, nelle materie di cui all'allegato II-*septies*, da un ente legittimato in quanto parte ricorrente per conto dei consumatori e finalizzata a ottenere un provvedimento inibitorio o un provvedimento compensativo» (art. 140-*ter*, comma 1°, lett. e, cod. cons.).

(29) Come noto, le nuove azioni di classe ed inibitoria collettiva sono, invece, esperibili «nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività»: cfr. artt. 840-*bis*, comma 3°, e 840-*sexiesdecies*, comma 2°, c.p.c.

All'indomani della riforma, si è, così, sottolineato che nel novero dei legittimati passivi non sono stati espressamente annoverati proprio i professionisti: cfr., infatti, A. Carratta, *I nuovi procedimenti collettivi*, cit., 2298, per il quale risulterebbe, allora, impedito «l'esercizio delle azioni in questione nei loro confronti». In quest'ultimo senso, v., altresì, D. Amadei, *Nuova azione di classe*, cit., 1054 s., nonché Id., *La nuova azione inibitoria collettiva*, in Class action. *Commento sistematico*, cit., 234 s.; R. Tiscini, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, in questa *Rivista* 2024, 331, 359 s., nota 110, ove osserva trattarsi «di una limitazione

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

intendere «qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisce, anche tramite un altro soggetto che opera in suo nome o per suo conto, per fini relativi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale» (30).

Dal punto di vista oggettivo, si potrà ricorrere al rimedio solo a fronte della violazione di una (o più) delle disposizioni specificamente elencate all'interno del nuovo allegato II-*septies* del codice del consumo (31).

4. – Volgendo, ora, lo sguardo alla disciplina della legittimazione ad agire, va evidenziato che gli artt. 140-*quater* e 140-*quinquies* cod. cons. distinguono, in proposito, a seconda che si tratti di azioni rappresentative «nazionali» o «transfrontaliere».

La distinzione appena richiamata trova la sua ragion d'essere nella stessa direttiva europea (32) ed è fondata, in particolare, sulla coincidenza o meno tra lo Stato nel quale è intentata l'azione rappresentativa e quello di designazione dell'ente all'uopo legittimato (33): nel primo caso, infatti,

---

irrilevante nel caso delle controversie climatiche, non essendo la condotta del professionista potenzialmente pregiudizievole per il clima»; v. pure P.F. Giuggioli, *L'azione di classe*, cit., 44, che sembra, infatti, propendere per un'interpretazione del concetto di «impresa» fedele al disposto dell'art. 2082 c.c.; in senso dubitativo, v. P. Fiorio, *La nuova azione di classe*, cit., 9; nonché, B. Zuffi, *sub* art. 140-*bis*, cit., 1171, secondo cui, a fronte dell'introduzione delle nuove azioni rappresentative esperibili nei confronti del professionista, «appare ancora più arduo argomentare che il concetto di imprese di cui all'art. 840-*bis* c.p.c. possa essere interpretato in senso lato fino ad includervi i professionisti». In senso favorevole ad un'interpretazione più ampia e flessibile del termine «impresa», v., in particolare, R. Donzelli, *L'ambito d'applicazione e la legittimazione ad agire*, in Aa.Vv., *Le nuove forme di tutela collettiva*, cit., 340; Id., *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 8 ss.; A. Giussani, *La riforma dell'azione di classe*, cit., 1574; Id., *Efficienza giusta*, cit., 36 s.; C. Consolo, *L'azione di classe*, cit., 724; Id., *Artt. 840*-bis - *840*-sexiesdecies, cit., 7; v., altresì, A.D. De Santis, *I procedimenti collettivi*, cit., 708; B. Manfredonia, *La nuova legge*, cit., 1568; A. Amidei, *Azione di classe e inibitoria collettiva*, cit., 394; A. Tedoldi, G.M. Sacchetto, *La nuova azione inibitoria collettiva*, cit., 240 s. È, quella appena indicata, l'opinione che appare preferibile. In tal senso militerebbe, invero, lo stesso art. 140-*ter*, comma 2°, periodo secondo, cod. cons. il quale, qualora si escludesse la possibilità di agire *ex* artt. 840-*bis* ss. c.p.c. contro il professionista non avrebbe – forse – ragion d'essere.

(30) Quella riportata nel testo è la relativa definizione che si rinviene all'art. 140-*ter*, comma 1°, lett. b), cod. cons. Cfr., altresì, art. 3, n. 2, dir. UE 2020/1828.

(31) Al riguardo, si rinvia, per approfondimenti, a G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative»*, cit., 12 ss.

(32) V., in particolare, considerando n. 23, nonché, artt. 2, par. 1; 3, nn. 6 e 7; 4; 6; 14, dir. UE 2020/1828.

(33) Cfr. considerando n. 23, periodo 4°, dir. UE 2020/1828: «Lo Stato membro in cui l'azione rappresentativa è proposta dovrebbe essere il criterio decisivo per determinare il tipo di azione rappresentativa proposta».

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

l'azione rappresentativa è «nazionale» (34); nell'altro, invece, è «transfrontaliera» (35).

La rilevanza del suddetto criterio discretivo si apprezza sotto diversi profili (36). Per quanto qui d'interesse, preme evidenziare che con riferimento a quest'ultimo tipo di azione – *i.e.* transfrontaliera – il legislatore europeo indicava espressamente una serie di requisiti ai quali gli Stati membri avrebbero dovuto attenersi ai fini della designazione degli enti all'uopo legittimati (37); fermo restando, tuttavia, che ai legislatori nazionali era riconosciuta la possibilità di «decidere» se estendere quegli stessi criteri «anche alla designazione di enti legittimati al fine di intentare azioni rappresentative nazionali» (cfr. art. 4, par. 5, dir. UE 1828/2020).

Ricordate, per sommi capi, le coordinate tracciate a livello europeo, è, dunque, possibile tornare alla nostra disciplina.

Dall'art. 140-*quater*, comma 1°, cod. cons. – letto unitamente all'art. 140 *ter*, comma 1°, lett. f), cod. cons. – si evince che enti legittimati a promuovere le azioni rappresentative (nazionali) «innanzi al giudice italiano» sono «le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'articolo 137» dello stesso codice e «gli organismi pubblici indipendenti nazionali di cui all'articolo 3, numero 6), del regolamento UE 2017/2394» (38), che, a tal fine, ne facciano apposita richiesta.

Per quanto riguarda le azioni rappresentative transfrontaliere, il nostro legislatore si è mosso, invece, in due direzioni.

In primo luogo, l'art. 140-*quater*, comma 1°, cod. cons. dispone che legittimati a promuovere le azioni rappresentative «innanzi al giudice italiano» sono anche «gli enti designati in un altro Stato membro e iscritti

---

(34) V. art. 3, n. 6, dir. UE 2020/1828.

(35) V. art. 3, n. 7, dir. UE 2020/1828.

(36) Sul punto, cfr. anche G. De Cristofaro, *Azioni "rappresentative" e tutela*, cit., 1028.

(37) V., infatti, art. 4, par. 3, dir. UE 2020/1828.

(38) L'attribuzione della legittimazione ad agire a detti organismi, non ha mancato di destare riflessioni critiche in dottrina. Ancor prima dell'approvazione definitiva del d.lgs. n. 28/2023, v., infatti, R. Donzelli, *Brevi considerazioni*, cit., 6, secondo il quale si tratta di «una scelta dubbia sul piano della legittimità costituzionale, poiché tali soggetti sono titolari di autonomi poteri sanzionatori nei confronti della parte professionale, sicché pare che la norma si ponga in contrasto col principio di parità delle armi e di uguaglianza delle parti davanti ad un giudice terzo e imparziale previsto dall'art. 111, comma 2, Cost.», nello stesso senso, v. F. De Dominicis, *La nuova "class action europea"*, cit., § 2, c); A. Di Landro, *Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori*, cit., 992. In proposito, v., altresì, G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.*, cit., 38 ss., che, in forza di considerazioni non del tutto coincidenti, arriva comunque ad esprimere perplessità sulla «opportunità» e sulla «utilità» di questa scelta legislativa; in precedenza, v., pure, Id., *Azioni "rappresentative" e tutela*, cit., 1041.

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

nell'elenco elaborato e pubblicato dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 5, paragrafo 1, comma 2, della direttiva (UE) 2020/1828 (...)» (39).

In secondo luogo, come appunto richiesto dalla direttiva, il legislatore ha provveduto a designare, dal canto suo, quelli che sono gli enti italiani legittimati ad intentare le azioni rappresentative «negli altri Stati membri» (40).

Come risulta dall'art. 140-*quinquies*, commi 1° e 2°, cod. cons., la legittimazione è stata, così, riconosciuta alle «associazioni iscritte nell'elenco previsto dall'articolo 137» e ad altri «enti», alla condizione che – tanto le une quanto gli altri – richiedano l'iscrizione nella nuova «sezione speciale» all'uopo istituita all'interno dello stesso elenco di cui all'art. 137 cod. cons. (41).

L'ottenimento della suddetta iscrizione è, tuttavia, subordinata al possesso degli specifici requisiti elencati nel comma 2° dell'art. 140-*quinquies* cod. cons., che corrispondono, sostanzialmente, ai criteri ai quali l'art. 4, par. 3, dir. UE 2020/1828 imponeva agli Stati membri di conformarsi (42).

Si ricorda, infine, che tra gli enti legittimati a proporre azioni rappresentative transfrontaliere vi sono anche «gli organismi pubblici indipendenti di cui all'articolo 3, numero 6), del regolamento UE 2017/2394 (...) che facciano richiesta di essere legittimati» (cfr. art. 140-*quinquies*, comma 3°, cod. cons.) (43).

---

(39) Come ricorda, di recente, A. Giussani, *Considerazioni sul rapporto*, cit., 453 s., con la «soppressione dell'art. 139, c. 2, non era più contemplata dall'ordinamento (...) alcuna disposizione attuativa della Direttiva 2009/22/CE, nella parte in cui questa imponeva di attribuire la legittimazione all'azione inibitoria di illeciti intracomunitari di rilevanza consumeristica ai soggetti a ciò legittimati in altri Stati Membri: la soppressione (...) aveva dunque prodotto l'effetto di concretizzare un'inequivocabile infrazione». L'a. evidenzia, pertanto, che la reintroduzione della «legittimazione dei soggetti appartenenti ad altri Stati membri nel contesto della disciplina consumeristica, ha (...) sanato detto *vulnus* (...)».

(40) Cfr. art. 140-*quater*, comma 2°, cod. cons.

(41) Per quanto concerne le «modalità con le quali la sezione speciale (...) è resa pubblica, nonché le procedure per la presentazione della richiesta di iscrizione e della documentazione idonea ad attestare il possesso» dei requisiti di cui si è detto nel testo, v. il decreto del Ministero delle imprese e del *made in Italy* 26 luglio 2023, adottato in attuazione dell'art. 140-*quinquies*, comma 4°, cod. cons. (da cui sono tratte le parole riportate qui tra virgolette).

(42) Sul punto cfr., altresì, A. Di Landro, *Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori*, cit., 992; G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.*, cit., 34. La disciplina di cui all'art. 140-*quinquies*, comma 2°, cod. cons. va, comunque, integrata con quella prevista dall'art. 3, comma 2°, d.m. 26 luglio 2023, cit.; ivi, infatti, è specificamente indicata la documentazione che deve essere allegata alla domanda d'iscrizione nella sezione speciale, ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di cui nel testo.

(43) V., altresì, art. 8 d.m. 26 luglio 2023, dedicato alla «legittimazione degli organismi pubblici indipendenti e delle associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 del codice del

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

5. – Tra le pieghe delle scelte legislative operate in punto di legittimazione ad agire, non si può fare a meno di scorgere alcune criticità.

Procedendo per punti, da un mero confronto tra le disposizioni emerge, innanzitutto, che i criteri stabiliti dall'art. 137 cod. cons. – espressamente richiamati dall'art. 140-*quater*, comma 1°, cod. cons. attraverso il riferimento alle associazioni iscritte nell'elenco ivi disciplinato – sono più selettivi di quelli elencati nel comma 2° dell'art. 140-*quinquies* cod. cons. (44).

Il risultato che ne deriva è, così, un vero e proprio «paradosso», visto che la possibilità di agire innanzi al giudice italiano è più ampia per un ente di un altro Stato membro piuttosto che per un'associazione consumeristica italiana (45).

Sembra, allora, ravvisabile, *in parte qua*, un profilo di illegittimità costituzionale della disciplina per manifesta irragionevolezza. Ed invero, poiché le predette associazioni incontrano una restrizione dell'accesso alla giustizia maggiore rispetto a quella cui vanno incontro gli altri enti parimenti legittimati ad agire nelle stesse situazioni, pare apprezzarsi anche una ingiustificata disparità di trattamento (46).

Non solo.

---

consumo». Il primo comma prevede, in particolare, che «gli organismi pubblici indipendenti che intendono essere legittimati a esperire azioni rappresentative nazionali e transfrontaliere trasmettono la relativa comunicazione sottoscritta digitalmente dal legale rappresentante alla Direzione generale del Ministero». Secondo G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.*, cit., 39 s., dalla disposizione appena richiamata «si evince (...) che l'attribuzione all'«organismo pubblico indipendente» della legittimazione a proporre azioni rappresentative consegue non tanto (come parrebbe suggerire la formulazione testuale del c.cons.) al formale accoglimento, da parte del Ministero, di una apposita "richiesta" formulata in tal senso dall'organismo (...), bensì (...) alla mera manifestazione unilaterale della volontà dell'ente di essere investito della legittimazione ad agire, affidata ad un'apposita "comunicazione" (...)». Non sembra, tuttavia, che questa differenza terminologica vada eccessivamente enfatizzata. Ed infatti, a detta comunicazione dell'organismo segue, comunque, da parte della stessa Direzione del Ministero, una successiva «comunicazione» (cfr. art. 8, comma 5°) relativa alla «avvenuta legittimazione» (formula, quest'ultima, che si rinviene al successivo comma 6° del medesimo art. 8). Inoltre, nello stesso art. 8, al comma 4°, compare il diverso termine «istanza» in relazione alla rinuncia alla legittimazione.

(44) In dottrina, cfr., altresì, R. Donzelli, *Brevi considerazioni*, cit., 5; G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.*, cit., 36 s.

(45) Cfr. R. Donzelli, *Brevi considerazioni sullo schema*, cit., 6. Più di recente, v. anche G. De Cristofaro, *op. loc. ult. cit.*; F. De Dominicis, *La nuova "*class action europea*"*, cit. § 2, b.

(46) Dal canto suo, G. De Cristofaro, *op. ult. cit.*, 37, parla di «una disparità di trattamento intrinsecamente illogica e palesemente contrastante con la *ratio* europea», atteso che – come osserva in nota 55 – la direttiva non autorizza «certo a subordinare la concessione della legittimazione all'esercizio di azioni rappresentative nazionali a presupposti *più*

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

Per le ragioni di cui sopra, i criteri di cui all'art. 137 cod. cons., «utilizzati» dal legislatore italiano «per designare un ente in qualità di ente legittimato al fine di intentare azioni rappresentative nazionali» non appaiono neppure «coerenti con gli obiettivi della (...) direttiva di renderne efficace ed efficiente il funzionamento» (47).

Emerge, allora, sotto questo profilo, anche un dubbio di compatibilità con quanto richiesto dalla dir. UE 2020/1828.

La via più ragionevole da seguire era quella suggerita dallo stesso legislatore europeo, ovvero – come già accennato – estendere alle azioni nazionali l'applicazione degli stessi criteri individuati per quelle transfrontaliere (48). In alternativa, avrebbero potuto essere utilizzati i criteri stabiliti dall'art. 3, d.m. Giustizia 17 febbraio 2022, n. 27, ai fini dell'iscrizione nel diverso elenco di cui all'art. 840-*bis*, comma 2°, c.p.c., che, comunque, appaiono meno selettivi di quelli *ex* art. 137 cod. cons.

Deve, infine, aggiungersi un'ulteriore e, per certi versi, *a contrario* connessa considerazione.

Non può, infatti, passare inosservato che per le associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. il possesso dei requisiti previsti dall'art. 140-*quinquies*, comma 2°, cod. cons. non è sufficiente per ottenere l'iscrizione nella nuova sezione speciale (49); e ciò, a differenza di quanto richiesto, invece, per gli altri «enti» parimenti legittimati ad agire in via transfrontaliera.

Il che implica, in buona sostanza, che per quelle stesse associazioni appare più difficile attivare il nuovo rimedio anche in altri Stati membri.

---

rigorosi e restrittivi rispetto a quelli contemplati dalla stessa (...) per l'esercizio delle azioni transfrontaliere».

(47) Le parole tra virgolette sono tratte dall'art. 4, par. 4, dir. UE 2020/1828.

(48) Questa soluzione era stata auspicata da R. Donzelli, *Brevi considerazioni*, cit., 5, che opportunamente sottolineava l'esistenza di «un'eccezionale varietà di condizioni di accesso al giudizio».

(49) Cfr., in particolare, art. 7, comma 2°, d.m. 26 luglio 2023: «Nel caso di cancellazione o di sospensione, ai sensi del decreto del Ministro dello sviluppo economico 21 dicembre 2012, n. 260, di un'associazione iscritta nell'elenco di cui all'art. 137 del codice di consumo, la Direzione generale del Ministero procede ad adottare il relativo provvedimento di cancellazione dell'ente legittimato della sezione speciale». Stante la mancata coincidenza tra gli uni e gli altri requisiti, non si vede, tuttavia, la ragione per la quale l'associazione debba essere cancellata anche dalla sezione speciale, laddove, in ipotesi, la cancellazione da quell'elenco sia stata determinata dal venir meno di un criterio che non trovi alcuna corrispondenza in quelli previsti dall'art. 140-*quinquies*, comma 2°, cod. cons. (si pensi, ad es., al criterio di cui all'art. 137, comma 2°, lett. c, cod. cons.).

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

6. – Fermo quanto osservato nei due paragrafi precedenti, il punto di maggior frizione tra la disciplina *ex* artt. 140-*ter* ss. cod. cons. e quella di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. si apprezza, *in parte qua*, nella nota esclusione dei singoli individui (*rectius*: consumatori) dal novero dei soggetti cui è attribuito il potere di proporre le nuove azioni.

Si tratta, dunque, di un profilo che, anche per le ragioni che si chiariranno nel prosieguo, merita di essere affrontato separatamente.

Ed infatti, la mancanza di un regime di legittimazione (anche) individuale non solo rischia seriamente di pregiudicare «il conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori», ma, a monte, si pone in una direzione contraria rispetto all'obiettivo di «migliorare l'accesso dei consumatori alla giustizia» (50).

I consumatori sono, così, costretti ad attendere che sia uno dei pochi enti legittimati ad attivarsi in loro vece. Ne deriva, allora, in forza di quanto osservato in precedenza, una drastica riduzione delle possibilità di tutela degli interessi collettivi dei consumatori (51).

In questa prospettiva, allora, non può non sorgere – quantomeno – il dubbio se il legislatore europeo richiedesse di procedere univocamente in questo senso.

Tre dati sembrano, in particolare, orientare verso una risposta negativa.

In primis, il fatto che gli Stati membri avrebbero, comunque, dovuto lasciare agli enti legittimati la possibilità di scegliere se avvalersi degli eventuali meccanismi nazionali esistenti (52). In secondo luogo, la legittimazione alla proposizione delle azioni rappresentative nazionali avrebbe potuto essere riconosciuta anche ad enti costituiti *ad hoc*, ovvero in relazione ad un'azione specifica (53).

In terzo luogo, la normativa europea prevedeva la possibilità di estendere l'ambito di applicazione del rimedio anche a «settori aggiuntivi» rispetto a quelli indicati nell'allegato I della direttiva (54).

Intrecciando i fili della trama, si può dire, pertanto, che l'esclusione della legittimazione ad agire in capo ai singoli individui non fosse necessaria (55); e ciò, si aggiunge, non anche – quantomeno – nell'ipotesi in cui a

---

(50) Obiettivi, quelli indicati tra virgolette nel testo, pur perseguiti dalla dir. UE 2020/1828: cfr., infatti, art. 1, par. 1.

(51) In senso critico rispetto alla esclusione *de quo*, v., in particolare, R. Donzelli, *Brevi considerazioni*, cit., 4; F. De Dominicis, *La nuova "*class action *europea"*, cit., § 2, a.

(52) Cfr. considerando n. 11 e art. 1, par. 3, dir. UE 2020/1828.

(53) Cfr. considerando n. 28 e art. 4, par. 6, dir. UE 2020/1828.

(54) Cfr. considerando n. 18 e art. 1, par. 2, dir. UE 2020/1828.

(55) In tal senso v., altresì, R. Donzelli, *Brevi considerazioni*, cit., 3 s., il quale, richia-

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

questi soggetti sia riconosciuto il potere d'agire ai fini dell'esperimento del preesistente meccanismo collettivo nazionale.

7. – Ciò detto in linea generale, vi sono, dunque, gli elementi principali per affrontare, più da vicino, le problematiche legate alla coesistenza tra le azioni di nuovo conio e quelle collettive di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c.

Come accennato (56), la disposizione che sembra farsi carico dell'esigenza di coordinare i suddetti rimedi è l'art. 140-*ter*, comma 2°, secondo periodo, cod. cons. Qui si stabilisce, infatti, che, nel caso di violazioni, da parte del professionista, delle disposizioni di cui all'allegato II-*septies*, che ledono o possono ledere interessi collettivi dei consumatori, «gli enti legittimati non possono agire con l'azione di classe prevista dal titolo VIII-*bis* del libro IV del codice di procedura civile».

Ragionando in termini positivi, la norma pone, chiaramente, in capo agli enti legittimati di cui si è detto in precedenza (57), l'obbligo di proporre l'azione rappresentativa nelle ipotesi rientranti nello specifico ambito di applicazione della nuova disciplina del codice del consumo (58).

Emerge, così, in prima battuta, che la soluzione così individuata non si pone in linea con quella indicata dalla direttiva. Basti ricordare, infatti, che secondo quest'ultima agli enti legittimati dovrebbe essere lasciata la discrezionalità di decidere se ricorrere al meccanismo nuovo o a quello/i eventualmente preesistente/i (59).

Pertanto, introdotta una nuova *species* di azione collettiva, la disposizione consumeristica avrebbe dovuto, semmai, stabilire che gli enti legittimati «possono *anche* agire con l'azione di classe prevista dal titolo VIII-*bis* del libro IV del codice di procedura civile».

In ogni caso, nonostante la sua apparenza chiarezza o, meglio ancora, a causa della sua eccessiva precisione, la disposizione *de quo* finisce per porre, all'attenzione dell'interprete, più problemi interpretativi di quanti – forse – ne risolva espressamente.

---

mando i considerando nn. 11 e 28, nonché l'art. 4, par. 6, dir. UE 2020/1828, suggeriva «di estendere la legittimazione ad agire per la tutela collettiva domestica ai singoli consumatori componenti della classe»; F. De Dominicis, *La nuova "*class action *europea"*, cit., § 2, a.

(56) V. *retro*, nota 21.

(57) Alla luce della definizione di «ente legittimato» di cui all'art. 140 *ter*, comma 1°, lett. d), cod. cons., il riferimento dovrebbe qui intendersi a tutti gli enti legittimati all'esperimento di azioni rappresentative, nazionali e transfrontaliere.

(58) In termini di vero e proprio «obbligo» si esprime, in proposito, anche B. Zuffi, *sub* art. 140-*ter*, cit., 1176.

(59) Cfr. *retro*, nota 52.

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

Posto, infatti, l'esplicito riferimento alla sola «azione di classe», ci si chiede, innanzitutto, se dal suo ambito di applicazione debba o meno considerarsi esclusa l'azione inibitoria collettiva di cui all'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. Detto in altri termini, il punto è se gli enti legittimati possano, in quelle stesse ipotesi, agire con l'azione inibitoria del codice di rito piuttosto che con l'azione rappresentativa (60).

Al riguardo, le strade percorribili sono, ovviamente, due: *tertium non datur*.

Se ci si attiene alla pura lettera della legge, la conclusione cui si perviene è quella di ritenere che ai soggetti legittimati ad intentare l'azione rappresentativa non sia preclusa la possibilità di ricorrere, in via alternativa, all'azione *ex* art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. (61).

Di contro, tuttavia, non mancano neppure argomenti a favore della tesi opposta.

E così, il richiamo dell'intero «titolo VIII-*bis* del libro IV del codice di procedura civile» – senza, cioè, escludere espressamente l'art. 840-*sexiesdecies*, c.p.c. (62) – potrebbe indurre a pensare che il riferimento alla «azione di classe» sia, in buona sostanza, un mero *lapsus calami*; con la conseguenza che il divieto d'agire *ex* artt. 840-*bis* ss. c.p.c. riguarderebbe, pertanto, anche l'azione inibitoria collettiva.

Una siffatta soluzione interpretativa sarebbe, a ben vedere, più coerente con la specialità che connota il nuovo rimedio, contribuendo, al tempo stesso, a conferire alla disposizione in esame una sua maggiore razionalità.

A ciò si aggiunga che sarebbe, altresì, compatibile con la logica di fondo che ispira l'art. 840-*sexiesdecies*, comma 10°, c.p.c. Ed infatti, non sembra potersi dubitare che tra le «leggi speciali» cui si riferisce la disposizione appena menzionata siano, ora, da includere anche gli stessi artt. 140-*ter* ss. cod. cons. Dunque, muovendo da una lettura congiunta e

---

(60) Rileva espressamente la questione anche B. Zuffi, *sub* art. 140-*ter*, cit., 1176.

(61) G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.*, cit., 46, dopo aver richiamato il testo dell'art. 140-*ter*, comma 2°, cod. cons., osserva, infatti, che «preclude agli "enti legittimati" soltanto la proposizione dell'azione (risarcitorio/restitutoria) di classe di cui all'art. 840-*bis* e non l'azione inibitoria di cui all'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.».

(62) Non a caso, la dottrina non ha mancato di sottolineare l'ambiguità della formula legislativa, proprio in forza del fatto che «in tale titolo sono in realtà contemplati due rimedi: l'azione di classe (artt. 840-*bis* ss. c.p.c.) e l'azione inibitoria collettiva (art. 840-*sexiesdecies*)»: cfr., infatti, B. Zuffi, *sub* art. 140-*ter*, cit., 1176, secondo cui sarebbe, invero, «del tutto impervio cercare di giustificare la preclusione in parola (sia che la si ritenga circoscritta alle sole azioni di classe sia che la si estenda ad entrambi i procedimenti collettivi disciplinati nel cit. titolo VIII-*bis*)».

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

sistematica dell'art. 840-*sexiesdecies*, comma 10°, c.p.c. e dell'art. 140-*ter*, comma 2°, secondo periodo, cod. cons., si potrebbe ritenere che, a fronte della violazione delle disposizioni di cui al nuovo allegato II-*septies*, gli enti legittimati non possano agire *ex* art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., ma debbano proporre l'azione rappresentativa inibitoria *ex* art. 140-*octies* cod. cons.

Tutt'altro che secondario risulta, invero, anche l'ulteriore quesito che solleva la disposizione consumeristica.

Ed infatti, il suo testo fa sorgere il dubbio se – esclusi, appunto, gli enti legittimati – altri e diversi soggetti possano, invece, agire *ex* artt. 840-*bis* ss. c.p.c. nel caso di violazioni delle disposizioni di cui all'allegato II-*septies* del codice del consumo (63). Si allude qui, evidentemente, alle associazioni ed organizzazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 840-*bis*, comma 2°, c.p.c., nonché ai singoli individui, ovvero ai soggetti che sono legittimati a proporre l'azione di classe e l'inibitoria collettiva.

Alla luce di quanto osservato nelle pagine precedenti, tale dubbio deve essere sciolto, ad avviso di scrive, in senso affermativo (64).

Con il supporto dello stesso legislatore, sarebbe, così, possibile recuperare, in via interpretativa, proprio la legittimazione ad agire del singolo consumatore anche nelle materie che rientrano nell'ambito di applicazione speciale del nuovo rimedio. Un risultato, quello appena indicato, che, oltre ad essere compatibile con la stessa direttiva, contribuirebbe realmente al conseguimento di una effettiva ed efficace tutela giurisdizionale degli interessi collettivi dei consumatori, specie in riferimento agli illeciti di rilevanza locale e non nazionale.

Vi è, poi, un ulteriore profilo di cui, più in generale, occorre tenere conto.

Ed infatti, qualora si accedesse all'altra opzione ermeneutica, «l'esito del recepimento della direttiva (...) sarebbe a dir poco paradossale», poiché «le possibilità di attivare mezzi processuali di tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pregiudicati da condotte tenute in violazione

---

(63) V., altresì, G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.*, cit., 45 s.

(64) In tal senso, v., altresì, G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.*, cit., 46 s., in forza sia dell'«argomento letterale», sia delle ulteriori considerazioni che saranno a breve richiamate nel testo; nonché, adesivamente, E. Camilleri, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto*, cit., 445, nota 36. Pur senza porsi *ex professo* la questione, cfr. anche A. Di Landro, *Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori*, cit., 999 (v., pure, Id., *I meccanismi di ricorso collettivo*, cit., 680), ove scrive che «(...) in quelle materie le associazioni dei consumatori potranno esclusivamente far ricorso alla procedura collettiva di matrice europea, mentre i singoli consumatori avranno la possibilità di avvalersi dell'azione di classe contemplata dal c.p.c.».

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

delle disposizioni riportate nell'Allegato, sarebbero più ridotte (...) rispetto a quelle sussistenti anteriormente al recepimento (...), e soprattutto (...) rispetto alle possibilità sussistenti per la tutela di interessi collettivi di soggetti diversi dai consumatori, nonché (...) di interessi collettivi dei consumatori pregiudicati da condotte tenute in violazione di disposizioni diverse da quelle elencate nell'Allegato» (65).

8. – Quelle sopraindicate non sono, tuttavia, neppure le uniche questioni che derivano dall'imperfetto coordinamento legislativo tra le une e le altre azioni. A ben vedere, infatti, in forza delle suddette osservazioni, vi è un'altra problematica che lo stesso art. 140-*ter*, comma 2°, secondo periodo, cod. cons. contribuisce a rendere più impellente.

Se si ammette – come, ad avviso di scrive, appare preferibile – la proposizione dell'azione di classe e/o dell'inibitoria collettiva, da parte dei soggetti all'uopo legittimati, anche nelle materie che ricadono nell'ambito di applicazione delle azioni rappresentative, aumentano le possibilità che, a fronte di uno stesso illecito, si venga a determinare la contemporanea pendenza di giudizi collettivi diversi (66). E discorso analogo vale, *mutatis mutandis*, anche laddove si ritenga, alla luce di una interpretazione meramente letterale, che l'art. 140-*ter*, comma 2°, secondo periodo, cod. cons., riguardi solo l'azione di classe e non anche quella inibitoria collettiva (67).

Si tratta, allora, di vedere come si possa ovviare al rischio che si svolgano giudizi collettivi differenti relativi alla stessa condotta e nei confronti del medesimo resistente.

La soluzione di tale questione è più complessa e articolata di quanto possa sembrare *prima facie*, perché mette in gioco una serie di profili da tenere in considerazione.

La mancanza di indicazioni espresse sul punto – aggravata dal silenzio del legislatore sull'annosa problematica dei limiti soggettivi del giudicato collettivo (68) – richiede, pertanto, di procedere con estrema cautela.

---

(65) Cfr. G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.*, cit., 47.

(66) Si pensi, ad esempio, al caso in cui agiscano parallelamente, avverso il medesimo professionista, tanto un'associazione dei consumatori iscritta nell'elenco *ex* art. 137 cod. cons. con l'azione rappresentativa – posto che abbia, altresì, richiesto di essere a tal fine legittimata – quanto il singolo consumatore con l'azione di classe o con l'inibitoria collettiva.

(67) Il caso potrebbe essere, pertanto, quello di due associazioni, parimenti legittimate *ex* art. 140-*quater* cod. cons., nonché *ex* artt. 840-*bis* ss. c.p.c., che propongano, rispettivamente, un'azione rappresentativa e un'azione inibitoria collettiva.

(68) Come noto, la questione è discussa sin dalle origini del dibattito degli anni Settanta sul tema della tutela collettiva. Non essendo possibile, in questa sede, affrontare la proble-

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

In questa sede, si cercherà soltanto di offrire alcuni spunti di riflessione sulla problematica evidenziata.

Si può dire, innanzitutto, che la paventata ipotesi di plurimi e diversi giudizi collettivi può essere scongiurata, *ex ante*, grazie al sistema di pubblicità previsto – per il ricorso introduttivo e per il decreto di fissazione dell'udienza – dagli artt. 840-*ter*, comma 2°, c.p.c. e 140-*septies*, comma 6°, cod. cons. (ma v., altresì, art. 140-*undecies*, cod. cons.).

Questo strumento, tuttavia, non sarebbe completamente risolutivo del problema per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo, è pur possibile che, prima della pubblicazione dei suddetti atti nell'area pubblica dell'apposito portale dei servizi telematici, siano parallelamente depositati un ricorso *ex* art. 140-*ter* ss. cod. cons. ed uno *ex* artt. 840-*bis* ss. c.p.c. In secondo luogo, occorre considerare che, per l'azione inibitoria collettiva, l'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. non prevede espressamente una disposizione analoga a quella dettata per l'azione di classe dall'art. 840-*ter*, comma 2°, c.p.c.

Da quanto sopra, emerge, pertanto, l'esigenza di comprendere come, eventualmente, si possa intervenire *ex post*.

Al riguardo, è opportuno procedere per gradi.

Alla luce di quanto si è detto in precedenza, nelle ipotesi che appaiono più probabili, i diversi tipi di procedimenti collettivi hanno in comune la *causa petendi* – *i.e.*, appunto, la stessa condotta illecita (69) – e la parte resistente. Stante la mancata coincidenza di tutti gli elementi identificativi della domanda, risulterebbe, dunque, preclusa la via dell'applicazione degli artt. 39 e 273 c.p.c., tradizionalmente concepiti per le azioni individuali.

Non a caso, infatti, l'art. 840-*quater* c.p.c. detta una disciplina *ad hoc* per impedire che più azioni di classe siano promosse «sulla base dei medesimi fatti e nei confronti del medesimo resistente» (70). Invero, anche le previsioni di cui all'art. 140-*bis*, comma 14°, secondo e terzo periodo, cod. cons. rispondevano alla medesima esigenza.

---

matica, si rinvia – per un quadro generale sulle diverse opzioni ricostruttive emerse in dottrina – a R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale*, cit., spec. 246 ss. e 459 ss.

(69) Il riferimento è, dunque, alla violazione delle disposizioni di cui all'allegato II-*septies* del codice del consumo.

(70) Come osserva chiaramente C. Consolo, *Artt. 840*-bis - *840*-sexiesdecies, cit., 18: «La *ratio* è quella di evitare il proliferare di azioni di classe relative al medesimo episodio socio-economico di fondo, incentivando l'adesione all'azione già pendente, piuttosto che l'introduzione di una nuova azione. La quale nuova azione, comunque, non può dirsi inammissibile per litispendenza, che presuppone l'identità di oggetto (il diritto di ciascun ricorrente è invece, ovviamente, diverso) e di parti tra i due giudizi. Di qui la necessità di apposita disciplina».

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

Sembra, allora, opportuno rivolgere il nostro sguardo proprio all'art. 840-*quater* c.p.c., al fine verificare se possa o meno contribuire anche alla soluzione della questione *de quo* (71).

Procedendo in questa direzione, va evidenziato, in via preliminare, che l'art. 140-*novies*, comma 2°, cod. cons. prevede espressamente che alle azioni rappresentative volte ad ottenere provvedimenti compensativi «si applicano gli articoli da 840-*quater* a 840-*terdecies* e l'articolo 840-*quinquiesdecies* del codice di procedura civile, in quanto compatibili».

Da qui deriva, pertanto, una prima suggestione: fra azioni di classe *ex* artt. 840-*bis* ss. c.p.c., da un lato, e fra azioni rappresentative *ex* art. 140-*novies* cod. cons., dall'altro, potrebbe applicarsi la disciplina dettata dall'art. 840-*quater* c.p.c.

Si può svolgere, infatti, il seguente ragionamento.

A ben vedere, nelle ipotesi in questione tanto il giudizio di classe quanto il giudizio rappresentativo in cui siano chiesti provvedimenti compensativi, hanno, sostanzialmente, il medesimo oggetto: i diritti individuali dei consumatori lesi dalla condotta posta in essere dal professionista in violazione delle disposizioni di cui all'allegato II-*septies* del codice del consumo. In altri termini, si tratta – secondo la terminologia ormai fatta propria dal nostro legislatore – dei «diritti individuali omogenei» (72). Una nozione, quella di «omogeneità», presente nell'attuale disciplina dell'azione

---

(71) In senso dubitativo, cfr., espressamente, B. Zuffi, *sub* art. 140-*ter*, cit., 1176, la quale, pur rilevando che «la stessa condotta illecita potrebbe dar luogo a tipologie differenti di procedimenti collettivi a seconda che ad assumere l'iniziativa sia l'uno piuttosto che l'altro soggetto legittimato», osserva che «a prevenire queste difficoltà» non «sembra possa essere d'aiuto l'art. 840-*quater* c.p.c., che viene sì richiamato per le azioni rappresentative compensative, ma è dubbio possa operare anche in caso di pluralità di azioni collettive di tipologie differenti (...)». Alla luce di quanto si dirà ora nel testo, a sommesso avviso di scrive, vi sarebbe una possibilità, sia pure limitata, di sciogliere il dubbio in senso affermativo.

(72) Per un quadro sulle opinioni avanzate sul concetto di «omogeneità» in relazione al previgente art. 140-*bis* cod. cons. v., di recente, R. Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 11 ss.; v., altresì, A. Amidei, *L'ammissibilità dell'azione di classe fra omogeneità dei diritti individuali azionati e garanzie di adeguata gestione del processo*, in Class action *ed azione collettiva*, cit., 79 ss. In proposito, con specifico riferimento alla nuova azione di classe, oltre a R. Donzelli, *op. cit.*, 17 ss., si può v. A. Giussani, *La riforma dell'azione di classe*, cit., 1573; Id., *Efficienza giusta*, cit., 35; C. Consolo, *L'azione di classe*, cit., 718, nota 4; P.F. Giuggioli, *L'azione di classe*, cit., 25 ss.; M. Costanza, *La omogeneità dei diritti individuali*, in Class action *ed azione collettiva*, cit., 105 ss., G. Caruso, *Contributo allo studio*, cit., spec. 139 ss.; B. Manfredonia, *La nuova legge*, cit., 1569 s.; M. Lorenzotti, *Azione di classe*, cit., 687 ss.; D. Amadei, *Nuova azione di classe*, cit., 1051 s.; A.C. Di Landro, *Ospitalità e omogeneità*, cit., 1266 s.

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

di classe (73), che si rinviene, espressamente, anche all'art. 140-*septies*, comma 8, lett. c), cod. cons.

Se, dunque, entrambi i giudizi – seppur diversi – mirano, a fronte del medesimo illecito, alla tutela giurisdizionale dei medesimi diritti e riguardano, potenzialmente, la stessa classe di soggetti danneggiati, non sembrano frapporsi particolari ostacoli ad ammettere che nel caso di contemporanea pendenza tra un'azione di classe *ex* artt. 840-*bis* ss. c.p.c. e un'azione rappresentativa *ex* art. 140-*novies* cod. cons. – proposte «sulla base degli stessi fatti e nei confronti del medesimo resistente» – possa applicarsi, quantomeno in via analogica, l'art. 840-*quater*, comma 1°, c.p.c.

La conseguenza della soluzione prospettata sarebbe, così, la riunione dei procedimenti davanti allo stesso giudice (74).

Le differenze in punto di rito esistenti tra i due giudizi sarebbero, peraltro, superate in forza dell'adozione del nuovo rito semplificato di cognizione *ex* artt. 281-*decies* ss. c.p.c. anche per l'azione di classe (75).

Resta fermo, tuttavia, che la riunione non sarebbe, comunque, una soluzione sempre adeguata o, comunque, soddisfacente, poiché alla luce dell'ampia nozione di «provvedimento compensativo» che si rinviene all'art. 140-*ter*, comma 1°, lett. h), cod. cons., l'azione rappresentativa potrebbe avere un *petitum* immediato diverso dalla mera condanna al risarcimento del danno e/o alle restituzioni.

Per quanto concerne, invece, i rapporti tra l'azione inibitoria collettiva *ex* art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. e l'azione rappresentativa inibitoria *ex* art. 140-*octie*s cod. cons., occorre evidenziare che nessuna delle due disposizioni appena richiamate si occupa di dettare una disciplina specifica per l'ipotesi di una pluralità di azioni inibitorie proposte nei confronti del medesimo resistente.

Dunque, *a fortiori*, diviene ancor più problematico comprendere, in via interpretativa, come si possa intervenire tra più azioni inibitorie di tipo diverso. Peraltro, il legislatore ha scelto per i due giudizi *de quo* riti

---

(73) Cfr., in particolare, artt. 840-*bis*, comma 1°, e 840-*ter*, comma 4°, lett. b, c.p.c.

(74) Competente per entrambi i giudizi è la «sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo ove ha sede la parte resistente»: cfr., infatti, art. 840-*ter*, comma 1°, c.p.c. e art. 140-*septies*, comma 4°, cod. cons.

(75) Come noto, infatti, nello schema di decreto legislativo volto ad apportare correttivi al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, si prevedeva la modifica dell'art. 840-*ter*, comma 3°, c.p.c., nella parte in cui rinviava all'ormai abrogato rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. La predetta modifica è stata confermata dal recentissimo d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164 (v., infatti, art. 3, comma 8°, lett. v), che, al momento in cui si invia il presente articolo, non è ancora entrato in vigore.

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

piuttosto diversi (76), sicché un eventuale cumulo porrebbe, comunque, il problema di individuare quale sia il rito infine applicabile (77).

Per concludere le presenti riflessioni, vi è un'ulteriore ipotesi cui è opportuno rivolgere la nostra attenzione, ovvero quella della contemporanea pendenza di un'azione di classe con un'azione rappresentativa volta ad ottenere anche – o soltanto – provvedimenti inibitori.

In parte qua, l'interprete si trova a fare i conti con un dato positivo alquanto peculiare, visto che per lo stesso problema il nostro legislatore ha offerto due soluzioni diametralmente opposte (78).

Da un lato, infatti, l'art. 840-*sexiesdecies*, comma 9°, c.p.c. vieta il cumulo tra azione di classe ed azione inibitoria collettiva, imponendo al giudice di disporne la separazione laddove siano state proposte congiuntamente (79). Dall'altro, invece, l'art. 140-*septies*, comma 1°, cod. cons., in

---

(76) Ed infatti, per le azioni rappresentative si è optato per il nuovo rito semplificato di cognizione di cui agli artt. 281-*decies* ss. c.p.c. (cfr. art. 140-*septies*, comma 7°, cod. cons.); per l'azione inibitoria collettiva, il rito prescelto è, invece, quello camerale *ex* artt. 737 ss. c.p.c. (cfr. art. 840-*sexiesdecies*, comma 3°, c.p.c.). Una scelta, quella appena indicata, che ha destato critiche in dottrina: v., tra gli altri, G. Basilico, *L'inibitoria collettiva*, cit., 130 ss.; A. Carratta, *I nuovi procedimenti collettivi*, cit., 2300; C. Consolo, *Artt. 840*-bis - *840*-sexiesdecies, cit., 57; A. Tedoldi, G.M. Sacchetto, *La nuova azione inibitoria*, cit., spec. 247 ss.; D. Amadei, *La nuova azione*, in Class action. *Commento sistematico*, cit., 236 s.; E. Dalmotto, *Note a prima lettura*, cit., 15 s.; A.D. De Santis, *L'azione inibitoria: profili processuali*, in Class action *ed azione collettiva*, cit., 281; in una posizione più moderata, v., invece, R. Tiscini, *Tutela inibitoria*, cit., 363.

(77) Affrontando il problema del cumulo tra le nuove azioni rappresentative e le azioni collettive del codice di rito, A. Giussani, *Considerazioni sul rapporto*, cit., 468 s., osserva che «il d.lgs. n. 28 ha preferito rifiutare che alle azioni collettive consumeristiche fosse applicabile il regime del procedimento secondo modalità informali e non predeterminate: nel nuovo art. dagli artt. 140-*septies*, c. 7, c.cons., è espressamente richiamata la disciplina del rito semplificato, e la scelta trova ulteriore indiretta conferma nel richiamo, ad opera del nuovo art. 140-*octies*, c. 3, c.cons. (...) dei soli cc. "dal quarto al quattordicesimo" dell'art. 840-*quinquies* (...); in compenso, non si rinviene alcun richiamo all'art. 840-*sexiesdecies*, c. 9, c.p.c. che permetta di impedire il cumulo di azioni inibitorie e risarcitorie (o compensative che dir si voglia), alla mera condizione che non avvenga tramite intervento volontario (...)». Da qui – ai fini ora d'interesse – l'a. ritiene che «le azioni collettive inibitorie del codice di rito appaiono (...) senz'altro cumulabili» con le azioni collettive consumeristiche inibitorie, «con applicazione del rito semplificato ai sensi dell'art. 40, c. 3, c.p.c., (...) non ostandovi neppure alcun richiamo al divieto di conversione *ex* art. 840-*ter*, c. 3, c.p.c. (...)». Nelle ipotesi prese in considerazione in queste riflessioni, un'eventuale applicazione dell'art. 40 c.p.c. non sembrerebbe, tuttavia, risolutiva del problema, perché postulerebbe la sussistenza di una connessione *ex* artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c. tra i diversi giudizi collettivi.

(78) Non a caso, infatti, prima del recepimento della direttiva, autorevole dottrina aveva suggerito di «estendere la soluzione europea a tuti gli ambiti della tutela collettiva»: R. Donzelli, *Brevi considerazioni*, cit., 8.

(79) Si tratta di una soluzione che, sia pure non sempre sulla base di motivazioni del

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

linea con quanto previsto dalla dir. UE 2020/1828 (80), consente agli enti legittimati di richiedere, all'interno di un unico giudizio, l'adozione di provvedimenti sia compensativi che inibitori (81).

Anche a prescindere dal venir meno delle differenze esistenti tra i due giudizi – di classe e rappresentativo – sotto il profilo del rito applicabile, sembra dunque difficile orientarsi in un senso piuttosto che in un altro (82). Ed invero, sulla questione potrebbe giocare un ruolo tutt'altro che irrilevante anche la premessa ricostruttiva accolta dal singolo interprete in ordine all'annoso problema dell'oggetto del giudizio collettivo inibitorio (83).

---

tutto coincidenti, è stata criticata in dottrina: v., tra gli altri, R. Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 27 s.; A. Carratta, *I procedimenti collettivi*, cit., 2300; D. Amadei, *Nuova azione di classe*, cit., 1089 s.; A. Tedoldi, G.M. Sacchetto, *La nuova azione inibitoria*, cit., 258 s. In senso favorevole, v., invece, M. Stella, *La nuova azione inibitoria*, cit., 1458 s. V., altresì, G. Basilico, *L'inibitoria collettiva*, cit., 140 s., che la definisce «necessaria» alla luce delle differenze esistenti tra i due giudizi sotto il profilo delle forme procedimentali. In proposito, v. pure A. Giussani, *Considerazioni sul rapporto*, cit., 467, il quale, anche alla luce dell'art. 840-*sexiesdecies*, comma 4°, c.p.c., osserva che «la necessaria separazione fra azione inibitoria collettiva ed azione di classe non si ricollega all'incompatibilità fra i riti, ma a quella fra la tutela collettiva inibitoria (e quindi indivisibile e indifferenziata) e quella ulteriore (risarcitoria, divisibile, differenziata) perseguita con l'azione di classe in senso proprio».

(80) Cfr., infatti, considerando n. 35, nonché art. 7, par. 5.

(81) A. Giussani, *Considerazioni sul rapporto*, cit., 467, ha sottolineato, di recente, la diversa prospettiva che caratterizza la dir. UE 1828/1828 rispetto a quella che contraddistingue l'art. 840-*sexiesdecies*, comma 9°, c.p.c. L'a scrive, al riguardo, che «l'equivocità dell'individuazione dell'oggetto della tutela induce il Considerando 35 ad indicare che il cumulo dell'azione collettiva inibitoria con quella risarcitoria possa senz'altro essere permesso (...)».

(82) Prima della modifica di cui si è detto *retro*, in nota 75, nel senso di ritenere che «le azioni di classe del codice di rito» non siano cumulabili «con le azioni collettive inibitorie o consumeristiche, entro però i limiti di compatibilità con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale a proposito del rito sommario di cognizione (e quindi senza potersi escludere del tutto che possa comunque talvolta imporsi la conversione del rito)», cfr. A. Giussani, *Considerazioni sul rapporto*, cit., 469.

(83) Per un quadro delle diverse opzioni ricostruttive emerse in relazione ai diversi strumenti di tutela collettiva inibitoria progressivamente introdotti nel nostro ordinamento, v. R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale*, cit., 505 ss.

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

DIRITTO PROCESSUALE COMPARATO E INTERNAZIONALE

JOAN PICÓ JUNOY
Professore ordinario nell'Università Pompeu Fabra di Barcellona

LE UDIENZE DI ASSUNZIONE DEI MEZZI DI PROVA DA REMOTO: UN APPROCCIO COMPARATO (ITALIANO, SPAGNOLO E STATUNITENSE) (1)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso italiano: l'esclusione delle udienze di assunzione dei mezzi di prova personale da remoto nel processo civile nella c.d. riforma Cartabia (d.lgs. 149/2022) e la sua diversa regolamentazione nel processo penale. – 3. Il caso spagnolo: la generalizzazione dell'assunzione delle prove a distanza con il RD-L. 6/2023. Critica. – 4. Il caso degli Stati Uniti: la riduzione degli scenari processuali virtuali. – 5. Rilievi conclusivi.

1. – È evidente che le nuove tecnologie incidono in tutti gli ambiti umani e tendono a rendere la vita più comoda e felice. Come è ovvio, il loro impatto sulla gestione processuale dei conflitti è indiscutibile. Sia in Italia, con la cd. riforma Cartabia del processo civile (d.lgs. n. 149/2022), sia in Spagna, con il RD-L 6/2023, del 17 dicembre 2023 (2), si è generalizzata la gestione informatizzata dei processi giudiziari, portandoci a ciò

(1) Per la realizzazione di questo studio ho potuto contare su una "*Ayuda a la investigación*" concessa dalla Fondazione Privata Manuel Serra Domínguez, alla quale sono grato per il loro impegno nella promozione dello studio del diritto processuale; ed è stato redatto durante il mio periodo di ricerca presso l'Università degli Studi di Bologna, da maggio a luglio 2024, grazie all'ospitalità del professor Mario Zoppellari; e presso la Stanford University, nell'aprile 2022, su invito dei professori George Fisher e David A. Sklansky. Su questo argomento ho avuto modo di riflettere nei miei studi *La virtual justice (o juicios online): ¿avance o retroceso?*, in *Aspectos críticos del Derecho Procesal: diálogos Hispano-Italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi*, a cura di J. Picó Junoy, Barcellona 2023, 189-204; e *La experiencia norteamericana de la Virtual Justice: no es oro todo lo que reluce*, in *Logros y retos de la Justicia Civil en España*, a cura di F. Jiménez Conde, J. Banacloche Palao e F. Gascón Inchausti, Valencia 2023, 719-728. Tutto questo percorso di ricerca è inserito nel Gruppo di Ricerca riconosciuto, consolidato e finanziato "*New Challenges of Procedural Law*" (2021SGR00991) della AGAUR; e nel Progetto I+D "*New Technological Challenges for Evidence Law*" (PID2020-115304GB-C21) del Ministero spagnolo della Scienza, dell'Innovazione e dell'Università, di cui l'investigatore principale è Joan Picó Junoy.

(2) Entrato in vigore il 20 marzo 2024.

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

che può essere definito il "processo civile telematico". Ma il futuro prossimo (o già presente) è nell'intelligenza artificiale che, come in qualsiasi altra sfera sociale, avrà un impatto anche sul processo giurisdizionale. Infatti, ad esempio in Spagna, il nuovo art. 57 RD-L 6/2023 prevede la possibilità di generare una bozza totale o parziale di una decisione giudiziaria complessa, basata su dati, che può essere prodotta da algoritmi, e che richiederà solo una successiva "convalida" da parte del giudice o del magistrato per essere pienamente valida (3).

In realtà le nuove tecnologie servono per quasi tutti gli atti processuali (4): non solo per quelli che integrano il citato processo telematico – permettendo il monitoraggio e il controllo dettagliato di tutta la "vita di un processo" (dall'inizio con l'atto di citazione fino alla completa esecuzione della sentenza) (5) – ma anche per semplificare molteplici atti processuali che devono essere eseguiti dall'ufficio giudiziario in cui non intervengono gli avvocati delle parti (ad esempio, la ricerca dei beni da pignorare) o se intervengono in realtà si tratta di atti tecnici (ad esempio, un'udienza per discutere un incidente di procedura, la richiesta di un provvedimento cautelare o l'opposizione all'esecuzione, che potrebbero essere effettuati per via telematica con gli avvocati). Tuttavia, ci sono spazi – o momenti processuali – in cui deve continuare a essere mantenuto il contatto diretto del giudice con le persone che chiedono la sua tutela

---

(3) Anche nell'ambito dell'Unione Europea si assiste allo sviluppo normativo dell'intelligenza artificiale applicata ai processi giurisdizionali. Un buon esempio è il nuovo "Regolamento sull'Intelligenza Artificiale", approvato dal Parlamento Europeo il 13 giugno 2024 (e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, del 12 luglio 2024), che nel punto 8 dell'allegato 3 fa riferimento all'IA applicata dall'amministrazione della giustizia come attività di alto rischio, nei seguenti termini: «Amministrazione della giustizia e processi democratici: a) i sistemi di IA destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti, o a essere utilizzati in modo analogo nella risoluzione alternativa delle controversie» (cfr. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689). Altro importante esempio è il recente documento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea intitolato "*Artificial Intelligence Strategy*" (cfr. https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-11/cjeu_ai_strategy.pdf), secondo cui l'IA può essere classificata in due tipologie principali: "AI in senso stretto" (nota anche come IA debole); e "AI in senso generale" (nota anche come IA forte). E il citato tribunale ha già emesso la sua prima sentenza sull'accesso giurisdizionale ai dati utilizzati dai sistemi algoritmici nei processi decisionali (sentenza del 7 dicembre 2023, ECLI:EU:C:2023:957).

(4) Come ottimo punto di riferimento sull'argomento mi permetto di segnalare l'opera completa curata da G. Ruffini, *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano 2019.

(5) Includendo qui tutto ciò che riguarda gli atti di comunicazione e notificazione giudiziale, deposito di atti o registrazioni audiovisive, consegna di pareri tecnici, ecc.

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

giudiziaria. E, senza dubbio, il più cruciale è quello della pratica della prova, in cui il giudice ha comunicazione diretta con le parti, i testimoni o i periti. In questo modo, si garantisce la massima efficacia epistemica delle prove personali, si protegge la massima efficacia del diritto di difesa e si mantiene la dovuta umanizzazione della giustizia (6).

E, a questo punto, è particolarmente interessante il diverso trattamento normativo che viene riservato a una stessa figura internamente, con riferimento al proprio stato, e internazionalmente, rispetto a paesi terzi. Internamente, il caso italiano è paradigmatico, con una regolamentazione circa la possibilità di assumere le prove personali in modo telematico, virtuale o da remoto, diversa a seconda che si tratti del processo civile o del processo penale: nel primo non sono ammesse, ma nel secondo sì. E a livello internazionale, il confronto con il caso spagnolo ci porta alla soluzione opposta a quella prevista nel processo civile italiano, cioè alla generalizzazione delle udienze di assunzione dei mezzi di prova a distanza. E se rivolgiamo lo sguardo altrove e andiamo al caso statunitense, notiamo come la proliferazione delle udienze di assunzione dei mezzi di prova da remoto in epoca Covid-19 e la sua posteriore critica hanno portato alla riduzione dei casi in cui sono ammesse tali udienze di assunzione dei mezzi di prova in maniera telematica (anche a causa delle peculiarità del sistema giudiziario statunitense data l'esistenza delle giurie popolari).

2. – La pandemia da Covid-19, per motivi di salute pubblica, ha portato a molte restrizioni degli spostamenti umani e a un aumento dell'uso delle piattaforme digitali per le comunicazioni tra i vari soggetti coinvolti in un processo. Ma una volta superata la pandemia, in Italia si è capito che era necessario tornare alla normalità per quegli atti probatori ispirati al principio dell'oralità, in modo tale da rendere il processo più equo, motivo per cui gli interrogatori dei testimoni e dei consulenti devono essere quindi condotti in presenza personale e diretta del giudice e non in modo telematico.

In questo senso, Carmine Punzi sottolinea che le normative emergenziali adottate a seguito della pandemia stanno diventando meno efficaci nel tempo (7), e sottolinea che il processo civile telematico non deve significare

---

(6) La stessa umanizzazione che deve esserci tra il medico che cura il suo paziente o tra il professore che insegna al suo discepolo. Nelle relazioni umane non dobbiamo avere paura di relazionarci tra pari, perché, come indica Bruno Cavallone, bisogna avere meno paura dell'errore umano che dell'infallibilità di una macchina (B. Cavallone, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, in questa *Rivista* 2022, 526).

(7) C. Punzi, *Sul processo civile telematico*, in questa *Rivista* 2022, 4.

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

la riduzione allo svolgimento da "remoto" di tutte le attività del processo, eliminando ogni rapporto tra i difensori e il giudice, cioè "non può essere cancellato nel nostro processo civile quel principio di oralità, che non connota solo una forma del processo, ma costituisce un altro grado di civiltà giuridica" ed è una garanzia del giusto processo (8). Allo stesso modo, la maggior parte della dottrina ritiene che dobbiamo mantenere lo sviluppo tecnologico raggiunto con la pandemia da Covid-19 e sfruttare tutto ciò che di buono ci offrono le risorse tecniche, digitali e virtuali, ma sempre senza alterare il sistema delle garanzie processuali, specialmente quello che deriva dal mantenimento dell'oralità e dal contatto del giudice con le persone che chiedono la sua tutela giurisdizionale (9).

E tutto ciò si è tradotto nel nuovo art. 127-*bis*, comma 1°, c.p.c., secondo il quale: «Lo svolgimento dell'udienza, anche pubblica, mediante collegamenti audiovisivi a distanza può essere disposto dal giudice quando non è richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice», e questo è il motivo dell'esclusione delle udienze di assunzione dei mezzi di prova a distanza, quando è necessaria la presenza dei testimoni e consulenti delle parti (10).

È importante questa norma non tanto perché tratta di un istituto del tutto nuovo o sconosciuto dal legislatore, ma perché è la prima volta che si cristallizza e si consacra all'interno del testo normativo del codice di procedura civile (11), sebbene, precedentemente alla riforma, si era già manifestata, la possibilità di consentire udienze di assunzione dei mezzi di prova a distanza in via eccezionale e sempre garantendo il rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio (12). In mancanza di precedenti giurisprudenziali che interpretino questa norma (13), sorprende

---

(8) C. Punzi, *op. cit.*, 7-8.

(9) Cfr. L. Piccininni, *Le nuove norme in tema di giustizia digitale*, in questa *Rivista* 2023, 1146; o A. Panzarola, *Aspetti della normativa emergenziale anti-Covid per il processo di cognizione*, in questa *Rivista* 2021, 1370.

(10) Questa norma deve essere integrata con il nuovo art. 196-*duodecies* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, che fissa le linee essenziali su come deve svolgersi l'udienza a distanza, ovvero: (a) la necessità di identificare le persone che partecipano all'udienza; (b) il divieto di connessione da parte di persone non legittimate o la proibizione della loro presenza nel luogo in cui avviene la connessione; (c) il dovere di mantenere sempre attiva la funzione video durante tutta l'udienza; e (d) il divieto di registrazione dell'udienza.

(11) G. Vitrani, *Le modalità alternative di svolgimento delle udienze*, in *Lezioni sul nuovo processo civile*, a cura di Eugenio Dalmotto, Torino 2023, 302.

(12) M. Gradi, *Le prove*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, Milano 2019, 554.

(13) Esistono recenti riferimenti giurisprudenziali su temi collaterali, come la sentenza

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

il fatto che la dottrina scientifica che ha iniziato a commentare il nuovo art. 127-*bis*, comma 1°, c.p.c. non abbia effettuato osservazioni circa la sua idoneità nel garantire, in questo modo, il diritto di difesa quando l'udienza orale è destinata all'assunzione delle prove personali (14); al contrario, troviamo opinioni a favore della celebrazione delle udienze a distanza (15), commenti che indicano che sono un'esperienza che dovrebbe essere sfruttata dopo la pandemia (16), o previsioni che è molto probabile che, dato il progresso delle nuove tecnologie, in modo graduale, sarà "ineluttabile" che le dichiarazioni testimoniali vengano finalmente effettuate anche in modo telematico (17). Ci sono però alcune importanti eccezioni, come quella di Paolo Biavati, secondo cui, in materia di assunzione delle prove, l'immediatezza diretta con il contatto personale tra il giudice e i soggetti che devono partecipare all'udienza, è del tutto necessaria (18); Federico Carpi, che esaminando il rapporto tra le nuove tecnologie e la prova,

---

della Cass., Sez. I, ord. 13 ottobre 2022, n. 29919 (cfr. https://www.ilfogliodelconsiglio.it/wp-content/uploads/29919-2022.pdf), che impone alla parte che non è riuscita a connettersi a un'udienza programmata da remoto l'onere di segnalare tempestivamente l'esistenza dei problemi tecnici impeditivi della sua connessione. Se così fosse, e l'udienza si svolgesse in assenza di tale parte, violando il suo diritto alla difesa, dovrà essere decretata la nullità processuale con rimessione in termini.

(14) Ad esempio, F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano 2023, 33-34; G. Rocchi, *Processo telematico* [titolo 9: "Udienze mediante collegamenti audiovisivi"], in *Manuale breve della riforma Cartabia*, a cura di Luca Passanante, Milano 2024, 69-71; R. Masoni, *Nuove tipologie di udienza*, in *Commentario sistematico al nuovo processo civile*, a cura di Roberto Masoni, Milano 2023, 126-127; o G. Vitrani, *op. cit.*, 302-305.

(15) Con riferimento alla regolamentazione vigente all'epoca della pandemia che consentiva udienze a distanza, ad esempio, F. Valerini, nel suo lavoro *In difesa dell'udienza da remoto* (https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/04/Fabio-Valerini.pdf) sostiene che, contrariamente a quanto sostenuto dalle associazioni rappresentative degli avvocati, che "difendono l'indifendibile", le udienze da remoto tutelano "più efficacemente il diritto di difesa" e sono in grado di migliorare l'efficienza del sistema giudiziario "riducendone anche i costi sociali".

(16) Cfr. A. Bonafine, *Processo telematico*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di Roberta Tiscini, Pisa 2023, 208-209; o G. Marinai, F. Santimon, *Il dl n. 11 del 2020 e l'udienza in videoconferenza: un'opportunità anche per il futuro*, in *Questione Giustizia* 2020 (https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-dl-n-11-del-2020-e-l-udienza-in-videoconferenza-un-opportunita-anche-per-il-futuro_16-03-2020.php).

(17) Cfr. C. delle Donne, *La nuova disciplina delle udienze dopo la Riforma Cartabia*, in *Judicium*, 2/2023, 149 (nota 13). Allo stesso modo, precedentemente a questa riforma normativa, M. Gradi (*op. cit.*, 554) ha suggerito l'opportunità di introdurre nel processo civile l'udienza telematica in alcune ipotesi (testimoni che si trovano lontani dal luogo di celebrazione dell'udienza o fuori dalla circoscrizione del tribunale) e sempre che si garantisca pienamente il rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio.

(18) P. Biavati, *Processo civile e pandemia: che cosa passa, che cosa rimane*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 140.

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

sottolinea come «l'oralità secondaria dell'udienza da remoto incide sulla struttura del processo, attiene cioè alla tutela giurisdizionale e non solo alla tecnica del processo», per cui sarebbero in gioco i tre pilastri fondamentali del processo efficiente, ovvero, utilizzando le parole di Chiovenda, l'oralità, l'immediatezza e la concentrazione (19); e nella stessa direzione, S. Izzo, seguendo i postulati chiovendiani a favore dell'oralità e dell'immediatezza, e prendendo in considerazione i principi informativi del giusto processo, sostiene la necessità che il giudice "decida in base all'immediata impressione ricevuta" e senza nessuna intermediazione, per continuare poi affermando la necessità che «un quadro unico e vivente della controversia, rimanga attuale anche in un'epoca in cui la realtà quotidiana dei nostri spazi giudiziari e dei ruoli sovraccarichi ha costretto l'esercizio della giurisdizione in uno stato di assembramento ed emergenze costanti» (20). In ogni caso, l'importante è ciò che dice la legge, e in Italia si è tornati alla modalità delle udienze presenziali di assunzione dei mezzi di prova personali (dichiarazione di testimoni e consulenti).

Tuttavia, la realtà normativa è diversa per quanto riguarda il processo penale italiano: partendo da una normativa che lo impediva (21), l'attuale art. 496 c.p.p., relativo all'istruzione dibattimentale, è stato modificato con l'introduzione di un nuovo comma 2°-*bis*, che consente al giudice di «disporre, con il consenso delle parti, che l'esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persone indicate nell'articolo 210 [ovvero, persone imputate in procedimenti c.d. "connessi" a quello principale] e delle parti private si svolga a distanza». La dottrina processuale penale è stata molto critica con questa nuova regolamentazione, sia per l'idea stessa di consentire udienze probatorie a distanza, sia per il requisito del consenso preventivo delle parti:

(a) per quanto riguarda la regola di ammettere le udienze probatorie a distanza, si sottolinea il limite che tutto ciò suppone per la piena efficacia

---

(19) *Nuove tecnologie e prove*, in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, a cura di Roberta Tiscini e Francesco P. Luiso, Pisa 2022, 254. Come è ovvio, le udienze probatorie telematiche si svolgono anche all'insegna del principio dell'oralità, solo che si trasformano in una "oralità informatica" (come afferma A. Graziosi, *Giurisdizione civile e nuove tecnologie. I. Il processo civile telematico*, in *Il giusto processo civile* 2024, 50), mediata da uno schermo del computer, il che, come vedremo, almeno riduce gli effetti epistemici dell'udienza orale.

(20) *Le modalità alternative di celebrazione delle udienze civili*, in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, cit., 356.

(21) L'art. 23, d.l. n. 137/2020, prevedeva che «Le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private, dai rispettivi difensori e dagli ausiliari del giudice possono essere tenute mediante collegamenti da remoto».

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

del dovuto contraddittorio dell'art. 111 Cost., e così ad esempio, Oliviero Mazza conclude il suo studio "Distopia del processo a distanza" affermando che il «contraddittorio processuale può effettivamente trovare attuazione solo a patto che la contesa dialettica si svolga fra le parti poste in condizioni di parità *dinanzi al giudice terzo* e imparziale, non certo dinanzi a un computer che costituisce un diaframma fra le parti e fra loro e il giudice. L'immediatezza (art. 111, comma 3°, Cost.) è strutturalmente inconciliabile con il processo a distanza. Anche il più sofisticato software di video conferenza non sarà mai in grado di restituire l'immediatezza di cui necessita il processo e di garantire l'effettività del contraddittorio» (22); e Giovanni Barrocu arriva a qualificare le udienze probatorie virtuali come un "ossimoro" (23); e

(b) con riferimento al consenso delle parti, non si capisce come una garanzia del giusto processo che ha per oggetto consentire al giudice la massima conoscenza dei fatti litigiosi, possa essere lasciata alla discrezione delle parti, ancor più se si considera che le esigenze di economicità del processo favoriranno che queste chiedano di partecipare a distanza (24).

3. – Una delle conseguenze che la Covid-19 ha portato in Spagna, così come in Italia, è stata la celebrazione di udienze probatorie (civili e penali) a distanza. Superata la pandemia, questa possibilità è stata cristallizzata nel nuovo art. 129-*bis*.1 del Codice di procedura spagnolo (LEC) secondo cui "gli atti del *juicio* (25), udienze, comparizioni, dichiarazioni e, in generale,

---

(22) Il corsivo è dell'autore (O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in *Archivio penale* 2020, 80).

(23) G. Barrocu, *La partecipazione a distanza*, in *La giustizia penale dopo la c.d. riforma Cartabia*, a cura di R.M. Geraci, Torino 2024, 137. Allo stesso modo, A. Faberi sottolinea che tale norma deve essere utilizzata in modo molto eccezionale perché "un'estensione generalizzata di simili sistemi non pare giuridicamente 'neutra' rispetto alla pienezza del contraddittorio richiesto dall'art. 111 Cost." (*Il diritto a partecipare al processo: problemi vecchi e questioni nuove*, in *Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, a cura di Alfredo Gaito, Pisa 2023, 163).

(24) A. Faberi, *op. cit.*, 164. Esiste anche una dottrina che comprende la necessità di cercare un equilibrio o bilanciamento tra l'efficienza processuale e le udienze probatorie a distanza, come ad esempio H. Belluta, *Videoregistrazione, muttamento dell'organo giudicante e immediatezza: la ricerca di un equilibrio ragionevove*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, a cura di Teresa Bene, Manfredi Bontempelli e Luca Lupária, Torino 2024, 298-299; e P. Tonini e C. Conti, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Milano 2024, 139-140. Per l'uso limitato delle udienze probatorie penali si veda anche D. Curtotti, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano 2006.

(25) In Spagna, "juicio", tra gli altri significati, è il momento processuale (udienza) in cui si assumono le prove con immediatezza, pubblicità e contraddizione davanti al giudice o tribunale (e ciò sia per il procedimento ordinario civile, che penale).

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

tutti gli atti processuali, si svolgeranno preferibilmente mediante presenza telematica", motivo per cui sembrerebbe che, essendo le prove assunte in tali udienze, le stesse potranno essere assunte sempre a distanza. Tuttavia, l'art. 129-*bis*.2 LEC specifica, al contrario, che quando tali atti hanno per oggetto l'audizione, dichiarazione o interrogatorio di parti, testimoni o consulenti sarà necessaria la presenza fisica della persona che debba intervenire, salvo che il giudice o il tribunale, tenendo conto delle circostanze del caso, consenta l'intervento a distanza delle parti, testimoni o consulenti. Questa "contorta" redazione normativa ha dato luogo a che siano stati pubblicati rapidamente accordi di associazioni di magistrati indicando come dovranno svolgersi tali udienze probatorie a distanza, come per esempio il recente "Accordo dei giudici e magistrati di primo grado di Barcellona, dell'8 maggio 2024" (26). In definitiva tutto ciò ha comportato che attualmente in Spagna si stiano celebrando udienze probatorie telematiche (27).

La giustificazione che il legislatore ha dato a questa nuova regolamentazione è molto semplice – e falsa –. In particolare, il punto II del preambolo del RD-L 6/2023, che ha introdotto il citato art. 129-*bis* LEC, indica solo che "a causa della crisi pandemica Covid-19 nell'anno 2020, si constata la necessità ineludibile di avanzare, in modo deciso e determinato, verso il percorso inevitabile e desiderabile dell'adeguamento tecnologico dell'Amministrazione della Giustizia. La pubblicazione della Legge n. 3/2020, del 18 settembre (...) è stata approvata con ampia maggioranza parlamentare, in un esercizio congiunto di dialogo con tutti i settori coinvolti e di ricerca di ampi consensi parlamentari, per i quali è stato determinante il lavoro svolto dalle diverse amministrazioni all'interno della Conferenza Settoriale di Giustizia. Alcune di queste misure, come la celebrazione di udienze e atti processuali mediante presenza telematica, fanno

(26) Si può consultare in https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/CRAJ-UnificacioinCriterios_RDLey6_23_Aprobadosenjunta_ComunicaICA-ByICPB.pdf.

(27) Ciò avviene anche per il processo penale. Così, il nuovo art. 528-*bis* della Legge di procedura penale spagnola (LECrim) stabilisce che «gli atti di udienza, comparizioni, dichiarazioni e, in generale, tutte le attività processuali, si svolgono preferibilmente, salvo che il giudice o tribunale, in considerazione delle circostanze, disponga diversamente, mediante presenza telematica». Tuttavia, questa stessa norma prevede due importanti eccezioni in cui è necessaria la presenza fisica dell'imputato: (a) per il dibattimento nel giudizio orale dei processi per reato grave e davanti al giurato; e (b) quando l'imputato risiede nella stessa circoscrizione dell'organo giudiziario che conosce o deve conoscere della causa – salvo che siano invocate giustificate ragioni o forza maggiore che giustifichino la sua partecipazione a distanza –.

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

oggi parte dell'attività quotidiana del servizio pubblico della Giustizia". Anche se è vero che la Legge 3/2020 (da cui proviene il nuovo art. 129-*bis* LEC), è stata approvata "con ampia maggioranza parlamentare", ciò non toglie che la redazione è stata conseguenza del contesto sanitario di pandemia che esigeva rapidità nella risposta giuridica ai problemi generati dal Covid, e che aveva una proiezione interinale o provvisoria, fino a quando non si superasse lo stato di crisi sanitaria dello Stato. Però una volta raggiunta questa nuova situazione di normalità, devono essere rivisitate criticamente tutte quelle norme – urgenti – che hanno limitato diritti fondamentali di contenuto processuale, essendo una di esse, senza dubbio, la celebrazione telematica generalizzata delle udienze probatorie in cui devono essere assunte prove personali (28). Inoltre, non risulta essere vera l'affermazione secondo cui «la celebrazione di udienze e atti processuali mediante presenza telematica, fanno oggi parte dell'attività quotidiana del servizio pubblico di Giustizia». È pur vero che molti "atti processuali" possono essere svolti in modo telematico senza alcuna diminuzione delle garanzie processuali, e che vengono celebrati abitualmente senza alcun problema (udienze di comparizione, udienze preliminari, opposizione all'esecuzione, ecc.). Però in ogni caso non sarebbe corretto affermare che le udienze per l'assunzione delle prove personali si stiano svolgendo in modo quotidiano e senza alcun problema: innanzitutto perché non è vero che si stiano celebrando "in modo quotidiano", né nell'ambito dei processi civili, né penali, né giuslavoristici (i processi amministrativi sono un'eccezione, essendo la prova fondamentale l'istruttoria amministrativa precedente – basata su documenti – e non richiedendo abitualmente l'assunzione di prove personali). In questo modo, con mezze verità si cerca di confondere e convincere dei pregi delle udienze probatorie da remoto. E in secondo luogo, perché nella pratica forense, quando si svolgono queste udienze telematiche, di solito sorgono problemi tecnici di ogni tipo e con limitazione delle garanzie fondamentali del processo equo, come successivamente si dimostrerà.

---

(28) A questo proposito, dobbiamo sottolineare che sia nei tempi del Covid che nel post-Covid, la dottrina è stata molto critica nei confronti della previsione normativa che permette la celebrazione delle udienze probatorie a distanza, sebbene solitamente veniva giustificata con la scusa della sua temporaneità (a titolo esemplificativo, si possono consultare M. Richard González, *Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial*, in *Diario La Ley*, n° 9654, 2020, 1-13; o J. Banacloche Palao, *Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?*, in *Diario La Ley*, n° 9814, 2021, 6).

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

L'uso generalizzato delle udienze probatorie a distanza limita l'efficacia, quanto meno, del principio costituzionale di pubblicità e del diritto di difesa.

La pubblicità processuale ha una duplice funzione secondo Costituzione spagnola: costituisce una garanzia per chi accede al sistema giustizia (art. 24) e rappresenta un principio di attuazione del potere giudiziario (art. 120), per cui la sua restrizione comprometterebbe entrambe le funzioni. In modo categorico, l'art. 120.1 della Costituzione spagnola stabilisce: «Le attività giudiziarie saranno pubbliche, con le eccezioni stabilite nelle norme processuali applicabili»; l'art. 138.1 LEC prevede: «Le attività inerenti alla prova, le udienze e le comparizioni che abbiano però oggetto l'audizione delle parti prima di emanare una decisione si svolgeranno in udienza pubblica»; e l'art. 680 LECrim lo contempla nei seguenti termini: «I dibattimenti del processo orale saranno pubblici, a pena di nullità, salvo quanto disposto nell'articolo seguente». Ciò nonostante, va rilevato come, attualmente, le udienze probatorie che si stanno svolgendo in tal modo da remoto in realtà violano la citata previsione costituzionale e le norme processuali applicabili, in quanto si stanno svolgendo senza alcun tipo di pubblicità, ovvero, senza possibilità che terze persone possano partecipare. Questa situazione, fino ad oggi, poteva giustificarsi nell'eccezionale – e provvisoria – regolamentazione derivata dalla situazione di pandemia, ma una volta superata questa, deve essere ripristinata tutta la pubblicità che esige la citata normativa. La nuova regolamentazione, non stabilisce come si garantirà la dovuta pubblicità delle udienze da remoto, ovvero, come i cittadini potranno accedere alle piattaforme in cui si stanno svolgendo suddette udienze.

Inoltre, le prove devono essere assunte non solo in modo pubblico – come appena indicato – ma anche con la dovuta immediatezza giudiziaria. Così, l'art. 137 della LEC stabilisce: «1. I giudici e i magistrati membri del tribunale che stanno esaminando una questione dovranno essere presenti alle dichiarazioni delle parti e dei testimoni, ai confronti, alle esposizioni, spiegazioni e risposte che devono offrire i consulenti, nonché alla critica orale del loro parere e a qualsiasi altro atto di prova che, ai sensi di quanto disposto dalla presente legge, debba essere svolto in modo contraddittorio e pubblico. 2. Le udienze e le comparizioni che hanno per oggetto l'audizione delle parti prima che venga emanata una decisione si svolgeranno sempre dinanzi al giudice o ai magistrati che compongono il tribunale competente per la questione. [...]. 4. La violazione di quanto disposto nei paragrafi precedenti determinerà la nullità di diritto delle corrispondenti attività».

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

Ciò premesso, va rilevato che è pur vero che questa norma relativa all'immediatezza giudiziaria non esige la presenza fisica delle persone che devono sottoporsi all'attività probatoria, motivo per cui si potrebbe anche considerare che le loro dichiarazioni potrebbero essere rese davanti al giudice tramite sistemi telematici. E, in questo senso, la Sala Seconda del Tribunale Supremo incide nell'idea che «[...] l'uso della videoconferenza nel processo produce una equiparazione giuridica della presenza fisica con quella virtuale» (29). Però, nonostante l'esistenza di questa corrente giurisprudenziale, va comunque rilevato che non si può dubitare del fatto che la presenza telematica non può essere equiparata alla presenza fisica in quanto l'assunzione delle prove personali, in modo telematico, non solo riduce gli effetti epistemici non potendo il giudice – né le parti – percepire il comportamento complessivo del dichiarante (30), ma inoltre provoca una diminuzione dell'attenzione sia del giudice, che del dichiarante, poiché, come dimostrano gli studi di psicologia giudiziaria, la capacità di attenzione durante le dichiarazioni effettuate in contesti "virtuali" è inferiore rispetto a quella che di regola si presta in presenza fisica, il che, alla fine, determina perdita di interesse generalizzata (31). E non vi è dubbio che la necessaria concentrazione richiesta per poter percepire tutti i dettagli di un interrogatorio si riduce sostanzialmente se c'è l'intermediazione dello schermo del computer.

---

(29) Ad esempio, si veda la sentenza della Corte Suprema, Sezione 2ª, 652/2021, del 22 luglio; o 331/2019, del 27 giugno.

(30) Le sentenze della Corte costituzionale spagnola 135/2011, del 12 settembre 2011 – 2° considerando giuridico –, 2/2010, dell'11 gennaio 2010 – nel suo 3° considerando giuridico – e 120/2009, del 18 maggio 2009 – nel 6° considerando giuridico – risultano essere del tutto appropriate quando affermano che l'immediatezza giudiziaria è "una garanzia di correttezza che evita i rischi di valutazioni inadeguate provenienti dall'intermediazione tra la prova e l'organo di valutazione e che, nelle prove personali [...] consente di accedere agli aspetti comunicativi non verbali, del dichiarante e di terzi".

(31) Ad esempio, si veda D.A. Baker, D.M. Burns e C. Reynolds Kueny, Just Sit Back and Watch: *Large Disparities between Video and Face-to-face Interview Observers in Applicant Ratings*, in *International Journal of Human–Computer Interaction*, 36 (2020) (cfr. https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10447318.2020.1805874); G.F. Trupp, M.M. Ricardo, M.T. Boccaccini e D.C. Murrie, *Forensic Evaluators'Opinions on the Use of Videoconferencing Technology for Competency to Stand Trial Evaluations After the Onset of COVID-19*, in *Psychology, Public Policy and Law*, 27 (2021), 537-549; S. Landstro, P.A. Granhag e M. Hartwig, *Witnesses Appearing Live Versus on Video: Effects on Observers'-Perception, Veracity, Assessments and Memory*, in *Applied cognitive psychology*, 19, (2005), 913-933; E. Bild, A. Redman, E.J., Newman, B.R. Muir, D. Tait e N. Schwarz, *Sound and Credibility in the Virtual Court: Low Audio Quality Leads to Less Favorable Evaluations of Witnesses and Lower Weighting of Evidence*, in *Law and Human Behavior*, 45, (2021), 481-495, 2021; R. Gonzales Ormachea e A. Ochoa Coripuna, *Problemas frente a la actuación de pruebas en las audiencias virtuales*, in *Revista Derecho & Sociedad*, 57 (2021), 1-18.

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

Inoltre, va aggiunto che la relazione tra il giudice e chi richiede tutela, è permeata da valori che non dovrebbero perdersi, essendo uno di essi precisamente quello dell'umanizzazione della giustizia, il che comporta che chi richieda giustizia possa avere accesso diretto al giudice, ovvero, a colui che risolverà il suo problema giuridico, motivo per cui entrambi dovrebbero interagire e confrontarsi da vicino. E in tale relazione non dovrebbe intromettersi (nulla e) nessuno: il giudice, con i suoi cinque sensi, dovrebbe liberamente percepire tutto ciò che chi richiede giustizia – o qualsiasi altra persona che dichiari davanti a lui (testimone o consulente) – gli trasmetta direttamente, senza che un computer limiti la sua capacità cognitiva. La posizione e l'inquadratura della telecamera, l'intensità dei colori dello schermo del computer attraverso il quale viene visualizzata la dichiarazione della persona interrogata, il volume della voce, le immagini di sottofondo che possono esserci nell'ambiente del dichiarante, ecc., sono tutti elementi, esterni alla dichiarazione stessa, che condizionano la percezione e valutazione del giudice. A ciò si aggiungono le possibili perdite di connessione internet, con blocchi delle immagini o interferenze che rendono difficile la visione o l'ascolto dei dichiaranti. Insomma, sono molti i dati che il giudice non può cogliere e che invece potrebbe percepire se la persona interrogata fosse di fronte a lui. In questo modo verrebbe garantita la massima conoscenza epistemologica del giudice, in quanto gli verrebbe data la possibilità di accedere ad un maggior numero di informazioni per poter svolgere efficacemente la sua funzione giurisdizionale.

Quanto sopra indicato incide sul corretto esercizio del diritto di difesa, in quanto verrebbe "frustrato" da un elemento esterno rispetto alla semplice dichiarazione prestata *in situ* (ovvero, dall'uso dei mezzi telematici). Inoltre, tale incidenza sul diritto di difesa aumenterebbe, senza dubbio, nelle udienze di assunzione dei mezzi di prova celebrate nei processi penali in quanto ridurrebbe il grado di efficacia dell'assistenza legale nei casi in cui l'avvocato non si trovasse nello stesso posto del suo assistito (ad esempio, perché sta prestando dichiarazione da un centro penitenziario), venendo meno, in questo modo, il dovuto contatto diretto avvocato-imputato necessario durante tutto lo svolgimento dell'udienza. Ciò premesso, va rilevato che sebbene sia vero che eccezionalmente la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [CEDU] abbia previsto che, per l'assunzione di determinate prove, possa essere utilizzato il sistema di videoconferenza, come per esempio con la dichiarazione di un testimone che si trova all'estero o persino con la dichiarazione del proprio imputato, però tale previsione dovrebbe utilizzarsi come meccanismo eccezionale e sempre per fini legittimi, come "la difesa dell'ordine pubblico", "la libertà e la sicurezza dei

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

testimoni e delle vittime dei reati", "la protezione del diritto alla vita" o "il rispetto dell'esigenza di un termine ragionevole" (32). Conseguentemente non sarebbe giustificabile trasformare l'eccezione in regola generale, come avviene con la recente normativa (33).

4. – Come nel resto del mondo, la pandemia da Covid ha provocato che, in tutti gli stati nordamericani, i *trials* – o le udienze dibattimentali davanti alla giuria – venissero celebrati da remoto, ovvero, in modalità telematica. Per valutare l'impatto di questa nuova realtà giudiziaria, la *Stanford University* ha guidato un progetto statale che ha portato poi alla pubblicazione di una relazione dal titolo molto suggestivo: *Virtual Justice? A national study analyzing the transition to remote criminal court* (34). Si tratta di uno studio che analizza sia le componenti quantitative che qualitative: dal punto di vista quantitativo, è stata condotta un'indagine, su larga scala, su 240 avvocati difensori penalisti di tutti gli Stati Uniti che avevano celebrato udienze dibattimentali a distanza (la maggior parte attraverso la piattaforma Zoom – il 74,6% –); e dal punto di vista qualitativo, concentrandosi su tre giurisdizioni (Contea di Miami-Dade, Flori-

(32) Cfr. le sentenze del 5 ottobre 2006, caso Marcello Viola v. Italia – paragrafi 67, 70, 72 a 76; 27 novembre 2007, caso Zagarìa v. Italia – paragrafo 29 –; o 24 aprile 2012, caso Gennadiy Medvedev v. Russia – paragrafo 98 –.

(33) A questo proposito, dobbiamo ricordare che le udienze probatorie penali a distanza possono anche incidere sull'assistenza legale "pratica ed efficace" riconosciuta all'art. 6.3.c) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'interno della quale rientra il diritto dell'imputato di parlare privatamente e direttamente con il suo avvocato. Solo in circostanze eccezionali lo Stato può limitare le comunicazioni confidenziali di una persona detenuta con il suo avvocato (sentenza del 2 novembre 2010, caso Sakhnovskiy v. Russia, paragrafo 102). Come è logico, se un avvocato non potesse incontrare personalmente il suo cliente senza tale sorveglianza e ricevere istruzioni confidenziali, la sua assistenza perderebbe gran parte della sua utilità (come indicano le sue sentenze del 28 novembre 1991, caso S. c. Svizzera, paragrafo 48; e del 16 ottobre 2001, caso O'hara y Brennan v. Regno Unito, paragrafo 58). Di conseguenza, nessuna restrizione delle relazioni tra i clienti e i loro avvocati, sia essa esplicita o implicita, può interferire sulla effettiva assistenza di un avvocato a cui ha diritto un imputato (cfr. la citata sentenza del caso Sakhnovskiy v. Russia, paragrafo 102). E, in ogni caso, come sottolinea la Corte europea dei diritti dell'uomo, considerata la posizione che occupa in una società democratica il diritto a una buona amministrazione della giustizia, ogni misura che limiti i diritti di difesa deve essere assolutamente necessaria, quindi ogni volta che esista una misura meno restrittiva che possa essere utilizzata, dovrà essere applicata quest'ultima (sentenza del 23 aprile 1997, caso Van Mechelen e altri v. Paesi Bassi, paragrafo 58). Il che ci porta, nel nostro caso, a considerare che essendo possibile la celebrazione presenziale delle udienze di assunzione dei mezzi di prova personali, questa è la soluzione normativa che dovrebbe prevalere in quanto la più consono all'art. 6 CEDU.

(34) Si può consultare su: https://law.stanford.edu/publications/virtual-justice-a-national-study-analyzing-the-transition-to-remote-criminal-court/.

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

da; Contea di Milwaukee, Wisconsin; e Distretto Giudiziario di Nord Dakota). Nel quadro di tale progetto, i ricercatori hanno intervistato approfonditamente giudici, pubblici ministeri, avvocati difensori e personale giudiziario. In questo modo, è stata fornita una visione ricca e dettagliata delle esperienze dei professionisti nella celebrazione delle udienze a distanza di diverse popolazioni degli Stati Uniti.

Le conclusioni raggiunte sono devastanti e decisamente contrarie alle udienze dibattimentali telematiche, in quanto danneggerebbero il corretto esercizio del diritto di difesa. Nello specifico:

(a) due terzi dei partecipanti sottoposti all'indagine (66,3%) erano d'accordo o molto d'accordo sul fatto che il passaggio al telematico andasse in detrimento della comunicazione con il cliente, indicando – tra l'altro, la maggior parte dei partecipanti (81,1%) – che questo cambiamento ha inibito la loro capacità di mantenere conversazioni confidenziali con i propri clienti (35);

(b) la maggior parte dei partecipanti (77,9%) era d'accordo o molto d'accordo sul fatto che, a causa delle numerose difficoltà tecnologiche e di comunicazione tra avvocato e cliente, il passaggio alle udienze "virtuali" avesse compromesso l'accesso alla giustizia, specialmente per i cittadini con problemi di accesso alle nuove tecnologie per motivi generazionali, di popolazione – o con scarsa connettività a internet –, economici – principalmente per i litiganti più poveri – o di qualsiasi altra indole. Inoltre, due terzi dei partecipanti, in tutte le giurisdizioni, avrebbero manifestato preoccupazione per i loro assistiti con acceso limitato alla tecnologia e espresso dubbi sull'accesso a internet con connessioni sicure e stabili, a computer, a spazi privati, a telecamere e applicazioni installate negli smartphone (36);

(c) sebbene la maggior parte dei partecipanti hanno confermato che le udienze dibattimentali a distanza avrebbero ridotto tempi e costi – a causa della riduzione degli spostamenti presso la sede del tribunale –, in ogni caso è stato costantemente segnalato come questo cambiamento abbia comportato una grave disumanizzazione della giustizia e una profonda diminuzione della fiducia dei cittadini nel sistema legale penale (37);

(d) alla maggior parte dei partecipanti risultò molto più difficile valutare la credibilità dei testimoni, per il sospetto che avessero ricevuto istru-

(35) Cfr. *Virtual Justice*, cit., 33.
(36) Cfr. *Virtual Justice*, cit., 39.
(37) Cfr. *Virtual Justice*, cit., 86.

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

zioni o fossero stati influenzati durante la loro dichiarazione a causa della mancata presenza fisica davanti al tribunale (38);

(f) la maggior parte delle persone hanno sostenuto che le udienze dibattimentali a distanza avrebbero avuto effetti dannosi a causa della perdita di dati intangibili che renderebbero la giustizia meno affidabile, come per esempio l'eliminazione dei segnali non verbali, la riduzione della capacità di comunicare direttamente tra avvocato e assistito durante l'udienza dibattimentale, o la riduzione delle connessioni emotive. Di conseguenza, avrebbero espresso preoccupazione per la mancanza di empatia nei confronti dell'imputato, temendo che ciò potesse tradursi in sentenze più severe (sebbene non siano stati segnalati dati statistici significativi che confermino tale preoccupazione) (39);

(g) poco più della metà dei partecipanti ha manifestato dubbi sulla validità costituzionale della "clausola di confronto" diretto e personale stabilita dal Sesto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America (secondo la quale: «In ogni causa penale, l'imputato avrà diritto [...] a confrontarsi con i testimoni che dichiarino a sfavore; a esigere la comparizione dei testimoni a suo favore e a disporre dell'assistenza legale per la sua difesa»), sottolineando che le udienze dibattimentali "virtuali" riducono i segnali fisici relativi alla diretta percezione della credibilità della persona che presta la dichiarazione (40). A riguardo viene evidenziata, inoltre, la preoccupazione per la possibile limitazione del diritto ad una effettiva assistenza legale (41).

La conclusione finale di questo deciso rapporto è che, dopo il periodo della pandemia da Covid-19, tutte le udienze dibattimentali personali dovrebbero svolgersi con immediatezza dinanzi alla giuria – o al giudice –, perché con un ritorno alle pratiche giudiziarie dell'epoca della crisi sanitaria, entrerebbe in gioco l'esercizio del diritto di difesa delle parti.

5. – Da tutto ciò che è stato appena analizzato si deduce chiaramente come le udienze giudiziarie probatorie dovrebbero continuare a svolgersi in presenza fisica e diretta del giudice come organo giudicante e delle altre parti, in modo tale da garantire la massima efficacia epistemica delle prove personali, proteggere l'efficacia del contraddittorio nell'assunzione di questo tipo di prove e mantenere la dovuta umanizzazione della giustizia.

---

(38) Cfr. *Virtual Justice*, cit., 95-99.
(39) Cfr. *Virtual Justice*, cit., 11.
(40) Cfr. *Virtual Justice*, cit., 112-115.
(41) Cfr. *Virtual Justice*, cit., 115-116.

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

Pertanto, tra i modelli italiano, spagnolo e statunitense, quello italiano è il migliore perché offre maggiori garanzie in termini di giusto processo. Solo eccezionalmente, e sempre con una motivata decisione dell'organo giudicante, potrebbero essere ammesse udienze probatorie telematiche quando la presenza fisica non sia possibile per motivi sanitari (come è accaduto con la situazione pandemica vissuta durante la Covid-19), quando risulti eccessivamente costosa o molto difficile da realizzare (ad esempio quando il dichiarante si trovi molto lontano dal tribunale che conosce la controversia), o quando ricorrano motivi medici che sconsigliano lo spostamento presso la sede del tribunale (ad esempio in caso di malattia).

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

Ferruccio Auletta
Professore ordinario nell'Università LUISS Guido Carli

LA PRIVATIZZAZIONE DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE PER LA REINTEGRAZIONE SANZIONATORIA DEL DANNO ERARIALE NELL'ESPERIENZA STATUNITENSE DELL'AZIONE *QUI TAM*

Sommario: 1. L'ibridazione dell'«agire in giudizio» e i modelli di *private enforcement*. – 2. Origini e logica delle azioni *Qui tam*. – 3. Il *False Claims Act.* – 4. La legittimazione ad agire e le relative questioni di costituzionalità. – 5. L'ambito di applicazione. – 6. *Segue*: profili soggettivi. – 7. I danni punitivi e le sanzioni. – 8. Caratteri del processo giurisdizionale *Qui tam.* – 9. I poteri di controllo del Dipartimento della Giustizia. – 10. Sinossi di istituti e categorie di diritto nazionale: conclusioni.

1. – Avevo già segnalato che, in guisa di contrappasso delle difficoltà crescenti nella *mass tort litigation*, «negli Usa (...) si assiste alla crescita frenetica di una tecnica diversa di controllo per via giudiziaria di valori collettivi o esigenze di massa, e diventa sintomatico lo sviluppo al quale dà corpo la c.d. *Qui tam action*» (1), cioè quell'azione intentata da un informatore, ai sensi di una normativa che stabilisca una sanzione per la commissione o l'omissione di un determinato atto lesivo, e preveda che la lesione causata sia sanzionata e risarcita mediante un'azione civile, una quota del cui valore spetta a chi voglia promuovere tale azione e il resto allo Stato o altro soggetto pubblico.

Si tratta di una soluzione che, all'interno dei modelli di *private enforcement* (2), suscita un dibattito politico risalente, in cui la sostenibilità di azioni all'estremo speculative in capo alla giurisdizione civile e i costi indiretti sopportati dalla collettività per la reintegrazione di illeciti di danno erariale sono di recente divenuti elementi centrali della discussione. Di

(1) F. Auletta, *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *Nuove leggi civ. comm*. 2022, 1670.

(2) La cui tassonomia più analitica è ora investigata da E. Ramirez, *In the Governement's Shoes: Assessing the Legitimacy of State Qui tam Provisions*, *Columbia Law Review*, vol. 124, 1121 (2024).

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

questa fanno parte però alcuni dati fermi, uno su tutti che il Dipartimento della Giustizia degli Stati uniti ha ammesso trattarsi, ormai, del principale strumento di reintegrazione erariale nella lotta alle frodi e che si stima il rapporto di 1:15 tra il costo dell'investimento in spesa pubblica necessaria a un'inchiesta amministrativa o indagine penale e il ricavo dalla transazione mediamente terminativa del procedimento civile derivatone (3).

Alla proposta volta a consentire più semplicemente a chi abbia fornito informazioni speciali di conseguire un aggio quando l'Autorità faccia comunque uso di tali informazioni per ottenere la sentenza di condanna si ascrive, tra gli altri, il pregio di non compromettere la fondamentale funzione di incentivo alla cooperazione dei privati all'*enforcement* delle comminazioni sanzionatorie senza però esporre la risorsa giurisdizionale a sollecitazioni improprie; come quelle che l'apertura delle iniziative individuali a prospettive nuove, quali il finanziamento della lite da parte di un terzo per fare un esempio tra i più inquietanti (4), rende sempre più probabile, allontanando quella ragione democratica genuinamente fondativa della legittimazione diffusa alle cause di interesse collettivo (5).

È una ragione, quest'ultima, che, peraltro, continua a ispirare proposte di ampliamento del raggio di azioni *Qui tam* nelle direzioni le più diverse e lontane, finanche per contenere l'interpretazione espansiva dei poteri presidenziali in tema di guerra (6); ovvero per proteggere diritti massimamente individuali come quello di *privacy* (7); o infine farne modello per aggiustamenti della *class action* in crisi (8).

2. – Sembrerebbe risalire alla dichiarazione che nell'anno 695 aveva fatto il Re del Kent, Wihtred: «Se un uomo libero lavora durante il tempo proibito [cioè il sabato], perderà il suo *healsfang* (somma che una persona pagherebbe per evitare la gogna), e l'uomo che lo denuncerà avrà la metà

---

(3) Cfr. S. L. Jackson, E.R. Lewis, *Qui Tam Relator Suits and False Claims Act Proceedings*, in Aa.Vv., *Punishing Corporate Crime*, Oxford U.P. 2009, 222.

(4) R. Huffman, R. Salcido, *Blowing the Whistle on Qui Tam Suits and Third-Party Litigation Funding: The Case for Disclosure to the Department of Justice*, *Public Contract Law Journal*, vol. 50, 343 (2021).

(5) M. Gilles, G. Friedman, *The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era*, *Texas Law Review*, vol. 98, 489 (2020).

(6) N.R. Lewis, *A Fourteenth Century Solution to a Twenty-First Century Problem: Using Qui Tam Legislation to Limit Executive War Power*, *Georgia Law Review*, vol. 57, 831 (2023).

(7) P. Ormerod, *Privacy Qui Tam*, *Notre Dame Law Review*, vol. 98, 267 (2022).

(8) N.A. Bergara, *Nipping It in the Bud: Fixing the Principal-Agent Problem in Class Actions by Looking to Qui Tam Litigation*, *N.Y.U. Law Review*, vol. 97, 275 (2022).

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

della multa e [i profitti derivanti] dal lavoro»; più certo è, però, che l'azione *Qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* sia stata introdotta durante il regno di Enrico III, nel XIII secolo, ed entrata in vigore per via parlamentare nel 1400 in Inghilterra, dove il regime sarebbe definitivamente stato abrogato nel 1951 per ragioni legate alla non commendevolezza di alcune prassi degenerative, quelle che avevano portato alla creazione di un vero e proprio *turbidum hominum genus*, secondo la risalente definizione datane da *sir* Edward Coke (1552-1634).

Si tratta(va), in sostanza, dell'azione di un *whistleblower* (*relator*) che, anche senza essere danneggiato, agisce contro una *business misconduct* per reprimere una *public predation*, tipicamente realizzata mediante frode in pubbliche forniture o comunque causativa di danno erariale, con idoneità, dunque, a riflettere conseguenze sulla generalità indifferenziata dei cittadini.

In realtà, volendo allargare lo spettro di applicabilità del modello tecnico di là della relazione con enti pubblici (9), l'ambito potrebbe includere settori diversi: si pensi alle truffe assicurative che determinano un innalzamento tariffario non prevenibile dai singoli utenti. Altri settori sensibili alla diffusione di tal genere di azioni sono le frodi finanziarie (a danno di investitori), le sofisticazioni alimentari (a danno di consumatori), il mendacio informativo e la pubblicità ingannevole (a danno di cittadini). Allo stato, «la legittimazione ai singoli viene conferita in rapporto a condotte per le quali sussisterebbe una qualche azione pubblica, pure quella penale: dunque, il potere d'azione finisce per tutelare vicariamente interessi generali tanto da conferire legittimazione primaria (anche e comunque) a un soggetto pubblico (...), che se non assume l'azione, comunque non impedisce al singolo di proseguirla: in tal caso il vantaggio percentuale dell'attore sul *quantum* della condanna a pagare è maggiore» (10).

Scopo del presente contributo è di analizzare in maggior dettaglio, entro la classe delle c.d. *citizen-suit* e più in generale delle misure normative che, negli Stati uniti, diffondono il potere sanzionatorio di condotte illecite senza riguardo per l'afflizione diretta dell'eventuale promotore di giustizia privato, l'azione detta *Qui tam* e lo stato presente del relativo fenomeno in ambito (soltanto) federale, dove il tono costituzionale dei temi agitati dalle azioni di cittadinanza assume tratti assolutamente singolari.

---

(9) Come si propone di fare: J. Taub, *Money Talks: Expanding the False Claims Act to Combat Corporate Crime*, in *https://papers.ssrn.com*, 2024.

(10) F. Auletta, *op. cit.*, 1679 s.

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

3. – Il *False Claims Act*, 31 U.S.C. §§ 3729-373 (di seguito, *FCA*), noto anche come *Informer's Act* o *Lincoln Law*, risale al 1863 quale riflesso politico delle accuse rivolte agli appaltatori di frode al Governo durante la Guerra civile. Com'era stato scritto l'indomani della sua approvazione, infatti, «per lo zucchero [il Governo] spesso otteneva la sabbia; per il caffè, la segale; per il cuoio, qualcosa di non migliore della carta marrone; per la pelle, qualcosa di non meglio definito; per i cavalli e i muli sani, bestie spelacchiate e asini morenti; e per moschetti e pistole utilizzabili, i fallimenti sperimentali di inventori sanguigni o i rifiuti di negozi e armerie straniere». E il tentativo di arginare il comportamento corrotto degli appaltatori della difesa è rimasto l'obiettivo principale anche delle modifiche successive più rilevanti, avutesi nel 1943 e nel 1986. Quest'ultima riforma veniva presentata così dal Senatore Charles Grassley: «Il Governo ha bisogno di aiuto – di molto aiuto – per proteggere adeguatamente l'erario dalle frodi che sempre di più, e più sofisticatamente, vi attentano (...). Fa parte della soluzione – ciò che considero essenziale per ogni significativo miglioramento normativo destinato a far diminuire le frodi – stabilire un solido partenariato tra l'Autorità e i contribuenti. Al Governo federale spetta il gran lavoro di tentare di preservare quell'ammontare di circa mille miliardi di dollari che ogni anno spendiamo nei diversi programmi e appalti. Si tratta di un lavoro semplicemente troppo grande se i funzionari pubblici vengono lasciati a farlo da soli» (11).

Il *FCA* costituisce uno standard al quale l'allineamento delle normative dei singoli Stati (California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Carolina, Oklahoma, Rhode Island, Tennessee, Texas, Vermont, Virginia, Washington e Washington D.C.) viene favorito da un incentivo economico garantito dal *Deficit Reduction Act* del 2005, sebbene lo stesso ambito di applicazione possa significativamente variare se appena si considera che il modello federale espressamente non contiene le ipotesi d'infedeltà fiscale, alle quali invece si estendono alcune normative statali. Per es., il *New York FCA* è stato novellato nel 2010 proprio per includervi «*claims* (...) *made under the tax law*», che, per giunta, è stato applicato, per l'intima natura processuale, anche alle violazioni già consumatesi in precedenza, esemplarmente facen-

(11) House of Representatives, Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations, Committee on The Judiciary, *False Claims Act Amendments*, Washington, D.C. Thursday, 6 february 1986, 324 ss.

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

do registrare all'esito di un'azione cominciata l'anno dopo l'entrata in vigore della novella una transazione di enorme ammontare in favore del Fisco (12), per effetto della quale all'Erario sono toccati 330 milioni $ e al *whistleblower* la quota di 62,7 milioni $.

Desueto almeno dal secondo dopoguerra, con gli emendamenti del 1986 l'*FCA* è stato restituito a vita nuova, e negli anni implementato, tra altre fonti, dal *Fraud Enforcement and Recovery Act* del 2009, dal *Patient Protection and Affordable Care Act* nonché dal *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, entrambi del 2010. Nei trent'anni successivi – quelli della vera e propria *explosion* di tal genere di cause – più di 48 miliardi $ sarebbero stati recuperati, in prevalenza all'esito di soluzioni transattive delle azioni promosse in base allo Statuto federale che qui interessa. Nel solo anno fiscale chiuso il 30 settembre 2023, il Dipartimento della Giustizia ha ottenuto più di 2,68 miliardi $ in risarcimenti per frodi o false richieste di pagamento contro il Governo (13).

Il servizio di aggiornamento del ruolo di tali cause è accessibile *online* ed è incrementato giornalmente (14). Durante il solo mese di luglio 2024, quando il presente contributo veniva composto, vi sono stati pubblicati n. 30 comunicati stampa relativi a notizie di introduzione, aggiudicazione o, prevalentemente, definizione transattiva dei procedimenti di cui si tratta.

L'*FCA* prevede che chiunque presenti o faccia consapevolmente presentare false richieste di pagamento al Governo sia normalmente responsabile del triplo dei danni subìti dall'erario, oltre che di una sanzione per ciascun *claim* di ammontare legato all'inflazione (attualmente compresa nell'intervallo tra 5.500 e 11.000 $), nonché delle spese processuali; con l'avvertenza che la tecnica applicativa della sanzione monetaria ha enormi implicazioni poiché in vicende relative a pluralità di pagamenti richiesti (pur se in un medesimo contesto, ma comunque) indebitamente anche la singola fattura può integrare una legittima causa sanzionatoria, che pertanto finisce per replicarsi un numero assai elevato di volte.

Analoga responsabilità sorge anche in altre situazioni, per esempio dall'utilizzo consapevole di documentazione falsa atta a pretendere un credito o l'estinzione di un debito nei confronti dell'Autorità.

Claim, per quanto interessa, è qualsiasi rivendicazione in forma di «richiesta o domanda, in base a un contratto o altro titolo, di denaro o di beni, indipendentemente dal fatto che gli Stati Uniti abbiano o meno la proprietà

---

(12) *People v. Sprint Nextel Corp.*, 20 ottobre 2015.
(13) Cfr. le statistiche rinvenibili in *https://www.justice.gov/civil/false-claims-act*.
(14) V. *https://www.justice.gov/civil/fraud-section-press-releases*.

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

del denaro o dei beni, che: *i*) sia presentata a un funzionario, dipendente o agente degli Stati Uniti; oppure *ii*) sia presentata a un appaltatore, un beneficiario o un altro destinatario, se il denaro o la proprietà devono essere spesi o utilizzati per conto del Governo o per promuovere un programma o un interesse del Governo, e se il Governo degli Stati Uniti (I) fornisce o ha fornito una parte del denaro o dei beni richiesti o pretesi; oppure (II) rimborserà a tale contraente, beneficiario o altro destinatario una qualsiasi parte del denaro o del valore dei beni richiesti o pretesi». Anche la prestazione di servizi naturalmente rientra tra gli oggetti dell'istanza fraudolenta, tant'è che già in *United States v. Alperstein*, 183 F. Supp. 548 (S.D. Fla. 1960) il tribunale riconosceva la responsabilità per avere falsamente attestato le condizioni per ricevere l'assistenza sanitaria gratuita.

La responsabilità primaria per l'applicazione della legge è affidata al Procuratore generale, tenuto a indagare sulle violazioni con «diligenza» e, all'estremo, promuovere l'azione repressiva contro l'autore della violazione: in tal caso non c'è, dunque, alcun soggetto *Qui tam* che sia necessariamente coinvolto. Ma la possibilità di fare propria una percentuale dei danni essenzialmente punitivi (invero liquidati, come detto, normalmente nel multiplo di tre) e delle sanzioni derivanti dall'applicazione della legge sulle false pretese economiche, conferita da circa trenta legislazioni statali nonché di alcuni enti locali (15), oltre che dallo Statuto federale, stimola assai l'iniziativa di informatori o querelanti privati, il c.d. *relator*.

L'iniziativa privata, accidentale e in nessuna misura necessitata, comporta una decisiva novazione della situazione giuridica dell'*Attorney general*, il quale perde di fatto la discrezionalità che caratterizza la sua condotta poiché *an*, *quando* e *quomodo* dell'eventuale assunzione della lite restituiscono la figura di un soggetto che, per via dell'intrapresa privata, viene infine a mancare della capacità originariamente detenuta di rimanere assolutamente inerte e impedire così ogni litispendenza, secondo un'opzione effettivamente completiva della più autentica discrezionalità del potere d'azione. Discrezionalità che sostanzia l'esercizio responsabile dell'azione intestata all'Esecutivo, la quale appare giustapposta all'irresponsabilità sociale propria dell'attore *Qui tam*, che risulta anomala specie considerando la natura quasi-penale dello statuto normativo di che trattasi (*quasi-criminal statute*) e – intima a contesti del tipo – la tradizionale riserva fatta all'Esecutivo della prerogativa di non incriminare.

---

(15) New York City, per es.: *https://www.nyc.gov/site/law/public-resources/new-york-city-false-claims-act.page.*

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

4. – Sin dall'origine, la normativa reca la logica del *whistleblower*, che – cioè – gli attori dell'industria della difesa avessero sempre una conoscenza di eventuali frodi ai danni del Governo superiore rispetto al Dipartimento della Giustizia (*DoJ*), e per questo lo statuto incentiva tali soggetti a portare in tribunale i contraenti fraudolenti, garantendo loro una taglia.

Storicamente il punto più critico di tale legislazione americana è costituito dalla dubbia riconoscibilità degli standard costituzionali della legittimazione ad agire (16), in base alla dottrina c.d. *standing to sue*, che impone di verificare la spettanza all'attore dei requisiti di *injury in fact*, *causation*, *redressability*.

In particolare, nell'azione *Qui tam* s'avverte l'assenza congenita di quel personale pregiudizio di fatto sufficiente a riscontrare il requisito così esigibile sulla base dell'articolo III della Costituzione (*The judicial Power shall extend to all Cases* [or] *controversies*): si tratta di un concetto di legittimazione che, assai diversamente da quanto si è venuto formando nell'ordinamento domestico, si radica nel principio di separazione dei poteri, discriminando l'attuazione dell'ordinamento per il tramite dell'Ordine giudiziario da quella regolarmente in cura dell'Esecutivo, alla cui guida la Costituzione esclusivamente affida il mandato generale di *take care that the Laws be faithfully executed* (art. II, sec. 3). Diversamente, l'eliminazione virtuale dei requisiti fondamentali di legittimazione ad agire dell'art. III consentirebbe ai tribunali, con l'autorizzazione del Congresso, di assumere una posizione di stabile supremazia sugli atti governativi. Perciò, nemmeno uno statuto del Congresso potrebbe autorizzare in via generale i tribunali federali a trattare casi in cui il ricorrente sia dispensato dall'allegazione dei *minima standard*.

Altrettanto impraticabile sembrerebbe ricondurre la legittimazione alla clausola di nomina dell'art. II Cost., per cui è ancora il Presidente a nominare gli «*Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for*», rimanendo al Congresso inibito di diffondere il potere altrimenti destinato a risiedere nel Capo dell'Esecutivo, se non per casi particolari; ne consegue che trasformare ogni cittadino in un procuratore generale costituirebbe un esproprio indebito del potere di

(16) Cfr., senza andare più indietro di un anno, l'opinione dissenziente del giudice C. Thomas, aderita anche da B. Kavanaugh e A.C. Barret, in *Polansky v. Exec. Health Res., Inc.*, 422 F. Supp.3d 916, 919, secondo cui sussistono «substantial arguments that the *qui tam* device is inconsistent with Article II»; per le diverse impostazioni, si vedano esemplarmente J.T. Blanch, *Constitutionality of the Qui Tam Provisions of the False Claims Act*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 16, 701(1993); E. Caminker, *The Constitutionality of Qui Tam Actions*, *Yale Law Journal*, vol. 99, 341 (1990).

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

nomina e, in ultimo, dell'Esecutivo in quanto tale (il cui consenso – astrattamente ricavabile dalla firma del Presidente in calce dell'*Act* – rimane ovviamente senza rilevanza in tema di separazione dei poteri, questione che si nutre di sola oggettività).

Inoltre, ogni funzionario o agente degli Stati uniti ne dovrebbe perseguire fiduciariamente gli interessi, mentre il *relator* è, sin dall'esordio, un agente potenzialmente in conflitto, un *bounty hunter* indotto a escludere l'assunzione della lite da parte del *DoJ*, fino a nascondere informazioni che, (al contrario) tale assunzione determinando, limiterebbero l'aggio conseguibile in caso di vittoria nella causa (valore per l'intero assegnato al Governo in assenza di iniziativa privata e in quota più rilevante al *relator* in caso di assunzione della lite invece declinata).

Uno degli argomenti utilizzati per sostenere la legittimazione dell'attore *Qui tam* (a fianco di altri, qual è – per es. – quello storico, che fa leva sull'autorizzazione a tal genere di azioni rilasciata sin dal Primo Congresso, in larga misura composto degli stessi Padri costituenti) è che si tratti, al riguardo, di un assegnatario della *cause of action*, di un legittimato all'azione la cui capacità deriva dall'atto di alienazione dell'originario titolare e non già dal pregiudizio, che quindi rimarrebbe personale a quest'ultimo, ove del caso; una cessione *ex lege* ma non indiscriminata, siccome unicamente prospettabile in favore di soggetti titolati dalla detenzione di informazioni privilegiate (c.d. *original source*, cioè una persona classificabile come fonte diretta e indipendente, caratteristiche il cui accertamento in fatto pertiene coerentemente al piano dell'ammissibilità dell'azione), sicché – come in ogni altra ipotesi di alienazione dell'azione – la legittimazione andrebbe misurata per derivazione, e – quasi si direbbe – in astratto.

Pure utilizzato è stato l'argomento dell'interesse personale dell'attore *Qui tam* nell'esito della controversia, ma appare evidente come la personalità dell'interesse sia altro dalla personalità del pregiudizio concreto donde la legittimazione s'ha da ricavare, un ingrediente – questo dell'interesse – certo necessario, ma non esaustivo di quella: tant'è che, a bene osservare, dalla consistenza dell'interesse personale in parola può forse ricavarsi la natura tendenzialmente rappresentativa (più che sostitutiva) dell'azione, dato che la spendita del pregiudizio legittimante da parte del *relator* si riferisce esclusivamente all'integrità erariale (il pregiudizio indirettamente ricadente sul singolo rimane così indifferenziato e, in quanto tale, non azionabile per difetto di riconoscibilità individuale).

Insomma, una cosa è il credito erariale tutelato in giudizio dal querelante, altro il diritto di credito che questi matura in dipendenza della riscossione del credito principale dato che, soltanto dopo aver intentato

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

una causa e ottenuto la sentenza di condanna in nome e per conto degli Stati uniti, il denunciante acquista il proprio diritto sostanziale alla quota dei proventi riscossi, un diritto che – diversamente da quello azionato in causa – nasce nei confronti del Governo e diviene esigibile non prima che quest'ultimo abbia riscosso il credito erariale dall'originario convenuto *Qui tam* (elemento, questo della relativa solvibilità, che funge da selettore non secondario del *target* scelto da ogni attore privato). In pratica, il *relator* agisce *utendo juribus* e non vanta all'origine alcuna posizione sostanziale, nemmeno affievolita, degna di una qualche attualità, e il pur congenito interesse alla taglia non è che meramente prospettico, né emerge in alcuna misura la caratteristica di remunerazione differita o di corrispettivo per la prestazione in itinere di un servizio pubblico.

Del pari, meramente prospettico, ai limiti della congettura sarebbe il (pure supposto e talvolta impiegato argomento del) pregiudizio da ritorsione, destinato a essere sofferto dal *whistleblower*, e però in termini soltanto speculativi, e non con la concretezza e specificità richieste per la finalità dell'attribuzione della legittimazione ad agire.

5. – In ogni caso, sia l'azione stata promossa dall'Autorità ovvero da un querelante privato, essa si fonda sulle medesime cause di responsabilità, nelle quali – ovviamente – speciale rilevanza hanno questioni di fatto, a cominciare dalla nozione della falsità rilevante.

Il caso dibattuto in *Universal Health Services, Inc. v. United States ex rel. Escobar* 780 F. 3d 504 è emblematico (in generale i servizi di assistenza erogati nell'ambito di *Medicare*, l'assicurazione sanitaria universale per ultra-65 e disabili, genera la gran parte del contenzioso ai sensi dell'*FCA*): riguardava la morte della figlia adolescente degli attori *Qui tam* in seguito al trattamento presso la clinica di salute mentale dei convenuti, che avrebbe impiegato consulenti privi di licenza e non avrebbe rispettato i requisiti normativi in materia di personale e supervisione, sicché la Corte suprema (precisando che la questione ineriva a violazioni amministrative e non già a *medical malpractice*) ha tracciato la linea interpretativa per ciò che è da ritenere «falso o fraudolento» anche in mancanza di un'essenziale affermazione inveritiera contenuta nella richiesta di pagamento per via della violazione di disposizioni di legge, regolamentari o contrattuali che l'abbiano preceduta: linea interpretativa che, in breve, non esclude la falsità di una richiesta la quale, pur non contenendo un'esplicita attestazione contraria al vero, sarebbe stata respinta se l'erario avesse conosciuto la violazione (c.d. *but-for test*), e ciò anche quando il requisito venuto a mancare non risulti esplicitamente elevato a condizione di pagamento.

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

I principali titoli di tale responsabilità, tra loro alternativi secondo la giurisprudenza (*United States ex rel. Harris v. Bernad*, 275 F. Supp. 2d 1, 2003 U.S. Dist. Lexis 13607), sono identificati con le falsità rispettivamente diretta o indiretta, cioè falsità in dichiarazione di chi «(A) presenta o fa presentare consapevolmente una richiesta di pagamento o di approvazione falsa o fraudolenta»; oppure falsità in documentazione di chi «(B) consapevolmente fa, usa, o fa in modo che venga fatto o usato, un documento o una dichiarazione falsa che sia rilevante per una richiesta di indennizzo falsa o fraudolenta» o anche «[(G)] che riguardi l'obbligo di pagare o trasmettere denaro o beni al Governo», oppure nasconde o evita consapevolmente e impropriamente un obbligo di pagare o trasmettere (preesistente alla falsa dichiarazione).

Autonomo titolo di responsabilità è quello di chi è partecipe di un'associazione per delinquere finalizzata alla (o altrimenti concorre nella) violazione di disposizioni in materia di *FCA*, cioè false richieste dirette, falsità materiali in registrazioni o dichiarazioni per richieste di pagamento false, o l'occultamento, l'elusione o la riduzione di un obbligo.

Previsioni particolari tendono ad applicarsi a situazioni che si verificano più raramente nelle moderne procedure di appalto pubblico.

6. – Mentre è escluso che Agenzie federali possano essere convenute per il titolo di cui si discute, rimane controverso in giurisprudenza se «any person» assoggettabile alla responsabilità in parola includa altre entità pubbliche, come uno Stato o un agenzia statale: respinta tale tesi dalla Corte suprema specialmente in ragione della circostanza che i danni sono «essenzialmente di natura punitiva» e che renderne responsabili enti statali sarebbe contrario alla presunzione generale di immunità da esborsi siffatti che caratterizza i soggetti in senso lato governativi (17), in realtà la soggezione degli Stati nazionali pare riconosciuta almeno quando siano gli Stati Uniti stessi (*DoJ*) a fare causa ai sensi del *False Claims Act* (18). Diversa questione è se i singoli Stati possano farsi attori *Qui tam* (19).

Discorso a parte meritano le amministrazioni locali, per le quali la Corte suprema ha concluso nel senso della soggezione alla responsabilità

---

(17) *Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens*, 529 U.S. 765 (2000).

(18) *United States v. Univ. Hosp. of State Univ. of New York*, 575 F. Supp. 607 (E.D.N.Y. 1983).

(19) In senso affermativo in via di principio si veda, per es., *United States ex rel. Wisconsin v. Dean*, 729 F.2d 1100 (7th Cir. 1984).

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

del genere qui in esame [20], e pertanto esse possono essere convenute in giudizio sia da un agente *Qui tam* che dal Governo.

In base a *United States ex rel. Gaudineer & Comito v. Iowa*, 269 F.3d 932 (8th Cir. 2001), poi, regolarmente «un dipendente statale citato in giudizio per danni in denaro per azioni intraprese in veste ufficiale si trova nei panni del sovrano e non è una 'persona' ai sensi dell'*FCA*»; e analogamente vale per i dipendenti del Governo federale o di Agenzie governative, ma con limiti estesi fino a far ritenere finanche un membro del Congresso convenibile [21]. Così, in *United States v. Cripps*, 460 F. Supp. 969, 976 (E.D. Mich. 1978) è stato giudicato quale concorrente il dipendente governativo che aveva ricevuto una tangente per facilitare la presentazione di una falsa richiesta di risarcimento; e, in *United States v. Bouchey*, 860 F. Supp. 890, 892 (D.D.C. 1994), quell'altro che aveva concorso nel far addebitare tariffe gonfiate per servizi di consulenza; e, per finire la serie di esempi in tema, in *United States v. Voss*, n. 89-1155 (D.D.C. 6 aprile 1992), il dipendente pubblico che aveva falsificato *voucher* di viaggio.

Non è discusso, invece, che il dipendente pubblico sempre possa fungere da *relator* [22].

7. – Il valore effettivo del bene o del servizio resi viene sottratto al danno da liquidare prima di operarne la triplicazione, che non deve avvenire secondo il canone del lordo, altrimenti il minuendo del valore dell'opera o del servizio prestati non verrebbe apprezzato genuinamente nella sua incidenza: in *United States v. Anchor Mortgage Corp.115*, 711 F.3d 745 (7a Cir. 2013), è stato perciò ritenuto, diversamente da altre decisioni, che la c.d. triplicazione netta derivi dalla natura civile della controversia, dove i danni non possono essere costituiti che da una perdita concretamente reintegrabile.

I danni indiretti, gli interessi e i costi di indagine non sono recuperabili separatamente e la disposizione sul multiplo aggiudicabile per danni a norma dell'*FCA* sin dall'origine è sembrata completamente capace di includere queste voci accessorie.

Vale la pena far notare, a conclusione dell'esame del tema, che nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati uniti la distinzione fondamentale tra leggi civili e penali passa per riconoscere nelle prime una

---

(20) *Cook County v. United States ex rel. Chandler*, 538 U.S. 119 (2003).

(21) *United States ex rel. Hollander v. Clay*, 420 F. Supp. 853 (D.D.C. 1976).

(22) R. Brooker, J.S. Tayabji, *All Hands on Deck: The Role of Government Employees as Qui Tam Relators*, *Un. Cincinnati Law Review*, vol. 91, 972 (2023).

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

finalità prevalentemente rimediale e nelle seconde, all'inverso, finalità punitiva, retributiva e deterrente.

8. – Sotto il profilo processuale, le cause *Qui tam* sono azioni «per conto della persona e per conto del Governo degli Stati Uniti», ma sempre «in nome del Governo degli Stati Uniti» (invero indicato come attore, col seguito della precisazione che trattasi di attore per derivazione – *ex* – dall'iniziativa del *rel.*, il cui nome è parimenti riportato come identificativo della causa dopo tale qualifica).

L'azione si prescrive entro il più ampio dei termini di «6 anni dalla data in cui è stata commessa la violazione» ovvero di «3 anni dalla data in cui i fatti rilevanti per il diritto di azione sono noti o avrebbero dovuto ragionevolmente essere noti al funzionario degli Stati Uniti incaricato di agire nel caso in questione».

La competenza giurisdizionale spetta al distretto giudiziario in cui il convenuto dimori, risieda o svolga attività commerciali ovvero in cui si sia verificato uno degli atti illeciti, e si estende alle azioni per il recupero di fondi pagati da uno Stato o da un'amministrazione locale se tali azioni derivano dallo stesso evento causativo dell'azione federale (23).

L'azione viene proposta mediante atto depositato con sigillo di riservatezza e il Governo ha 60 giorni, salvo proroghe, per indagare sulle allegazioni del denunciante, che è infatti tenuto a presentargliene copia con la «comunicazione scritta di tutte le prove e le informazioni materiali in suo possesso» (24).

Al termine, il Governo può assumere la lite sicché il *whistleblower* (al quale l'*FCA* destina misure di protezione e tutele reali contro le ritorsioni, ma non garantisce l'anonimato nonostante l'ammissibilità di alcune tecniche di oscuramento dell'identità personale) potrà ancora prendere parte al processo (ma) in guisa di interveniente dipendente (le forme della sua partecipazione sono limitabili discrezionalmente dal giudice, a iniziativa

---

(23) Sull'inderogabilità di uno statuto normativo recante la provvista di un'azione *Qui tam* da parte di una convenzione di arbitrato che vincoli il privato, si v. A. Hosea, *Reconciling Mandatory Arbitration Clauses with California's Private Attorneys General Act: Why Courts Should Preserve State Qui Tam Enforcement Actions*, *Un. Chicago Legal Forum*, 683 (2017); naturalmente la componente rappresentativa o sostitutiva dell'azione del *relator* già compromittente gioca un ruolo decisivo nella soluzione del problema, la prima opzione confinando nell'irrilevanza l'eventuale clausola compromissoria, evidentemente mai sottoscritta dal Governo rappresentato e sola parte in causa.

(24) Il regime di ostendibilità al convenuto di tale comunicazione è dibattuto: v. T. Kelly, *Sharing Is Caring: Protecting the Ability of Qui Tam Relators and the Government to Share Information under the False Claims Act*, *G. Mason Law Review*, vol. 23, 1319 (2016).

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

del Governo o del convenuto) ovvero può declinare l'assunzione onde il ricorrente sarà legittimato pienamente alla sostituzione (con il carico dei costi – dei quali verso il *relator* non è mai responsabile il Governo – e l'alea della condanna alle spese in favore del convenuto almeno in casi di temerarietà).

I requisiti della domanda giudiziale del privato, che non può non contenere (secondo un lessico ricorrente) «specific facts supporting a strong inference of fraud», paiono soggetti ad allentamenti in termini di specificità delle allegazioni, non senza contrasti (25).

Se il Governo rimane alieno dal processo (non mai potrebbe dalla causa, ovviamente) e però ne faccia richiesta, gli sarà notificata copia di tutte le memorie depositate e rilasciata copia degli atti anche in ragione del potere del giudice di autorizzarne l'intervento tardivo, che tuttavia non rende più degradabile lo *status* dell'attore originario. Questi può andare infatti soggetto a estromissione – senza ricevere alcuna parte dei proventi dell'azione, alla cui prosecuzione manterrebbe titolo eventualmente il Dipartimento della Giustizia – soltanto per il caso sia condannato in sede penale per concorso nella violazione che costituiva *causa petendi* della domanda giudiziale; una soluzione moralmente ineccepibile ma – sotto il profilo dell'efficienza – sub-ottimale, potendo l'ipotetica immunità del *relator* (già concorrente nel reato) contribuire maggiormente all'*enforcement* del sistema sanzionatorio, come altre esperienze normative di *leniency* suggeriscono (il *relator* che abbia sì partecipato alla falsa pretesa ma senza essere sanzionato penalmente mantiene comunque il diritto a recuperare una taglia, e però minore).

Nel caso in cui il processo venga proseguito dal Governo, questo può – oltre che fare allegazioni diverse e nuove – sempre motivatamente rinunciarvi o transigere la causa, fermo il diritto al contraddittorio dell'originario denunciante al quale il giudice dovrà conferire un'opportunità di essere sentito; giudice che è in ogni caso chiamato a omologare quegli atti dispositivi del Governo (atti dispositivi la cui sostanziale capacità anche in caso di intervento tardivo non viene meno, secondo la risolutiva opinione della Corte suprema, in *United States, ex rel. Polansky v. Executive Health Resources, Inc.*, 16 giugno 2023, cit., la quale estende la regola generale dell'art. 41 *FRCP* all'ancora possibile rinuncia *de qua*, sicché normalmente

(25) In senso contrario a «the trend toward relaxing the pleading requirements», si v. P. Cullen McDonald, *The Qui Tam Question: Proper Pleading Requirements for Relators under the FCA*, *Louisiana Law Review*, vol. 82, 359 (2021).

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

«an action may be dismissed at the plaintiff's request only by court order, on terms that the court considers proper») (26).

Una volta proseguito, il giudizio da *False Claims Act* si svolge come qualsiasi contenzioso civile federale, salvo il divieto di intervento di terzi e l'effetto preclusivo della litispendenza verso ogni altra causa connessa sopra gli stessi fatti. Il principio del c.d. *first-to-file* vuole impedire cause parassitarie che, senza apportare alcun beneficio pubblico, in effetti sottrarrebbero proventi al Governo.

La disciplina dell'onere della prova è retta dalla peculiare regola per cui «the United States shall be required to prove all essential elements of the cause of action, including damages, by a preponderance of the evidence»: peculiarità risultante dall'opzione escludente l'ordinario standard di *clear and convincing evidence* che, quando rapportata ai criteri domestici, sta nel consentire al giudizio *Qui tam* di impiegare la regola di maggiore tenuità dell'onere detta del *più probabile che non* in vece di quella dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* (sebbene lo standard esattamente corrispondente e specificamente evocabile, *beyond any reasonable doubt*, si riferisca al processo penale).

Quando, come per lo più accade, il convenuto è una persona giuridica, l'elemento soggettivo tende talvolta a scontare una sorta di *relevatio ab onere probandi* costituita dalla teoria della c.d. conoscenza collettiva, alla quale ricorre l'attore *Qui tam* nei confronti di un convenuto altro da persona fisica, con l'intento di surrogare il possibile deficit probatorio circa la consapevolezza della persona dell'agente nella falsità della richiesta. Sennonché, anche dando enfasi alla natura non penale dell'*FCA*, la tesi della conoscenza collettiva – che, proprio in quanto tale, riuscirebbe sempre adeguata – appare tuttavia confliggente con lo standard esigibile perché diversamente si permetterebbe «a un querelante di provare la consapevolezza mettendo insieme brandelli di conoscenza 'innocente' detenuti da vari funzionari aziendali, anche se questi funzionari non hanno mai avuto contatti tra loro o non sapevano cosa stessero facendo gli altri in relazione a una richiesta di fondi pubblici» (27).

Nonostante che, come si legge *in United States ex rel. Marcus v. Hess*, 317 U.S. 537 (1943), «lo scopo principale degli statuti in questo caso fosse

---

(26) Per un approfondito esame degli orientamenti già in radicale contrasto v. K.E. Garza, *Qui Tam Tension: The Appropriate Standard of Review in Government-Requested FCA Dismissals*, *Texas Law Review*, vol. 99, 654 (2021).

(27) *United States v. Science Applications International Corp.*, 626 F.3d 1257 (D.C. Cir. 2010).

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

quello di provvedere alla restituzione al Governo del denaro sottrattogli con la frode», l'orientamento prevalente va nel senso che la responsabilità possa sussistere anche in assenza di danni, valorizzando danni non patrimoniali o sotto le specie dei costi delle indagini e dell'azione penale. Anche in assenza di danni, tuttavia, le sanzioni sono ugualmente irrogabili, anzi le stesse sembrano trovare la loro *ratio* anche nell'accidentale difficoltà di liquidazione dei danni (per esse vale comunque il limite della proporzionalità dell'VIII Emendamento: «Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted»). Per es., in *United States ex rel. Harrison v. Westinghouse Savannah River Co.*, 352 F.3d 908, 923 (4th Cir. 2003), il risarcimento vero e proprio è stato negato per l'intero valore di un contratto ottenuto in base a una falsa certificazione, poiché l'attore *Qui tam* non è riuscito a dimostrare che il Governo non aveva ricevuto il beneficio corrispondente all'opera effettivamente retribuita nell'ambito del subappalto o – soltanto – che un'altra impresa avrebbe potuto eseguire il lavoro a corrispettivo inferiore.

A norma dell'*FCA*, il premio del querelante infine surrogato dal Governo nella conduzione dell'azione è regolarmente di «almeno il 15 per cento ma non più del 25 per cento dei proventi dell'azione o della transazione, a seconda della misura in cui la persona ha contribuito in modo sostanziale», oltre a un importo per le spese ragionevoli che il tribunale ritiene siano state necessariamente sostenute, onorari e altri costi processuali (in ultimo cedenti a carico del convenuto). Altrimenti, l'attore che abbia mantenuto la conduzione esclusiva del processo riceverà un importo non inferiore al 25% e non superiore al 30% dei proventi dell'azione o della transazione e sarà pagato con tali proventi, fermi gli accessori.

Si tratta del corredo effettuale che più di altri sembra rimandare alla figura del rappresentante vero e proprio, dato che il premio è l'oggetto dell'obbligazione nuova del Governo nel nome e per conto del quale il processo è stato vittoriosamente condotto e i proventi riscossi.

Il convenuto eventualmente vittorioso ha diritto al rimborso delle spese processuali a condizioni diverse secondo che attore primario sia il Governo o un privato *Qui tam*.

Alcune ricerche rivelano che non esiste una corrispondenza tra incremento degli incentivi e incremento del numero o della qualità delle azioni introdotte da privati, ed è piuttosto il rapporto diretto tra l'aumento degli incentivi e della durata dei processi a risultare più evidente.

9. – All'alternativa tra assunzione e non della lite, deve aggiungersi la *chance* a disposizione del Governo di trasporre l'azione in altro procedi-

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

mento, eventualmente di natura amministrativa per la determinazione di sanzioni pecuniarie civili. Lì il denunciante avrà gli stessi diritti partecipativi di cui avrebbe goduto nella causa civile e, più in generale, ogni accertamento che vi diventasse definitivo, soggetto o meno che sia a revisione giudiziaria, sarà destinato a equi-valere alla regiudicata della virtuale sentenza *Qui tam*.

Lo statuto, tuttavia, permette il promovimento di azioni sia civili che penali, queste ultime inibite al *relator* mentre l'azione pubblica ben può combinare la ricerca delle sanzioni sia civili che penali senza impattare nel divieto della c.d. *Double Jeopardy Clause* (per il V Emendamento «né[ss]uno potrà essere sottoposto due volte, per un medesimo delitto, a un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica»).

Il rapporto, in particolare, tra l'iniziativa civile e quella penale merita di essere, a questo punto, meglio chiarito dal momento che le stesse non si pongono, per quanto detto, in termini di alternatività in senso stretto, ma di cumulabilità, sicché potrebbe sembrare che l'intrapresa di un procedimento penale in luogo dell'assunzione della causa civile non riguardi uno di «any alternate remedy available», e così un caso di possibile trasposizione per il quale stabilire l'equipollente situazione pretensiva dell'originario attore *Qui tam*. Sennonché, *United States v. Bisig* (1:00-cv-335-JDT-WTL, 1:01-cv-0030-JDT-WTL, IP 02-CR-112-01-T/F (S.D. Ind. Dec. 21, 2005)) ha riconosciuto che anche la sanzione eventualmente pagata in seguito al patteggiamento penale dovesse *pro quota* destinarsi al *relator* (nella fattispecie trattandosi di una società il cui *sole business* era appunto costituito da «detection and prosecution of fraudulent billing practices and other types of Medicaid fraud») la cui lite il Governo aveva deciso di non assumere, perseguendo la sola via del processo penale; dove il *relator*, certo, nessun altro ruolo potrebbe svolgere sul modello della parte civile.

Rimane infine indipendente dalla fondamentale opzione del Governo (tra assunzione e non della lite) il potere processuale che questo mantiene di fronte a iniziative di *discovery* promosse dalla persona che ha avviato l'azione *Qui tam*, qualora interferenti con indagini o procedimenti, di natura anche penale, derivanti dagli stessi fatti, sicché il giudice può arrestare la fase di *discovery* per un periodo non superiore a 60 giorni, salvo proroghe, per comprovata richiesta del Governo.

10. – Alcune considerazioni finali possono essere aggregate parametrando l'esperienza di cui si è inteso dare conto agli istituti domestici di massima prossimità e le categorie da noi in uso per la riconfigurazione più

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

attendibile (tenendo per ferma la compatibilità costituzionale, incluso il parametro dell'art. 103, comma 2°).

Un primo elemento dell'osservazione è che l'azione *Qui tam* non è un'azione popolare, non spetta a chiunque, come – per es. – è per l'art. 9 T.U.E.L., per cui «Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia. Il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti del comune ovvero della provincia. In caso di soccombenza, le spese sono a carico di chi ha promosso l'azione o il ricorso, salvo che l'ente costituendosi abbia aderito alle azioni e ai ricorsi promossi dall'elettore». A parte ogni altra differenza rilevante, a cominciare dalla carenza di speciale interesse egoistico dell'attore a promuovere un giudizio per conto dell'ente locale, l'azione *Qui tam* muove da una legittimazione assolutamente individuale, e non rappresentativa di un gruppo: non esiste, né può esistere una comunità e tanto meno una classe di legittimati se è vero che la legittimazione si misura dalla natura della fonte soggettiva di allegazione dei fatti, e pertanto si riconosce soltanto in capo a *Qui* sia fonte diretta e indipendente di quelli che sostanziano la *causa petendi*.

L'attore *Qui tam* non è un sostituto processuale, al modo della parte di cui all'art. 81 c.p.c., perché se è vero che la legge può autorizzare l'azione in capo a un individuo legittimato straordinariamente, è altrettanto vero che questi deve vantare già (almeno) un «proprio (...) interesse legittimo» (art. 24 Cost.), differenziato – cioè – da quello della generalità per via di un rapporto sostanziale con la situazione giuridica azionabile per conto altrui; viceversa, l'attore *Qui tam* è sostanzialmente indifferente alla relazione giuridica rispetto alla quale viene a trovarsi individualmente in posizione di (sola) scienza qualificata e, perciò, eventualmente di terzietà sostanziale.

L'attore *Qui tam* neppure è un *whistleblower*, senz'altro: a mo' di statuto generale di tale soggetto, il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24 «riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali» non gli dà alcuna legittimazione ad agire in giudizio. Del resto, se si volesse considerare l'iniziativa del *whistleblower* sotto sigillo come una forma di (mera) istruzione (testimoniale) preventiva (per iscritto), a contraddittorio eventuale e differito *apud iudicem*, più non si spiegherebbe la qualità di parte comunque destinata al *relator*, già pseudo-teste.

L'attore *Qui tam* è titolare per legge di una mera azione, un potere scisso dal diritto sostanziale, di cui in effetti non dispone mai, neppure

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

quando il Governo abbia declinato di assumere la lite o nemmeno tardivamente sia intervenuto, tant'è vero che *Searcy v. Phillips Electronics North America Corp.*, 117 F.3d 154 (5th Cir. 1997) ha espressamente riconosciuto al Governo rimasto terzo rispetto al processo un permanente potere di veto alla transazione. L'azione del *relator*, però, non è mai obbligatoria, come invece è la pura azione del concessionario a norma dell'art. 49, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 onde «per la riscossione delle somme non pagate il concessionario [*deve*] procede[re] ad espropriazione forzata sulla base del ruolo, che costituisce titolo esecutivo; [mentre] il concessionario *può* altresì promuovere azioni cautelari e conservative, nonché ogni altra azione prevista dalle norme ordinarie a tutela del creditore». Con l'esercizio dell'azione, anche l'agente della riscossione (sebbene nel mutato contesto del servizio nazionale della riscossione) può acquistare un diritto remunerativo nei confronti del titolare del diritto sostanziale, si tratta di «una quota, trattenuta all'atto del riversamento, pari all'1 per cento delle somme riscosse, a carico degli enti creditori (...), che si avvalgono dell'agente della riscossione» (art. 17, d.lgs. 13 aprile 1999, n. 112). Per il *relator*, però, ancorché possa darsene la figura del prestatore di un servizio pubblico manca ogni diritto al corrispettivo o garanzia indennitaria (mentre l'agente della riscossione ha «diritto alla copertura dei costi da sostenere»), e comunque si tratta di legittimazione mai esclusiva, al contrario di quella del concessionario (tant'è che l'ente creditore non è litisconsorte necessario nelle opposizioni esecutive [28]), ma sempre additiva.

Sotto quest'ultimo profilo, l'azione del *relator* è più vicina alle ipotesi in cui l'ordinamento nazionale stabilisce una legittimazione plurima e concorrente, allineando infine soggetti privati (magari anche interessati prospetticamente alla acquisizione di un vantaggio patrimoniale, inattuale in termini di consistenza oggettiva e prodotto – al limite – di nuda *spes*) che la derivano da una situazione di fatto a soggetti pubblici ai quali è attribuita in via di principio, come tipicamente avviene nell'art. 417 c.c.: «l'interdizione e l'inabilitazione possono essere promosse (...) dalla persona stabilmente convivente (...) ovvero dal pubblico ministero». Sennonché, il *relator*, al pari della persona stabilmente convivente, deve allegare la situazione di fatto donde trae la legittimazione e il relativo accertamento risiede sul piano dell'ammissibilità stessa della sua domanda; è, invece, al pari (stavolta) del P.M. che mantiene intatti diritti processuali ulteriori anche quando l'esercizio dell'azione sia poi avvenuto a iniziativa altrui.

---

[28] Cass. 12 febbraio 2024, n. 3870.

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

Com'è noto, infatti, il P.M. «deve intervenire a pena di nullità rilevabile d'ufficio nelle cause che egli stesso potrebbe proporre» (art. 70 c.p.c.), ma, naturalmente, il *relator* non è omologabile a un litisconsorte comunque necessario, tant'è che le sue capacità partecipative sono suscettibili di essere ridotte fino ad abbassarlo al rango, come già detto, di un interveniente adesivo dipendente.

Questa rapida sinossi non ha altro esito (né forse aveva altro scopo) che l'attestazione dell'estrema singolarità del modello di azione civile passato in rassegna e il bisogno di intersecare molte categorie e istituti di diritto continentale prima di coglierne il profilo con maggior nitore e, in ultimo, comprendere meglio le ragioni del successo nonché – all'estremo – la fruibilità in un diverso contesto dell'azione *Qui tam.*

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

RICORDO AFFETTUOSO DI CORRADO FERRI

Allorquando, poco tempo fa, dai suoi familiari mi pervenne la triste notizia del decesso improvviso, a 84 anni, di Corrado Ferri, grande Giurista ed Avvocato del Foro pavese, mi resi subito conto del fatto che, con il decorso degli anni (ed ancor più dopo la scomparsa, qualche tempo addietro, di Michele Taruffo, altro caro Amico), un'epoca di studi processualistici comuni si stesse ormai inesorabilmente esaurendo.

Ne ho preso atto, con quieta serenità (seppur con una certa rassegnazione).

Ciò non toglie che l'ultimo doloroso evento si prospetti come un nostalgico rifiorire di dolci e vivide sensazioni.

Corrado, che io conobbi ed iniziai a frequentare a Pavia nel 1959, quale Allievo io pure del Collegio Ghislieri, ebbe vicende universitarie e professionali di grande impegno, laureandosi brillantemente in Giurisprudenza nel 1962, sotto la guida del comune Maestro Prof. Vittorio Denti. Dopo uno stimolante soggiorno di studio a Monaco di Baviera, egli riuscì a costruirsi una duplice lunga carriera, dapprima come Avvocato in Pavia (dal 1965) e poi come Professore universitario. Acquisita nel 1970 la Libera Docenza in Diritto processuale civile, egli fu per un decennio Professore incaricato e Professore ordinario (di Diritto processuale civile e Diritto Fallimentare) presso l'Università di Urbino (sino al 1986), nonché dal 1986 al 2000 come Professore ordinario, Titolare della Cattedra di Diritto processuale civile, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo pavese. Al termine del suo attivo insegnamento, egli fu perciò insignito del titolo accademico di Professore emerito. Circa la sua intensa attività professionale in qualità di Avvocato, basti rammentare i riconoscimenti tributatigli dall'Ordine pavese per i 50 anni di iscrizione all'Albo, nel 2016. Il che – nel presupporre un doveroso riferimento alla moltitudine di Clienti da lui gestiti in quel lungo periodo – mi esime in questa sede da commenti e da annotazioni particolari.

Mi interessa qui, piuttosto, porre in risalto la sua esimia figura di Docente, apprezzato da generazioni di studenti (e da molteplici laureati) che con lui svolsero (e conclusero) i propri studi, sia ad Urbino, sia in Pavia.

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

I disagi logistici e pratici dell'insegnamento nelle due suindicate sedi non gli impedirono – a partire dal primo periodo – di dedicarsi attivamente alla professione legale, senza mai venir meno ai suoi doveri familiari.

Che dire, poi, della sua figura di raffinato Studioso?

Eccoci ad un punto focale della nostra breve (e commossa) analisi.

Non va dimenticato come egli, per meriti acquisiti, fosse da tempo Membro del Comitato di Direzione della Rivista di Diritto Processuale.

La sua ricca produzione scientifica, nel contesto della Scuola processualistica pavese, fondata e diretta dal Prof. Denti, prese forma ed acquisì rilievo sin dal 1970, con l'opera monografica sull'accertamento costitutivo (1), per svilupparsi in seguito con le opere sulla modificazione della domanda giudiziale (2), sull'appello civile (3) e sui provvedimenti del giudice delegato fallimentare (4).

Ma il *clou* si ebbe con la sua intensa partecipazione alle plurime edizioni dell'opera collettiva di lezioni sul processo civile, nelle quali egli espose e trattò con maestria le cospicue parti a lui affidate (5).

Non è tutto. Basti qui accennare, in sintesi, agli innumerevoli scritti minori, che hanno arricchito per decenni la sua vivace ed arguta produzione scientifica (6), nonché, in particolare, alle plurime edizioni aggiornate del suo Codice (annotato) di procedura civile, divenuto nel corso del tempo uno strumento fondamentale non soltanto per gli Studiosi del processo, ma soprattutto per gli operatori pratici (7).

Corrado – Studioso di grande esperienza, ben contraddistinto da una sua personale e dignitosa riservatezza – fu anche, negli anni '80-'90 dello scorso secolo, un piacevole compagno di lunghi viaggi (in Israele, negli Stati Uniti e in Canada), in visita, con le nostre rispettive famiglie, ad illustri Colleghi stranieri.

Ne conservo ancor vivido il grato ricordo.

---

(1) *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970, pp. VIII-252.

(2) *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova 1975, pp. VIII-216.

(3) *Profili dell'appello limitato*, Padova 1979, pp. VI-173.

(4) *I provvedimenti del giudice delegato e l'art. 26 della legge fallimentare*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 83, Milano 1986, pp. 130.

(5) (con L.P. Comoglio e M. Taruffo) *Lezioni sul processo civile, I. Il processo ordinario di cognizione,* e *II. Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, 4ª ed., Bologna 1995-2006, pp. 15-714 e pp. 11-426. Si devono infatti a Corrado: i Cap. 4, 10, 19-21 e 23, nel vol. I, nonché, nel vol. II, i Cap. 5-6, 8-13.

(6) Gli rimango sempre riconoscente per le sue amichevoli ed acute considerazioni, a me dedicate nel 2011 (*Il diritto di azione e la Costituzione: riflessioni di processualisti*, in *Jus*, 3, 2012, pp. 423-430).

(7) *Codice di procedura civile e leggi collegate*, Bologna, ult. ediz. 2023.

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

I miei familiari si uniscono a me nell'esprimere le più sentite condoglianze alla vedova Signora Oretta ed alle tre figlie.

LUIGI PAOLO COMOGLIO

UN CONVEGNO IN RICORDO DI NATALE GIALLONGO: LA PROVA NEL DIRITTO CIVILE

Il 20 settembre 2024 si è svolto a Nuoro, su iniziativa della Scuola di formazione forense della medesima città, un convegno in ricordo di Natale Giallongo, scomparso il 3 ottobre del 2020 (e al quale la *Rivista* ha dedicato l'intenso *Ricordo* a firma di Andrea Proto Pisani nel fascicolo 4 del 2020, p. 1640 s.). In Sardegna e a Nuoro in particolare si erano tenuti molti dei Convegni di studio promossi dallo stesso Giallongo, che a quei luoghi era legato per ragioni affettive e familiari.

Il Convegno era dedicato al tema della "*Prova nel diritto civile*". Con il coordinamento del Direttore della Scuola forense nuorese, avv. Priamo Sotto, i lavori si sono aperti con le parole di saluto del Presidente dell'Ordine degli avvocati, avv. Lorenzo Soro, e con le parole di affettuoso ricordo del prof. Andrea Proto Pisani. Dopo l'introduzione a cura dell'avv. Grazietta Farina, si sono svolte le relazioni, affidate ad alcuni fra i massimi studiosi italiani del diritto delle prove: Salvatore Patti su "*La valutazione delle prove e il libero convincimento del giudice*", Roberto Poli su "*La valutazione delle prove e il suo sindacato in cassazione*", Giovanni Maria Uda su "*Vicinanza (o riferibilità) della prova e ripartizione dell'onere*".

ELENA MERLIN

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

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Franco Anelli, Antonio Briguglio, Augusto Chizzini, Matteo De Poli, Enrico Gragnoli, Mauro Orlandi, Loris Tosi (a cura di), *L'onere della prova*, CEDAM - Wolters Kluwer, Milano 2024, pp. I-LV, 1-1798.

L'opera che qui viene presentata costituisce un corposo lavoro collettaneo che si prefigge l'obiettivo di indagare da molteplici aspetti l'ampio e complesso tema dell'onere della prova: come dicono i Curatori nella Prefazione, questa pubblicazione costituisce una "riflessione concomitante per la creazione di una immagine complessiva, pensata più come un mosaico che un affresco. Dal combinarsi di analisi in larga misura imperniata nel 'particolare' dovrebbero sorgere i presupposti per conclusioni generali, frutto del paragone fra le esperienze e le prospettive" (dalla Prefazione, p. IV).

Dunque il volume è distinto in più Parti, ognuna dedicata al nostro tema dal punto di vista delle diverse materie di volta in volta considerate: la I Parte si occupa di onere della prova nel Diritto processuale civile, nel Diritto internazionale privato e nel Diritto amministrativo (p. 3 ss.); la II Parte nel Diritto civile (p. 207 ss.), la III Parte nel Diritto Societario e finanziario (p. 639 ss.), la IV Parte nel Diritto del lavoro (p. 793 ss.), la V Parte nel Diritto tributario (p. 1203 ss.).

Data la complessità e l'estensione del tema, vengono presi in considerazioni ed approfonditi numerosissimi aspetti, tenendo conto anche della molteplicità delle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali. La giurisprudenza in particolare, infatti, di volta in volta interpreta le norme per ottenere "una più confacente distribuzione degli oneri probatori, valutata caso per caso, *à la carte*: conclusione forse discutibile, ma certo conferma ulteriore di quel processo di espansione del *case law system*, a fronte della tangibile regressione del modello codicistico che da tempo... viene caratterizzando anche il nostro ordinamento (come pure tanti altri a noi vicini o similari)" (dalla Prefazione, p. III).

Ebbene, l'ampiezza dell'opera e dei *cases law* analizzati nei contributi relativi alle varie materie, rende impossibile dare di tutti i contributi puntuale conto in questa sede; ci venga concesso comunque di fare cenno per lo meno a quegli studi che riguardano alcuni temi generali relativi all'onere

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

della prova nel processo civile, consapevoli che essi stanno alla base e sono strettamente connessi a tutti gli altri più specificamente dedicati da un lato al processo internazionale privato e a quello amministrativo, e dall'altro alle varie materie di diritto sostanziale prese in considerazione nel volume.

Si richiama pertanto *in primis* il lavoro di Mattia Garavaglia (p. 25 ss.) che, partendo dall'analisi dell'opera di W.J. Habscheid, *Beweilast und Beweismaß. Ein kontinentaleuropäisch-angelsächsicher Rechtsvergleich*, sviluppa riflessioni sulle differenze tra *civil law* e *common law* in materia di onere della prova (*burden of proof*), che, negli ordinamenti di *common law*, si scinde in due distinti oneri probatori: il "*burden of persuasion*", o "*persuasive burden*", e l'"*evidential burden*", o "*burden of adducing evidence*", o "*burden of production*".

Massimo Montanari (p. 63 ss.) riflette, per usare le sue parole, "sulle interferenze tra la disciplina dell'onere della prova nel processo civile e la figura del principio di prova per iscritto" di cui all'art. 2724, comma 1°, c.c.

In particolare, escluso per la stragrande maggioranza dei casi che detto principio possa incidere sulla distribuzione dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., l'a. si chiede se esso non implichi invece un alleggerimento dell'onere, nel senso che la parte possa contare sull'iniziativa istruttoria del giudice. Attraverso il suo percorso argomentativo a cui si rinvia, Montanari conclude, tra l'altro, che il suddetto principio può essere ritenuto sufficiente per concretare la *semiplena probatio* le cui risultanze il giudice può completare.

Ansanelli (p. 77 ss.) si occupa di altro aspetto attuale e rilevante, cioè del "complicato rapporto fra poteri istruttori del consulente tecnico e onere della prova", considerate le complesse e spesso non coerenti ricostruzioni giurisprudenziali.

Altri interessanti temi di teoria generale sono quelli sviscerati da Michelle Vanzetti (p. 97 ss.) relativamente ai rapporti tra onere della prova e condanna generica, e da Paola Widmann (p. 117 ss.) sul problema di coordinamento tra principio dell'onere della prova *ex* art. 2697 c.c. e i poteri istruttori del giudice nei procedimenti inquisitori.

Non ci si può esimere inoltre dal far menzione di ulteriori due studi importanti e impegnativi, che hanno suscitato in dottrina e in giurisprudenza confronti non trascurabili.

Ci si riferisce in particolare al problema, sviluppato da Alberto Romano (p. 141 ss.), del sindacato in Cassazione della violazione delle regole sull'onere della prova, e ad altro argomento molto fecondo e complesso delle convenzioni probatorie e dei patti relativi all'onere della prova, dei quali si occupa Marino Marinelli (p. 153 ss.).

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

Per quanto riguarda il suo oggetto di studio, Romano afferma che l'errore nella valutazione di incertezza dei fatti giuridici rilevanti non implica violazione dell'art. 2697 c.c., mentre l'errore nell'individuazione della parte onerata della prova del fatto incerto implica violazione solo indiretta dell'art. 2697 c.c.: questo è il caso in cui il giudice equivoca per lo più tra fatti costitutivi e fatti impeditivi, oppure ometta di invertire l'onere della prova in forza di presunzioni legali *iuris tantum* o di una pattuizione contrattuale. In tali casi Romano approva la soluzione giurisprudenziale che riconosce una violazione dell'art. 2697 c.c., quindi un errore di diritto sindacabile in Cassazione. Vi sono poi circostanze riconducibili alla c.d. violazione diretta di questa norma, come ad esempio le ipotesi di decisione di *non liquet*, o quando il giudice, ritenendo un fatto sfornito di prova, invece che applicare l'art. 2697 c.c., procedesse ad una sua ricostruzione dello stesso, ecc. (si rinvia al testo, spec. p. 147 ss.). È incerto se i casi analizzati rientrino tra le violazioni di norme di diritto *ex* art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c., o piuttosto tra le nullità processuali di cui al n. 4.

Per quanto riguarda l'interessante tema relativo ai patti di prova e di inversione dell'onere della prova, affrontato da Marinelli, proprio per la sua complessità e rilevanza anche pratica, ci si limita in questa sede a richiamare l'attenzione sullo scritto (p. 153 ss.), che si occupa *in primis* di esemplificare casi di patti di prova, *in secundis* di ricollegare ad essi, con la dottrina maggioritaria, l'art. 2698 c.c., oltre che le norme rilevanti in materia quali l'art. 2725 c.c. e l'art. 33, comma 2°, lett. t), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

Marinelli poi ricorda al lettore i cinque tipi di *Beweiverträge* identificati dalla dottrina tedesca (*Geständnisverträge, Vertragliche Fiktionem und Vermutungen, Beweismittelverträge, Beweilastverträge, Beweiwürdigungsverträge*) e, rispetto ad essi, sviluppa il suo studio con riferimento all'art. 2698 c.c. e ai principi e alle norme che determinano i loro limiti applicativi. Dedica infine un paragrafo all'inversione unilaterale dell'onere della prova e l'ultimo a come gli accordi di prova vengono interpretati ed ammessi dalla prassi giurisprudenziale (Titina Maria Pezzani).

Valerio Aiuti, *Contributo allo studio dell'appello penale. Tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2023, pp. XX-428.

Il volume qui segnalato interviene sul tema della rinnovazione probatoria nel giudizio d'appello, oggetto negli ultimi anni di grande attenzione da parte degli studiosi della Procedura penale, stimolati da alcune signifi-

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

cative pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (a partire dalla celebre *Dan c. Moldavia*). Nonostante il profluvio di contributi dottrinali in materia, lo studio recensito si distingue nel panorama scientifico per la profondità dell'analisi, l'ampiezza degli scorci ricostruttivi e l'approccio interdisciplinare con cui l'indagine viene condotta (sempre a cavallo tra storia, filosofia del diritto e procedura penale). Ciò si riflette in una cospicua bibliografia, nella quale si apprezzano i riferimenti puntuali e specifici, a testimonianza del notevole sforzo di sistemazione e di rielaborazione delle fonti anche più risalenti. Il merito principale dell'a. è quello di aver sottratto il tema della rinnovazione istruttoria nel giudizio d'appello alla (semplice ma scontata) necessità di adeguare il nostro ordinamento processuale alle indicazioni provenienti da Strasburgo. Difatti, questa angolazione visuale, senza dubbio commendevole nella misura in cui mira ad ottenere un innalzamento delle garanzie processuali, si rivela un poco asfittica in prospettiva dogmatica. Nello studio di Valerio Aiuti, invece, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale recupera tutto il suo spessore epistemico. Così, l'autentico valore e il significato precipuo dell'istituto emergono nitidamente, inserendosi nell'eterno dilemma circa la legittimazione cognitiva delle impugnazioni penali e, in particolare, del giudizio d'appello. Tutto lo sforzo dell'a. è teso a chiarire (e preservare) il valore dell'immediatezza processuale senza, però, attribuirgli significati mistici o taumaturgici, che non trovano riscontro né a livello normativo, né in prospettiva epistemologica, soprattutto nel contesto di un giudizio che svolge un'essenziale funzione di controllo.

Passando ai profili strutturali, il volume è suddiviso in tre capitoli, ciascuno dei quali si articola al proprio interno in diverse sezioni, che rivelano notevoli simmetrie nella scansione dell'indagine (stato dell'arte, storia e dogmatica, critica). In apertura e in chiusura di ogni capitolo, così come di ogni sezione, l'a. espone sinteticamente gli obiettivi perseguiti e i risultati acquisiti nella porzione considerata. Si tratta di un lodevole accorgimento, che consente al lettore di orientarsi e di seguire al meglio lo sviluppo della ricerca, che si presenta assai complessa ed articolata.

Il primo capitolo è dedicato all'analisi del *principio di immediatezza*, logicamente preliminare allo sviluppo dell'indagine, in quanto l'asserito difetto del giudizio d'appello consiste proprio nella carenza di un contatto diretto tra giudice e prova. Nella prima sezione (*storia e dogmatica*) l'a. propone una vera e propria "genealogia" del principio in esame, di cui si evidenziano origini, sviluppi e fraintendimenti in un'appassionante ricostruzione a cavallo tra storia e diritto. La prospettiva prediletta dall'a., coerente con l'ispirazione complessiva del volume, è quella orientata alle

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

implicazioni gnoseologiche dell'immediatezza processuale. Di qui, un'originale impostazione metodologica, in cui il principio giuridico non viene isolato dal contesto - al fine di elaborare una definizione teorica universale - bensì ricostruito nel suo significato storicamente relativo, in relazione ai dibattiti che ne hanno influenzato lo sviluppo negli ultimi secoli (contrapposizione tra giudici laici e professionali, distinzione tra intimo e libero convincimento, tutela del contraddittorio e separazione delle fasi processuali). Nella seconda sezione (*critica*) si delinea la fondamentale dicotomia tra due differenti modi di intendere l'immediatezza. Secondo il "modello euristico" - verso il quale propende l'a. - essa svolge una funzione servente rispetto alla dialettica e al contraddittorio tra le parti. Si tratta, dunque, di un metodo di *assunzione* della prova, che offre alle parti e al giudice spunti importanti (tratti anche dagli elementi non verbali della comunicazione) per condurre e approfondire l'esame del dichiarante, favorendo l'emersione di tutte le informazioni rilevanti e pertinenti per la ricostruzione dei fatti di causa. Secondo il "modello cognitivo", invece, il contatto diretto fra giudice e prova costituisce una condizione necessaria per la *valutazione* della prova orale, poiché consente al giudice di cogliere i profili assiologici propri di ogni vicenda giudiziaria. La sezione culmina, infine, con un tentativo di ridefinizione teorica del principio (p. 100) di cui si chiariscono presupposti, limiti e conseguenze applicative. In questa sede, basti segnalare che l'a. - distanziandosi da alcune posizioni espresse in dottrina - sostiene che l'immediatezza sia un principio generale della materia probatoria, dotato di un fondamento costituzionale soltanto indiretto (*rectius*: implicito) e, di conseguenza, suscettibile di ragionevoli compressioni, in virtù dei bilanciamenti effettuati con interessi di analogo o maggiore rilievo.

Il secondo capitolo affronta il complesso tema del diritto al *doppio grado di giurisdizione*. La sua inclusione nell'indagine merita di essere sottolineata perché il tema, salvo qualche eccezione, è stato trascurato dalla dottrina processuale penale (non da quella processuale civile, con cui l'a. instaura un proficuo dialogo), ma si rivela assai prezioso per impostare su binari sicuri l'indagine sulla rinnovazione probatoria in appello. La prima sezione (*stato dell'arte*) porta alla luce le origini concettuali del dibattito attuale mostrando come - ben prima degli arresti maturati in sede europea - la giurisprudenza oscillasse tra due poli differenti: l'uno fondato sulla cosiddetta "motivazione rafforzata", l'altro incentrato sulla necessità di replicare le attività istruttorie già espletate in primo grado (rinnovazione istruttoria), per oltrepassare la presunzione d'innocenza e superare ogni dubbio ragionevole intorno alla responsabilità dell'imputato.

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

L'a. riconosce che quest'ultima impostazione (che conduce a un "appello di fatto rescindente") ha prevalso nella giurisprudenza di legittimità, a partire dalle sezioni unite *Dasgupta*, ma evidenza i limiti e gli inconvenienti di tale soluzione, laddove il rapporto tra rinnovazione probatoria e motivazione rafforzata rimane ambiguo e sostanzialmente irrisolto. Nella seconda sezione (*storia e dogmatica*) l'a. si spinge al fondo dei dilemmi intorno al giudizio d'appello, affrontando apertamente gli scetticismi che aleggiano intorno alla previsione di un secondo grado di giurisdizione nel merito. In tale frangente, si pone in luce il ruolo decisivo che - anche in chiave comprata - assume l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, vera e propria chiave di volta su cui costruire un giudizio d'appello da intendersi come *revisio prioris instantiae*, piuttosto che come *novum iudicium*. Nella terza e ultima sezione (*critica*), l'analisi si concentra sul piano propriamente ermeneutico, esaminando la giurisprudenza della Corte costituzionale e degli organismi internazionali sul doppio grado di giurisdizione. In tale contesto, si introducono le problematiche specifiche poste dall'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento, delineando i presupposti affinché il giudizio d'appello rimanga coerente con i canoni del giusto processo, in un sistema di marca tendenzialmente accusatoria. In particolare, si sostiene la necessità di adottare un'interpretazione rigorosa di alcuni capisaldi del nostro sistema processuale (vale a dire il libero convincimento del giudice *ex* art. 192 c.p.p., la regola della devoluzione limitata e la specificità dei motivi di impugnazione, di cui agli art. 597 e 581 c.p.p.), che cospirano armoniosamente verso una configurazione del giudizio d'appello quale *revisio prioris instanitiae*. Alla luce di queste premesse, l'a. mostra di valutare positivamente le pronunce giurisprudenziali e le riforme legislative intervenute di recente sui requisiti dell'atto d'impugnazione, sovente criticate dalla dottrina e dalla classe forense per il timore di un eccessivo restringimento del potere di impugnazione spettante all'imputato.

Il punto di convergenza delle analisi condotte sul principio di immediatezza e sul doppio grado di giurisdizione si rinviene nel terzo e ultimo capitolo, dedicato alla *prova in appello*. In esso si portano a frutto le acquisizioni precedenti, compiendo una disamina analitica dell'assetto normativo vigente in materia (in particolare, l'art. 603 c.p.p., modificato dapprima nel 2017 e, da ultimo, nel 2022) e dei suoi complessi risvolti applicativi. Nella prima sezione (*stato dell'arte*) si evidenziando i disorientamenti ermeneutici ravvisabili nei plurimi pronunciamenti della Cassazione a sezioni unite (*Dasgupta*, *Patalano*, *Troise*, *Pavan*, *Dine*), di cui si propone una stimolante lettura sinottica. Inoltre, si esaminano in profondità gli

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

orientamenti della Corte di Strasburgo *in subiecta materia*, evidenziando analogie e dissonanze rispetto agli approdi cui è pervenuta la nostra Corte di legittimità. Nella seconda sezione (*critica*), l'a. avanza le proprie conclusioni, ponendole immediatamente a confronto con le ipotesi più controverse in giurisprudenza. Con ricchezza di riferimenti e argomentazioni persuasive - soprattutto in prospettiva epistemologica - Aiuti sostiene che l'ampiezza della rinnovazione probatoria in appello non dovrebbe dipendere (come ritiene la giurisprudenza e, in qualche misura, pure il legislatore) dal tipo di sentenza impugnata e dal soggetto a ciò legittimato, bensì dalla natura della critica che viene rivolta al ragionamento probatorio svolto dal giudice di prime cure. Egli ritiene, dunque, che sia necessario concentrare l'attenzione sul rapporto tra la motivazione in fatto della sentenza di primo grado e i motivi specifici di critica che ad essa vengono rivolti. Tali motivi non delimitano soltanto l'ambito di cognizione del giudice d'appello, ma determinano anche l'ampiezza della rinnovazione obbligatoria dell'istruzione (salvo l'esercizio dei residuali poteri officiosi). Sulla scorta di queste premesse, l'a. espone criticamente le proprie soluzioni con riferimento ad alcune situazioni paradigmatiche (rinnovazione della perizia o della consulenza tecnica, dell'esame dell'imputato sul fatto proprio o altrui, riapertura dell'istruzione nell'ipotesi di appello contro la sentenza emessa nel giudizio abbreviato). Infine, si individuano i vincoli decisori che discendono dall'impossibilità di escutere nuovamente una fonte di prova per circostanze sopravvenute e si delineano le conseguenze derivanti dalle ipotesi (patologiche) di omessa rinnovazione, precisando i caratteri del vizio in questione (Luca Pressacco).

Federico Carpi, Paolo Biavati, Elena Zucconi Galli Fonseca, Carlo Rasia, *Tito Carnacini. Il Maestro, lo studioso, il Rettore*, Bologna University Press, Bologna 2024, pp.1-98.

Questo volume piccolo di formato, ma denso di descrizioni e ricordi, fa parte della collana "*Grandi giuristi bolognesi del secondo Novecento"* diretta da M. Caianiello, F. Casolari, M. Cavina, R. Orlandi e rappresenta un affascinante tributo a Tito Carnacini.

Già dal titolo si intuisce la triplice prospettiva in cui l'insigne giurista bolognese è ricordato: quella di docente non solo di diritto processuale civile, ma anche di diritto del lavoro, che l'ha portato a divenire un eccellente Maestro e a formare una florida scuola composta da illustri allievi; quella di studioso, acuto e profondo, a. di saggi che ancor oggi presentano risvolti di grande attualità; infine, quella istituzionale prima di preside

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

nell'Università di Modena, poi di Rettore nell'Università di Bologna, nonché di presidente della Conferenza dei rettori europei.

Il libro si articola in quattro Capitoli redatti, nell'ordine, da Federico Carpi, Paolo Biavati, Elena Zucconi Galli Fonseca e Carlo Rasia.

Nel Capitolo I Federico Carpi, dopo aver ricordato le poche ma intense parole (tutte trascritte, "perché, a ben vedere, nessuna può essere omessa") pronunciate da Umberto Romagnoli il 28 settembre 1983 (giorno delle esequie di Tito Carnacini) lo definisce "un Maestro, non solo di diritto, ma di comportamento. Ineguagliabile". E questo si evinceva già dal suo modo di rivolgersi agli studenti, in segno di rispetto umano, dicendo "come lor signori ben sanno". Segue una ricostruzione dei principali momenti della vita di Carnacini: si avvicina al diritto processuale civile da giovanissimo, entrando nello studio del prof. Enrico Redenti (del quale divenne "l'allievo prediletto"), ancor prima di laurearsi; segue poi le lezioni romane di Giuseppe Chiovenda e, successivamente, soggiorna a Vienna, per approfondire lo studio della lingua tedesca. Lì incontrò (seppur non fisicamente) Hans Kelsen, importante nella sua formazione scientifica e culturale. Nel 1934 pubblicò quattro saggi sull'esecuzione forzata (saggi che piacquero molto a Francesco Carnelutti), prodromici alla prima monografia *Contributo allo studio del pignoramento*. Nel 1937 pubblica *Il litisconsorzio nelle fasi di gravame*, ove indagò e risolse uno degli aspetti più complessi della disciplina delle impugnazioni. Dello stesso anno è la voce *Arbitri* per il *Nuovo digesto italiano*. L'anno successivo lo vede vincitore di concorso, solo ventottenne. La prima cattedra di diritto processuale civile è a Ferrara e poi a Modena, ove diviene presto preside di Facoltà. Fra il 1940 e il 1942 collabora con la commissione incaricata di redigere il nuovo codice di procedura civile. Nel 1941, in occasione dell'ordinariato, pubblica in edizione fuori commercio il saggio *Espropriazione individuale e pluralità dei creditori*. Seguono gli anni della guerra, nei quali, come giovane ufficiale di marina, viene distaccato al Ministero. Nel 1947 pubblica il volumetto su *Relazione sulla riforma del codice di procedura civile*, in qualità di preside modenese, giacché all'epoca i Ministeri della giustizia chiedevano i pareri alle Facoltà di Giurisprudenza e agli ordini professionali (abitudine, purtroppo, andata in disuso). È per molti anni presidente dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile. Membro dell'Accademia dei Lincei presenta il progetto di riforma della fine degli anni Settanta. Numerosissime le sue pubblicazioni fra cui ci si limita a segnalare la voce *Arbitrato rituale* e l'ampio studio di teoria generale *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. Il suo ultimo scritto, uscito postumo nel 1984, è dedicato a *L'intervento del giudice nel conflitto*

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

industriale. Come rettore si distinse, durante quegli anni particolarmente difficili per gli Atenei del nostro Paese, per la sua posizione di raro equilibrio, ritenuta "il prodotto di una scommessa difficile e, quel che importa, vinta. Carnacini convertì al calcolo costi-benefici e perciò alla razionalità i protagonisti di uno scontro che tra comportamenti illegali e repressione avrebbe potuto dare frutti amarissimi. Diciamolo esplicitamente: Carnacini impedì, o contribuì per buona parte ad impedire, che la rivolta degli studenti lasciasse semi capaci di svilupparsi in terrorismo" (così F. Mancini, *Il liberale Tito Carnacini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*. 1984, p. 630 s.).

Il Capitolo poi prosegue con una ricostruzione personale "quasi in *flash back*" dell'a. su quelli che ritiene siano gli aspetti peculiari della personalità del prof. Carnacini: la passione per l'insegnamento ("i giovani sentono vivissimo il fascino della personalità") e l'impegno di organizzatore di cultura (partecipava sempre, "anche quando i gravosi impegni del rettorato lo coinvolgono", "all'appuntamento serale, quasi giornaliero, in quel singolare cenacolo culturale rappresentato dalle riunioni di redazione della *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*").

Nel Capitolo II Paolo Biavati si concentra sul ruolo preminente assunto da Tito Carnacini, quale studioso e docente dell'arbitrato. Richiama alla memoria il "cursillo" (come lo stesso prof. Carnacini lo definì) sull'arbitrato tenuto nel 1973-1974 che l'a. frequentò e di cui sottolinea la scelta in un certo modo avanguardistica, certamente "non banale. In quegli anni i temi di frontiera erano altri". Di quelle lezioni dense e affollate è rammentata un'immagine significativa: "Carnacini ci spiegava che gli arbitri non sono giudici dello Stato e che sono privati. Non portano, ci disse, il pennacchio dei carabinieri: e, dicendolo, fece il gesto di portare una mano sopra la testa, mimando il pennacchio". In quelle aule, leggendo e approfondendo le sue pubblicazioni, si è formata l'importante e feconda scuola bolognese dell'arbitrato, della quale uno dei frutti più significativi è il *Commentario*, prima approfondita analisi dell'istituto arbitrale, "dedicato espressamente a Tito Carnacini, come logico riconoscimento della sua opera".

Elena Galli Zucconi Fonseca inizia il Capitolo III ricordando il suo primo approccio a *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo* che avvenne da giovane studentessa del terzo anno di Giurisprudenza alle prese con lo studio del diritto processuale civile, costituendo, il suddetto saggio ("poco meno di una ottantina di pagine che, da originario estratto dal volume degli studi in onore di Enrico Redenti, si trasformava in vera e propria, seppur breve, monografia175), parte integrante del programma di esame. L'a. rammenta le pagine di quel "libretto" come pagine "dense, che met-

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

tono a dura prova l'inesperienza di un giovane studente" e confessa di averle rilette più e più volte, anche di recente, ritrovandovi ogni volta "parole nuove, nuovi concetti, declinazioni che non avevo colto in precedenza". Il saggio è edito nel 1951, ma è lo stesso Carnacini a raccontare, nell'avvertenza in calce alla prima pagina, di aver pubblicato dieci anni prima, in pochi esemplari, un saggio dal titolo *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile* nel quale erano anticipate, sia pur in forma incompleta e provvisoria, "alcune delle idee che ora svolgo nel presente lavoro". Ciò che colpisce - in un "momento storico di svolta della scienza processuale", in un sistema giustizia caratterizzato da processi *on line*, dai *files* multimediali amplificati dall'intelligenza artificiale e dai richiami ipertestuali, mondo che Tito Carnacini non conosceva né avrebbe potuto immaginare - è l'attualità delle sue riflessioni e del suo insegnamento, che è innanzitutto di metodo. Elena Galli Zucconi Fonseca si sofferma in particolare su due "regole d'arte" che ritiene assumano particolare valore ai nostri giorni. Il Maestro infatti avvertiva che se la parte decide di fare uso del processo per tutelare un proprio diritto (ed è pienamente libero di scegliere se farne uso o no) si tratta "a scelta fatta e se si vuole che sia proficua, di agire a regola d'arte". La prima: il ruolo centrale - ieri come oggi - del difensore, esperto della tecnica processuale, che Carnacini, attraverso un paragone "umile" ma "confacente" ed "espressivo", paragonava ad una "automobile pubblica" che porta il passeggero alla destinazione chiesta scegliendo il percorso migliore. La seconda: la gestione dei fatti di causa nel processo. Infatti se è vero che *iudex iuxta allegata et probata partium iudicare debet*, ciò nonostante - affermava il Maestro - a tale principio può derogarsi, quando si renda necessario per raggiungere la "regola d'arte". Da qui l'a. trae la conclusione che se la gestione dei fatti di causa appartiene alla tecnica processuale e, quindi, può essere declinata nelle forme più idonee, può essere attualizzata alla nostra epoca del *web*, dei *big data* e dell'*IA* in cui "sempre più spesso, si trova prima la prova del fatto e che l'istruzione c.d. primaria, finalizzata alla ricerca dei fatti da dedurre in giudizio, sempre più spesso si fa a processo già iniziato, non solo ad opera delle parti o dei difensori, ma anche del giudice o del consulente tecnico". Segue un ricordo personale in cui l'a., che per ragioni anagrafiche non ha avuto la "fortuna di conoscere di persona Tito Carnacini", ripercorre i luoghi che gli appartenevano che lei stessa ha frequentato: il suo studio, la sua casa (in cui ha avuto l'occasione di intrattenersi in conversazioni con la moglie, la sig.ra Mina, come era chiamata dagli allievi del marito). Il capitolo si conclude con l'invito ai giovani studiosi della scuola bolognese a preservare il contributo che il professor Carnacini ha

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

dato alla scienza processuale ed al contempo a portarlo oltre l'epoca in cui fu scritto "affinché l'opera del Maestro continui ad indicare le vie", seppur di inediti cammini.

Nel Capitolo IV Carlo Rasia si concentra sul ruolo di Carnacini come docente e sui suoi corsi nell'Università di Bologna; ne ripercorre, con minuzia di dettagli, sin dall'inizio le tappe e i vari passaggi, ne ricorda e al contempo ne celebra, "la sua capacità di insegnamento e quella di raccogliere attorno a sé un cenacolo di giovani" formando, a ben vedere, due importanti scuole: quella di diritto processuale civile e quella di diritto del lavoro (l'a. riferisce di una piacevole chiacchierata avuta con Franco Carinci, prima studente e poi allievo di Carnacini, in cui lo stesso gli aveva sottolineato la grande autorevolezza che il Maestro aveva anche nel campo giuslaboristico). L'a. conclude indicando il lascito, l'insegnamento più grande, di Tito Carnacini "per un allievo del nuovo millennio", che l'ha conosciuto solo attraverso i suoi scritti: il suo essere un pensatore innovativo, "un viaggiatore, spinto a superare le proprie paratie culturali e disciplinari, accettando di rimettersi ogni volta in gioco, aprendosi alle contrapposizioni, per spostarsi sempre un po' più in là rispetto alla bandiera della conoscenza".

L'opera "polifonica", che si legge con estremo piacere, ci restituisce un interessante ritratto, a tratti anche privato e affettuoso, del grande studioso bolognese (Chiara Spaccapelo).

Massimo Cirulli, *La rescissione del contratto nel sistema della tutela giurisdizionale, Quaderni di Judicium*, Pacini Giuridica, Pisa 2023, pp. 1-580.

L'opera, che qui si segnala, tratta del rimedio della rescissione del contratto nel quadro della tutela giurisdizionale dei diritti e, idealmente, si compone di due parti. Nella prima, viene offerta un'attenta ricognizione del diritto sul piano materiale, che passa anche attraverso l'individuazione delle condizioni del suo esercizio (e pure dell'azione), senza che sia trascurata l'analisi di interessanti questioni, vive nel più recente dibattito, per l'impulso ad accostare lo studio della rescissione ad altri temi, quale è, ad esempio, quello dell'usura, cui si dedica il Capitolo Terzo, che, nel piano dell'Opera, pare tuttavia assumere una propria autonomia (v. pp. 185; e sino a 246). Sin dalle prime battute, l'a. svela alcuni degli obiettivi di indagine che intende perseguire (v. pp. 2; 16), dichiarando di voler verificare se il tema si presti ad essere collocato nel più ampio dibattito della c.d. "giustizia contrattuale" per le apodittiche esigenze - quella della "protezione del contraente leso" e della

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

"conservazione del contratto" - che vengono in rilievo, affinché sia possibile vagliare se la rescissione - tuttora ricostruita nella prevalente prospettiva della *restitutio in integrum* e, così, della tutela specifica - sia compatibile con la domanda di risarcimento del danno. L'ampia analisi storica, dogmatica e comparatistica (svolta sino a p. 78), introduce l'indagine di diritto positivo e rende esplicita la ragione per cui la legislazione vigente tenda a qualificare la rescissione alla stregua di un rimedio - concreto - da invocare per contenere un "pregiudizio patrimoniale effettivo" (v. p. 107), non a caso, ricostruito muovendo dalla classica nozione di "abuso del diritto" (v. pp. 99 ss.), attraverso la quale vengono rilette le categorie normative dello "stato di pericolo" e di "bisogno" - di cui, e rispettivamente, agli artt. 1447 e 1448 c.c., (v. pp. 108-111) -, ed interpretato facendo leva sull'analisi dedicata ad altra clausola generale, quella di "violenza economica" -sanzionata nel nostro ordinamento all'art. 1438 c.c., ma di nuovo conio nella disciplina d'Oltralpe - v. il nuovo art. 1143 *Code civil* - ove viene invocata per selezionare nuove ipotesi di vizi del consenso (v. p. 105). L'indagine sulla rescissione prosegue, in effetti, in un parallelo di disciplina con quella degli altri vizi (della causa) del contratto (v. p. 115), tanto da essere letta quale sanzione civile contro il "profittamento altrui", pur trattandosi di uno strumento diverso rispetto all'annullamento (v. p. 120 ss.; 315 ss.), posto che il "pericolante" o il "bisognoso" dispone del potere di rescindere il contratto fin dalla sua conclusione. L'inquadramento sistematico maggioritario della azione di annullamento (v. p. 309 ss.) fa' da preludio alla ricostruzione (anche) della azione di rescissione, la cui natura è parimenti ritenuta costitutiva (v. pp. 326 ss.; 332 ss.) con qualificazione dei motivi di (annullamento e di) rescissione alla stregua di "fatti costitutivi" del potere di azione, tanto da leggere la sentenza di accoglimento della domanda (di annullamento o) di rescissione quale "fatto estintivo" del rapporto contrattuale (v. pp. 309-334). Messa in conto la non rilevabilità d'ufficio della rescindibilità (v. p. 279 ss. ma v. anche 356 ss. ove viene esaminata la questione della rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto annullabile o rescindibile), e fatta propria l'impostazione argomentativa favorita dalla Cassazione sul tema delle impugnative negoziali ormai da un decennio, le relazioni tra i più processi e i relativi giudicati (per una sintesi v. p. 299) vengono impostate (e risolte) quale conseguenza della tesi della validità ed efficacia - sia pur caducabile - del contratto annullabile o rescindibile (v. pp. 139 ss.; 288 ss.), di modo che i rapporti tra i diversi giudizi - uno dei quali abbia ad oggetto un'impugnativa negoziale (dalla natura autodeterminata) - siano da regolare, e il potenziale conflitto di accertamenti da comporre, secondo l'alternativa per cui "o si ritiene che il primo giudicato di impugnativa negoziale precluda la re-

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

scissione e le altre impugnative negoziali; o si ritiene che il secondo giudicato renda inefficace il primo": la soluzione, *ça va sans dire*, "dipende dalla concezione, estensiva o restrittiva, dei limiti oggettivi del giudicato" (v. p. 304 ss.). Aderendo alla tesi per cui l'iniziativa processuale del contraente legittimato (e interessato) alla dichiarazione d'inefficacia del negozio viziato consiste in un'eccezione piuttosto che in un'azione, l'oggetto del giudizio e del giudicato di rescissione vengono pertanto visti nell'accertamento dell'inefficacia del rapporto contrattuale, anziché nel potere di modificazione giuridica, in relazione al motivo addotto a fondamento dell'impugnativa negoziale, "con estensione della preclusione del deducibile a tutte le (ulteriori) possibili ragioni di inefficacia" (v. spec. pp. 334-337 ss.). Segue una analisi *i)* sulla natura (sostanziale o processuale) della offerta di riduzione ad equità (pp. 362-386); *ii)* sulla sentenza di rescissione, che è priva di efficacia retroattiva *erga omnes* (o reale *ultra-partes*, se si preferisce) e che fa salvi i diritti acquisiti dai terzi secondo la stessa logica rimediale dedicata alla risoluzione, 'sì da dover ragionare diversamente a seconda della natura del bene, del tempo e del modo di acquisto del diritto (v. pp. 387 ss.; spec. 389 e 391); *iii)* sui profili restitutori, regolati dagli artt. 2037; 2038 e 2040 c.c. (che vengono interpretati alla luce dell'art. 2033 c.c.), la cui statuizione è ritenuta capo dipendente della pronuncia costitutiva "processuale" e non "sostanziale" di rescissione (v. p. 413 ed *amplius* pp. 479 - 480); *iv)* sugli effetti (processuali) della sentenza di condanna, da tenere distinti da quelli sostanziali del giudicato costitutivo (di rescissione) e di condanna (alle restituzioni) (v. pp. 488-494); *v)* sui rapporti tra la tutela costitutiva rescissoria e quella esecutiva cautelare (v. pp. 484 ss.; 510 ss.). Fanno da conclusione all'indagine, i cui profili di interesse sono indubbiamente molteplici, la verifica circa l'ammissibilità della tutela risarcitoria, che venga invocata unitamente a quella rescissoria (v. spec. p. 525 quanto alla tendenza a ricostruirne i rapporti in chiave di cumulo alternativo di domande), e l'esperibilità dell'azione di rescissione anche in ipotesi di divisione, non solo ereditaria (v. pp. 555 ss.), quali aspetti discussi di un processo oggettivamente cumulato (Silvia Tarricone).

Salvatore Patti, Roberto Poli (a cura di), *La consulenza tecnica d'ufficio. Funzione, oggetto, sindacabilità*, Giappichelli, Torino 2024, pp. XVII-477.

L'opera collettiva che si segnala qui concerne l'acquisizione dei saperi esperti nei procedimenti giudiziari nella prospettiva, interdisciplinare in Italia ma non altrove, del diritto delle prove, e si divide in due parti.

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

Nella prima, qualificata come inquadramento generale, si presentano contributi in cui si ritrova, fra l'altro, quanto segue: Ferruccio Auletta auspica che il giudice civile sia tenuto a cercare l'accordo delle parti nella nomina del consulente e ad avvalersi del perito anche quando sia in possesso del sapere tecnico richiesto; Michele Lupoi illustra la disciplina positiva del subprocedimento in sede civile; Marco Rossetti descrive il percorso storico della distinzione della figura del consulente da quelle di testi ed arbitri, per soffermarsi in particolare sui limiti di ammissibilità dei quesiti di ordine giuridico; Antonio Scarpa argomenta che la facoltà del consulente contabile di considerare nuovi documenti relativi a fatti principali sarebbe strumentale alla sola conciliazione, e non anche alla decisione della causa; Mauro Bove difende l'idea che la consulenza deducente sia dispensabile quando il giudice civile possieda il sapere tecnico richiesto, e suggerisce che al termine di deposito delle osservazioni dei consulenti di parte si attribuisca effetto preclusivo; Giovanni Tuzet espone pregi e limiti delle tecniche bayesiane di prova del fatto; Damiano Canale descrive le esperienze australiane in tema di coordinamento del contraddittorio tecnico con la garanzia dell'oralità nell'assunzione della prova; Giovanni Maria Cipolla nega che nel processo tributario trovino deroga le disposizioni civilistiche in materia, salvo escludersi la conciliazione in sede di esame contabile; Giulio Ubertis individua nel contraddittorio peritale lo strumento per l'acquisizione al giudizio penale delle risultanze prodotte da sistemi di intelligenza artificiale; Gaetano Carlizzi narra l'evoluzione della disciplina della perizia in prospettiva comparata, difendendo il diritto dell'imputato a lamentarne in sede di legittimità la mancata assunzione.

Si rinviene poi, fra l'altro, quanto segue nei contributi proposti nella parte seconda, dedicata ai rapporti fra consulenza tecnica d'ufficio e processo nello specifico contesto della giustizia civile: Vincenzo Ansanelli dubita della legittimità costituzionale della facoltà del consulente di valersi di nuovi documenti; Francesca Ferrari approva la giurisprudenza che ha negato effetto preclusivo al termine di deposito delle osservazioni; Salvatore Patti esprime riserve sull'accertamento probabilistico del nesso causale; Paolo Comoglio sostiene l'opportunità di includere nel notorio le informazioni pubblicamente accessibili; Silvana Della Bontà mette in evidenza le ragioni che, anche in materia di responsabilità medica, possono rendere appetibile per il danneggiato il ricorso alla consulenza tecnica nel procedimento di mediaconciliazione; Romolo Donzelli si sofferma sui rapporti tra la figura del consulente tecnico e quella dell'esperto nominato su richiesta delle parti nel contenzioso di famiglia; Claudio Cecchella plaude alla prossima riduzione delle funzioni del giudice non togato nella giustizia

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

minorile; Beatrice Ficcarelli esamina, anche in prospettiva di riforma, le questioni interpretative poste dalla disciplina della consulenza tecnica preventiva; Mauro Di Marzio manifesta il timore che l'inapplicabilità delle preclusioni istruttorie al subprocedimento pregiudichi la celerità del giudizio; Roberto Poli prospetta che l'obbligo di motivazione possa concernere anche la formulazione dei quesiti, e che l'adesione alla consulenza implausibile sia censurabile come imprudenza nell'apprezzamento della prova.

L'opera presenta quindi diversi motivi d'interesse, e vi avrebbe forse giovato approfondire ulteriormente il tema, di rilevante attualità per l'analisi dell'istituto, del suo coordinamento con la tutela dei segreti (Andrea Giussani).

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

NOTE A SENTENZA

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 3 giugno 2024, n. 96

Pres. Modugno – Est. Amoroso

*È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 171-*bis *c.p.c., sollevata, in riferimento all'art. 77 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Verona* (massima non ufficiale).

*Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 171-*bis *c.p.c., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 76 Cost., dal Tribunale ordinario di Verona* (massima non ufficiale).

*Non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 171-*bis *c.p.c., sollevata, in riferimento all'art. 24 Cost., dal Tribunale ordinario di Verona* (massima non ufficiale).

(*Omissis*).

1. – Con ordinanza del 23 settembre 2023 (r.o. n. 150 del 2023), il Tribunale ordinario di Verona, sezione prima civile, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 171-*bis* del codice di procedura civile in riferimento agli artt. 3, 24, 76 e 77 della Costituzione. (*Omissis*).

Il Tribunale evidenzia, in punto di rilevanza, che l'atto di citazione è stato notificato in data 6 giugno 2023, sicché trova applicazione la disciplina dettata dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 (Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata), che ha modificato il rito ordinario di cognizione, introducendo, tra l'altro, il censurato art. 171-*bis* cod. proc. civ., che impone al giudice di pronunciare, entro quindici giorni dalla scadenza del termine per la costituzione del convenuto, il decreto di fissazione dell'udienza. Mediante tale decreto il giudice, da un lato, verifica la regolarità del contraddittorio e pronuncia, ove occorra, i provvedimenti di cui agli artt. 102, comma 2, 107, 164, comma 2, 3, 5 e 6, 167, comma 2 e 3, 171, comma 3, 182, 269, comma 2, 291 e 292 cod. proc. civ. e, da un altro, indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, anche rispetto alle condizioni di procedibilità della domanda e alla sussistenza dei presupposti per procedere con rito semplificato. (*Omissis*).

Considerato in diritto.

1. – (*Omissis*). Il giudice rimettente evidenzia che la disposizione censurata, come attestato anche dalla Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149 del 2022, riveste un ruolo centrale nella struttura del processo di cognizione di primo grado riformato da tale decreto, in quanto ha la funzione, nell'intento di realizzare la concentrazione processuale che caratterizza la nuova fase introduttiva e di trattazione, di evitare che alla prima udienza il giudice sia chiamato a compiere le verifiche preliminari, anticipandole al decreto di fissazione dell'udienza. Il Tribunale di Verona sottolinea che non vi è dubbio sul dovere del giudice di emettere il decreto di cui all'art. 171-*bis* cod. proc. civ., come si evince tanto dall'uso del-

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

l'indicativo da parte di tale disposizione, quanto dalla circostanza che, in mancanza, le parti rischierebbero di compiere un'attività processuale inutile nelle memorie depositate prima dell'udienza, ai sensi dell'art. 171-*ter* cod. proc. civ., qualora fossero solo dopo disposti adempimenti preliminari funzionali a una corretta realizzazione del principio del contraddittorio.

1.1. – Ciò premesso, in primo luogo, il giudice *a quo* assume, con riferimento agli artt. 76 e 77 Cost., un contrasto della disposizione censurata con i criteri indicati dalla legge di delega.

A riguardo rileva, innanzi tutto, che l'art. 1, comma 5, lettera *i*), della legge n. 206 del 2021, pur indicando principi molto dettagliati relativi alla fase di trattazione, non contempla alcun intervento anticipato dell'autorità giudiziaria prima dell'udienza di comparizione delle parti.

Sottolinea, inoltre, che i principi di cui all'art. 1, quinto comma, lettere da *c*) a *g*), della predetta legge non indicano tra i possibili contenuti delle memorie delle parti, successive agli atti introduttivi, anche le questioni rilevabili d'ufficio dal giudice.

Nell'indicata prospettiva il Tribunale *a quo* evidenzia che il legislatore delegante, pur nell'ambito di principi di delega molto dettagliati, non ha contemplato una fase, antecedente all'udienza di prima comparizione, destinata alle verifiche preliminari che si porrebbe, dunque, quale elemento distonico rispetto all'assetto prefigurato dallo stesso.

1.2. – Il giudice rimettente assume, inoltre, che la disposizione censurata sarebbe incompatibile anche con gli artt. 3 e 24 Cost.

1.2.1. – In particolare, quanto alla possibile violazione dell'art. 3 Cost., osserva che è prevista una decisione *inaudita altera parte* solo delle questioni rilevate d'ufficio che condizionano l'introduzione del processo o la sua estensione soggettiva, mentre, per tutte le altre, la relativa decisione è differita alla prima udienza, senza che sussista una ragionevole giustificazione per tale diverso trattamento sì da svelare una scelta arbitraria che sarebbe preclusa al legislatore in una materia, come quella processuale, nella quale pure gode di ampia discrezionalità.

1.2.2. – Il giudice *a quo* rileva, inoltre, che l'art. 171-*bis* cod. proc. civ. si porrebbe in contrasto con l'art. 24 Cost., laddove consente l'emanazione di provvedimenti di carattere interlocutorio senza alcun preventivo contraddittorio tra le parti, ponendosi così in conflitto, sotto tale aspetto, anche con la relativa regola generale espressa dall'art. 101, secondo comma, cod. proc. civ., assurta ormai a principio informatore del processo civile.

2. – Occorre esaminare, innanzi tutto, l'eccezione preliminare dell'Avvocatura dello Stato che assume l'inammissibilità delle questioni, sia quella fondata sulla violazione dell'art. 76 Cost., in virtù degli ampi criteri della delega legislativa, sia quelle relative agli artt. 3 e 24 Cost., attraverso cui sarebbe richiesto un sindacato sul merito delle scelte del legislatore.

L'eccezione non è fondata, atteso che tanto la conformità della disposizione censurata alla legge delega per non avere il rimettente considerato gli ampi margini di discrezionalità del legislatore delegato (sentenza n. 248 del 2020), quanto l'eventuale non manifesta irragionevolezza della scelta legislativa costituiscono, semmai, elementi per il rigetto delle questioni nel merito e non già per l'inammissibilità delle stesse (tra le altre, sentenze n. 126 del 2021; n. 260 e n. 224 del 2020; n. 35 del 2017).

3. – Sotto un distinto profilo, il giudice rimettente evoca, nel muovere le proprie censure per violazione dei criteri di delega, oltre all'art. 76 Cost., anche l'art. 77 Cost.

Tuttavia, come noto, quest'ultima disposizione riguarda non già i decreti legislativi, come la prima, bensì indica i presupposti, individuati nella necessità e nell'urgenza, in presen-

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

za dei quali il Governo può eccezionalmente emanare decreti-legge immediatamente in vigore, sino alla conversione in legge, entro i successivi sessanta giorni.

Si tratta, dunque, di un parametro inconferente, poiché la disposizione censurata non è stata emanata con decreto-legge, con conseguente inammissibilità della questione in relazione allo stesso (tra le molte, sentenze n. 225, n. 171, n. 46 e n. 8 del 2023, n. 259 e n. 248 del 2022 e n. 198 del 2021).

4. – All'esame delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Verona, con riferimento agli altri parametri (artt. 76, 3 e 24 Cost.), è opportuno premettere una sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento nel quale si colloca la disposizione censurata.

5. – L'art. 171-*bis* cod. proc. civ. rientra nell'ambito delle norme con le quali il d.lgs. n. 149 del 2022 ha riformato il giudizio ordinario di cognizione di primo grado in forza dei criteri di delega enunciati dall'art. 1, comma 5, della legge n. 206 del 2021.

5.1. – Il richiamato art. 1, comma 5, nel demandare al Governo l'emanazione di uno o più decreti legislativi volti a modificare il codice di procedura civile in materia di processo di cognizione di primo grado davanti al tribunale in composizione monocratica, indica, alla lettera *a*), i principi e criteri direttivi di carattere generale, individuati in quelli di "assicurare la semplicità, la concentrazione e l'effettività della tutela e la ragionevole durata del processo".

Le successive lettere da *b*) ad *i*), dedicate alla fase introduttiva e di trattazione, enucleano una serie di criteri più puntuali volti a consentire il deposito delle memorie orientate alla definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* prima dell'udienza di trattazione e non già a valle di essa, come avveniva nel sistema all'epoca vigente con la concessione dei termini di cui all'art. 183, sesto comma, cod. proc. civ.

In sostanza, la legge delega ha disegnato una nuova struttura della fase introduttiva e di trattazione del giudizio ordinario di cognizione di primo grado nella quale, antecedentemente alla prima udienza, le parti devono "dire e chiedere tutto", non già, peraltro, nei soli atti introduttivi, bensì specificando le proprie domande e difese, nonché veicolando le istanze istruttorie formulate in forma diretta e contraria nelle memorie integrative da depositare prima dell'udienza.

5.2. – I criteri di delega, contenuti nell'art. 1, comma 5, lettere da *a*) a *i*), della legge n. 206 del 2021, sono stati attuati dal legislatore delegato con il d.lgs. n. 149 del 2022.

In particolare, è stato aumentato il termine di comparizione del convenuto, rideterminato dai precedenti novanta agli attuali centoventi giorni, al fine di consentire che, dopo la costituzione dello stesso, che deve avvenire entro settanta giorni (e non più venti giorni) antecedenti l'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ., le parti possano depositare le memorie integrative che precedono tale udienza.

La disposizione censurata ha, inoltre, previsto che il giudice è tenuto, entro quindici giorni dalla scadenza del termine per la costituzione in causa della parte convenuta (*id est*, in un periodo ricompreso tra settanta e cinquantacinque giorni prima dell'udienza di trattazione), ad emanare il decreto di fissazione dell'udienza; decreto con il quale lo stesso giudice è chiamato ad effettuare una serie di verifiche preliminari sulla corretta instaurazione del contraddittorio e sulla sussistenza di alcuni vizi processuali, pronunciando, ove necessario, i conseguenti provvedimenti, nonché ad indicare alle parti le questioni rilevate d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione nelle memorie integrative.

Più specificamente, la disposizione censurata prevede che, ai fini dell'emanazione del decreto di fissazione dell'udienza, il giudice verifichi la "regolarità del contraddittorio" (art. 171-*bis*, comma 1, prima parte, cod. proc. civ.), compiendo una serie di controlli, ossia

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

quelli concernenti: a) l'integrità del contraddittorio in ipotesi di litisconsorzio necessario (art. 102, comma 2, cod. proc. civ.); b) l'opportunità che il processo si svolga in confronto di un terzo cui la causa è comune (art. 107 cod. proc. civ.); c) la nullità della citazione (art. 164, comma 2, 3, 5 e 6, cod. proc. civ.); d) la nullità della comparsa di risposta sotto il profilo della identificabilità della domanda riconvenzionale (art. 167, secondo e terzo comma, cod. proc. civ.); e) la costituzione delle parti e la dichiarazione di contumacia (art. 171, comma 3, cod. proc. civ.); f) i difetti di rappresentanza e autorizzazione e le nullità o la mancanza della procura al difensore (art. 182 cod. proc. civ.); g) l'eventuale fissazione di una nuova udienza se il convenuto chiama in causa un terzo (art. 269, comma 2, cod. proc. civ.); h) la validità della notificazione della citazione originaria al fine della dichiarazione di contumacia (art. 291 cod. proc. civ.); i) la necessità di notificare alla parte contumace gli atti previsti dalla legge (art. 292 cod. proc. civ.).

Se a fronte di tali controlli si rende necessario sanare uno dei vizi riscontrati ovvero ordinare il rinnovo della notifica della citazione nei confronti del convenuto non costituito o, ancora, integrare il contraddittorio nei confronti di soggetti non evocati in giudizio, il giudice, nello stesso decreto di fissazione dell'udienza, emana i provvedimenti conseguenti, differendo, ove occorra, l'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ.

Per altro verso, con il medesimo decreto di cui all'art. 171-*bis* cod. proc. civ., il giudice deve indicare alle parti le altre questioni rilevate d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, anche con riguardo alle condizioni di procedibilità della domanda e alla sussistenza dei presupposti per procedere con rito semplificato.

I due ordini di intervento che il giudice può compiere nelle verifiche preliminari si sostanziano in attività diverse: la prima è finalizzata alla sanatoria di un vizio processuale o all'estensione (necessaria o opportuna che sia) del contraddittorio e la seconda a consentire alle parti di esercitare il doveroso contraddittorio sull'esercizio del potere ufficioso, imposto ormai, oltre che sul piano costituzionale dal rispetto degli artt. 24 e 111 Cost., anche dall'art. 101, comma 2, cod. proc. civ. con riguardo al processo civile.

In proposito, la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149 del 2022 ha sottolineato che "in un sistema che aspira a realizzare il canone della concentrazione, e per il quale dunque, salvi i rari casi di chiamata del terzo da parte dell'attore, all'udienza la causa deve tendenzialmente sempre giungere con il perimetro del *thema decidendum* e del *thema probandum* già definito (...), non era possibile immaginare che il giudice fosse chiamato a compiere tutte le verifiche preliminari di sua competenza all'udienza stessa".

Nell'ottica del legislatore, l'anticipazione di una serie di attività al decreto di fissazione dell'udienza è volta a evitare che, dopo che sia stato imposto alle parti lo scambio delle tre memorie in via anticipata e senza poter entrare in contatto con il giudice, si possa giungere alla prima udienza e vederne disposto lo spostamento con l'assegnazione di nuovi termini per il deposito di ulteriori memorie, integrative di quelle già depositate.

L'intento perseguito dalla riforma è quello di giungere, di norma, alla prima udienza con l'eliminazione o la sanatoria di eventuali vizi processuali emersi nella fase introduttiva del processo e con la delimitazione, tendenzialmente definitiva, del perimetro del *quod decidendum* e del *quod probandum*, stante le deduzioni delle parti formulate nelle memorie integrative.

5.3. – La possibilità di evitare la regressione del giudizio, mediante i provvedimenti emessi e i rilievi effettuati nel decreto di fissazione dell'udienza, è peraltro tendenziale e non già assoluta, poiché resta fermo che le attività sananti e l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio, che l'art. 171-*bis* cod. proc. civ. affida al giudice in sede di verifiche preliminari, non trovano comunque in esse, sul piano logico e cronologico, un limite ultimo ol-

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

tre il quale opera uno sbarramento, per consumazione del potere, alla eventuale successiva rilevazione di tali questioni; la quale comunque potrà ancora avvenire sino al momento previsto dalla legge per ciascuna di esse. Momento che, ad esempio, quanto al rilievo della mancata partecipazione di un litisconsorte necessario, può essere finanche quello della decisione (anche in sede di impugnazione) della causa, onde evitare una pronuncia *inutiliter data* che non potrebbe essere opposta alla parte pretermessa.

Sotto altro aspetto, è lo stesso art. 183 cod. proc. civ., come modificato dal d.lgs. n. 149 del 2022, a prevedere che solo alla prima udienza il giudice, dopo che le parti hanno interloquito tra loro in vari atti e memorie, possa autorizzare l'attore a chiamare in causa un terzo quando tale esigenza sorge dalle difese del convenuto.

5.4. – L'altra disposizione collocata dal legislatore delegato al centro della nuova fase di trattazione del processo ordinario di cognizione, accanto a quella censurata, è l'art. 171-*ter* cod. proc. civ., secondo cui le parti, a pena di decadenza, con le memorie integrative, possono: a) almeno quaranta giorni prima dell'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ., proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto o dal terzo, nonché precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni già proposte; con la stessa memoria l'attore può chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza è sorta a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta; b) almeno venti giorni prima dell'udienza, replicare alle domande e alle eccezioni nuove o modificate dalle altre parti, proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande nuove da queste formulate nella memoria di cui al numero precedente, nonché indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali; c) almeno dieci giorni prima dell'udienza, replicare alle eccezioni nuove e indicare la prova contraria.

In sostanza, con riferimento alle difese delle parti, si tratta – salvo che per aspetti limitati – di memorie aventi un contenuto analogo a quelle che costituivano la cosiddetta appendice scritta dell'udienza dell'art. 183 cod. proc. civ. nel sistema previgente, nell'ambito di quel "rovesciamento" della fase di introduzione e trattazione del rito ordinario di cognizione che caratterizza la riforma.

5.5. – In definitiva, nella prospettiva del legislatore, l'udienza di trattazione, in luogo di un'udienza di mero "smistamento" volta alla sanatoria di vizi processuali o, in assenza di essi, alla concessione di termini per il deposito delle tre memorie costituenti l'appendice scritta della stessa nell'assetto previgente, assurge a momento centrale del processo di primo grado nel quale il giudice, con ampia contezza sull'oggetto della controversia, ha la possibilità, anche in forza della comparizione personale delle parti, di procurarne la conciliazione ovvero di gestire in maniera efficace la controversia, decidendo sulle istanze istruttorie e calendarizzando i relativi adempimenti sino alla pronuncia della sentenza, affinché questa intervenga nel tempo più celere possibile.

6. – Passando al merito delle sollevate questioni, deve essere esaminata, in via logicamente preliminare, quella sollevata in riferimento all'art. 76 Cost.

Come si è evidenziato, secondo la prospettazione del giudice rimettente l'eccesso di delega deriverebbe dalla circostanza che nessuno, tra i pur dettagliati criteri di delega indicati dall'art. 1, comma 5, della legge n. 206 del 2021 per la riforma del rito ordinario di cognizione di primo grado, faceva riferimento al decreto di fissazione dell'udienza, che pure è uno degli aspetti fondamentali nei quali si sostanzia la nuova struttura di tale rito, senza che si possa, peraltro, ricondurre la previsione al criterio generale di delega volto a realizzare la concentrazione processuale di cui alla lettera *a*) della predetta disposizione, stante che la disposizione censurata sarebbe connotata da elementi contraddittori in tale direzione.

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

6.1. – La questione non è fondata.

Va ricordato che, in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte, i confini del potere legislativo delegato risultano complessivamente dalla determinazione dell'oggetto e dei principi e criteri direttivi, unitariamente considerati, con la conseguenza che, nell'ambito di tale cornice, riveniente da un'interpretazione anche sistematica e teleologica della delega, deve essere inquadrata la discrezionalità del legislatore delegato, il quale è chiamato a sviluppare, e non solo ad eseguire, le previsioni della legge di delega, potendo così ben svolgere un'attività di "riempimento" normativo, che è pur sempre esercizio delegato di una funzione "legislativa" (tra le altre, sentenze n. 79 del 2019, n. 198 del 2018 e n. 104 del 2017).

Tenendo conto, quindi, del grado di specificità dei principi e criteri direttivi e della maggiore o minore ampiezza dell'oggetto della delega, la loro interpretazione deve muovere, innanzi tutto, dalla "lettera" del testo normativo, a cui si affianca l'interpretazione sistematica sulla base della *ratio legis*, emergente dal contesto complessivo della legge di delega e dalle finalità che essa persegue (sentenze n. 22 e n. 7 del 2024). In sostanza, il controllo sul superamento dei limiti posti dalla legge di delega deve essere compiuto partendo dal dato letterale per poi procedere a verificare se l'attività del legislatore delegato, nell'esercizio del margine di discrezionalità che gli compete nell'attuazione della legge di delega, si sia inserito in modo coerente nel complessivo quadro normativo, rispettando la *ratio* della norma delegante (sentenze n. 250 e n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015 e n. 119 del 2013).

La discrezionalità conferita dalla legge è particolarmente ampia quando la delega riguarda, come nella fattispecie in esame, un intervento normativo molto esteso su settori dell'ordinamento che, per la complessità dei rapporti e la tecnicità e interconnessione delle regole, mal si prestano ad esame ed approvazione diretta delle Camere (sentenza n. 84 del 2024): in questi casi, infatti, i principi e criteri direttivi della legge di delega tracciano gli obiettivi ed esprimono le linee di fondo delle scelte del legislatore delegante, con conseguente ampiezza del potere e dell'"attività di 'riempimento' normativo" conferiti al legislatore delegato (sentenze n. 22 del 2024 e n. 166 del 2023).

Con riferimento alla questione sollevata dal giudice *a quo*, se effettivamente l'art. 1, comma 5, della legge n. 206 del 2021 non fa specifico riferimento all'emanazione da parte del giudice, prima dell'udienza di comparizione e trattazione, di alcun provvedimento, non di meno la disposizione censurata si colloca coerentemente nell'ambito degli altri criteri di delega enucleati per la fase introduttiva e di trattazione del giudizio ordinario di cognizione di primo grado.

Infatti, la previsione ad opera della legge delega di uno scambio di memorie tra le parti prima della celebrazione dell'udienza sarebbe stata inutile o addirittura dannosa per l'auspicata concentrazione processuale senza un previo intervento del giudice. Sarebbe potuto accadere, come nell'esperienza dell'abrogato processo cosiddetto societario, disciplinato dal d.lgs. n. 5 del 2003, che dopo lo scambio delle memorie, il giudice dovesse rinviare l'udienza per l'esigenza di "sanare" o completare attività processuali di carattere preliminare, con conseguente necessità per le parti di depositare prima della nuova udienza altre memorie.

6.2. – In definitiva, una norma come quella espressa dall'art. 171-*bis* cod. proc. civ. è riconducibile al criterio di delega di cui all'art. 1, comma 5, lettera *i*), della legge n. 206 del 2021, che demanda al Governo l'introduzione di norme funzionali ad "adeguare le disposizioni sulla trattazione della causa ai principi di cui alle lettere da *c*) a *g*)", costituendone un naturale sviluppo in quanto coessenziale alla realizzazione del meccanismo del deposito delle memorie prima dell'udienza (sentenze n. 189 del 2018 e n. 278 del 2016).

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

Inoltre, la disposizione censurata è, al contempo, volta a realizzare il generale canone della concentrazione processuale sancito dalla lettera *a*) del medesimo art. 1, comma 5, della legge delega, perché orientata a ridurre le ipotesi di regressione del giudizio dopo il deposito delle memorie integrative.

7. – Non fondata è anche la questione relativa alla violazione dell'art. 3 Cost., che consiste nella deduzione del differente trattamento riservato dal primo comma dell'art. 171-*bis* cod. proc. civ. alle questioni rilevabili d'ufficio che possono esitare in provvedimenti ordinatori del giudice emanati con il decreto di fissazione dell'udienza (*id est*, quelle indicate nella prima parte del comma stesso), e tutte le altre, che devono solo essere indicate alle parti (e non sono anche decise) nel medesimo decreto.

Tale diversa regola processuale, posta dalla disposizione censurata, quanto a questioni che sono tutte rilevabili d'ufficio dal giudice, appare invero giustificata per le differenti conseguenze che l'assunzione dei provvedimenti volti alla corretta instaurazione del contraddittorio (nei confronti delle parti in causa o di altre cui è necessario estendere lo stesso) ovvero alla sanatoria di vizi degli atti introduttivi e il rilievo d'ufficio di altre questioni ad opera dell'autorità giudiziaria, hanno sui tempi di svolgimento del giudizio, sui quali sono suscettibili di incidere, dilatandoli, solo i primi, comportando, di regola, un differimento dell'udienza di trattazione.

Vi è, poi, che i provvedimenti emessi a seguito delle cosiddette "verifiche preliminari" si correlano a questioni spesso "liquide", ossia con un basso tasso di controvertibilità, soprattutto per quanto attiene alla regolarità delle notifiche e alla rappresentanza in giudizio, mentre le altre questioni rilevabili d'ufficio non solo non sono tipizzate, ma evocano profili di maggiore controvertibilità tra le parti. Il che impedisce di ritenere integrata un'ingiustificata disparità di trattamento ridondante in una violazione dell'art. 3 Cost., poiché, come questa Corte ha costantemente affermato, una violazione del principio di eguaglianza sussiste qualora situazioni omogenee siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili (*ex plurimis*, sentenze n. 67 del 2023, n. 270 del 2022, n. 165 del 2020, n. 155 del 2014, n. 108 del 2006, n. 340 e n. 136 del 2004).

E ciò vieppiù alla luce dell'ampia discrezionalità della quale gode il legislatore nella conformazione degli istituti processuali (tra le più recenti, sentenze n. 228 e n. 222 del 2023, n. 230, n. 203, n. 177, n. 143 e n. 13 del 2022, n. 148 e n. 128 del 2021); discrezionalità che opera anche rispetto a norme orientate alla riduzione della durata dei giudizi (sentenza n. 74 del 2022).

8. – Infine, il Tribunale dubita della conformità dell'art. 171-*bis* cod. proc. civ. all'art. 24 Cost., poiché la disposizione censurata prevede l'emanazione, con decreto, di provvedimenti di carattere interlocutorio fuori udienza e senza alcun contraddittorio preventivo con le parti.

8.1. – In generale, anche recentemente, questa Corte ha precisato che il contraddittorio, "quale primaria e fondamentale garanzia del giusto processo", consiste nella "necessità che tanto l'attore, quanto il contraddittore, partecipino o siano messi in condizione di partecipare al procedimento", anche se "al legislatore è consentito di differenziare la tutela giurisdizionale con riguardo alla particolarità del rapporto da regolare" (sentenza n. 73 del 2022).

Il principio del contraddittorio costituisce un connotato intrinseco del processo (sentenza n. 93 del 2022), nel quale deve essere assicurato il diritto di difesa, "quale spetta a tutti i cittadini nei procedimenti giurisdizionali" (sentenza n. 341 del 2006).

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

Il "giusto processo", nel quale si attua la giurisdizione e si realizza il diritto inviolabile di difesa, comporta necessariamente che esso "si svolga nel contraddittorio tra le parti", nonché – prescrive ulteriormente l'art. 111, comma 2, Cost. – "in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale".

Il contraddittorio è, invero, un momento fondamentale del giudizio quale cardine della ricerca dialettica della verità processuale, condotta dal giudice con la collaborazione delle parti, volta alla pronuncia di una decisione che sia il più possibile "giusta".

Il principio del contraddittorio, infatti, chiama in causa non solo la dialettica tra le parti nel corso del processo, ma riguarda anche la partecipazione attiva del giudice.

8.2. – Proprio facendo leva su tale principio, del resto, prima ancora che intervenisse il legislatore, la giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto la nullità della sentenza fondata sulla cosiddetta terza via, ossia quella pronunciata dal giudice attribuendo valenza decisiva a una questione rilevata d'ufficio senza aver provocato su di essa il contraddittorio con le parti in causa, in violazione, peraltro, dell'art. 183, comma 3, cod. proc. civ., per il quale (nella formulazione all'epoca vigente) il giudice, alla prima udienza, era tenuto a segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali riteneva opportuna la trattazione (*ex plurimis*, Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenza 5 agosto 2005, n. 16577).

In seguito, la legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile) ha introdotto, con l'art. 45, comma 13, un nuovo comma, il secondo, nell'art. 101 cod. proc. civ., in base al quale il giudice, se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.

Sulla predetta disposizione è da ultimo intervenuto nuovamente il legislatore proprio con il d.lgs. n. 149 del 2022, aggiungendo, con l'art. 3, comma 7, un primo periodo allo stesso secondo comma dell'art. 101 cod. proc. civ.: "[i]l giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni"; principio questo che informa di sé il processo civile e che, in particolare, nel giudizio di primo grado si invera nella prescrizione posta dall'art. 186 cod. proc. civ., secondo cui il giudice istruttore dà in udienza i provvedimenti opportuni sulle domande e sulle eccezioni delle parti "sentite le loro ragioni".

Anche sul piano normativo, dunque, è ormai acquisita la necessità del pieno rispetto del contraddittorio che – attraverso la contrapposizione dialettica tra tesi diverse argomentate dalle parti, anche in relazione alle questioni rilevate d'ufficio dal giudice – mira ad assicurare una decisione assunta nel rispetto del diritto inviolabile di difesa (art. 24 Cost.) e del canone del giusto processo (art. 111 Cost.). In tanto il contraddittorio adempie a tale funzione, in quanto le parti siano poste in condizione di esercitare in modo effettivo questa facoltà di interloquire, che è loro assicurata. Ed il giudice è tenuto ad esercitare i propri poteri all'interno del processo orientando gli stessi, in ogni momento, a questa regola fondante del giudizio.

8.3. – Orbene, la stessa disposizione censurata (l'art. 171-*bis* cod. proc. civ.) è, sotto un primo aspetto, volta proprio al rispetto di tale garanzia del contraddittorio tra le parti.

Prevede, infatti, che sin dal decreto di fissazione dell'udienza il giudice debba indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

Ciò è, all'evidenza, espressione dell'esigenza di garantire il contraddittorio poiché le parti sono sollecitate a sviluppare la propria posizione su di esse già nelle memorie di cui all'art. 171-*ter* cod. proc. civ. e poi a discuterne all'udienza di prima comparizione.

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

8.4. – Sotto altro aspetto, invece, la disposizione censurata, nella sua formulazione testuale, non garantisce allo stesso modo il contraddittorio laddove prevede che il giudice, prima dell'udienza di comparizione *ex* art. 183 cod. proc. civ. e delle memorie integrative *ex* art. 171-*ter* cod. proc. civ., operi le verifiche preliminari dalla stessa prescritte e adotti i provvedimenti conseguenti. È infatti stabilito che il giudice non si limiti ad indicare alle parti specifiche questioni di rito, anch'esse rilevate d'ufficio, quali sono quelle che attengono alla notifica degli atti introduttivi del giudizio, alla regolarità della rappresentanza delle parti, alla necessità o opportunità che il giudizio si svolga anche con la partecipazione di un altro soggetto. Il giudice va oltre: decide tali questioni, con decreto, anticipatamente rispetto all'udienza di prima comparizione e, soprattutto, le decide senza che le parti siano chiamate ad interloquire su di esse o abbiano la possibilità di farlo.

È pur vero che, in seguito, in sede di udienza di comparizione, le stesse parti, entrando in contatto con il giudice per la prima volta, possono interloquire in ordine al decreto emesso in precedenza e chiedere che il giudice, con ordinanza adottata in udienza, lo modifichi o lo revochi. Ma intanto il decreto ha posto a carico delle parti un onere processuale (di rinnovazione di una notificazione, di regolarizzazione della rappresentanza processuale, di integrazione del contraddittorio, di chiamata in causa di un terzo), che, se inadempiuto, comporta conseguenze pregiudizievoli per le parti, finanche l'estinzione del processo.

Ciò rende, in concreto, non effettiva la possibilità per le parti stesse di aver voce all'udienza di prima comparizione. Come è stato osservato in dottrina, viene meno il dialogo tra il giudice e i difensori sui vizi del contraddittorio, degli atti introduttivi e delle formalità di costituzione.

Del resto questa Corte, con riferimento alla chiamata del terzo chiesta dal convenuto nel processo del lavoro, ha precisato che "rimane [...] l'esigenza di garantire il contraddittorio delle parti prima che il terzo possa essere chiamato dal convenuto; contraddittorio che sarebbe sacrificato se, prima dell'udienza di discussione, il giudice potesse ammettere la chiamata del terzo disponendo, intanto, la notifica del provvedimento di fissazione e della memoria del convenuto e quindi differendo l'udienza di discussione" (sentenza n. 67 del 2023). La necessità di soddisfare l'esigenza di garanzia del contraddittorio tra le parti giustifica che il provvedimento del giudice, nel processo del lavoro, sia adottato in udienza, sentite le parti.

8.5. – Pertanto, sotto questo aspetto, la censura del giudice rimettente coglie nel segno laddove evidenzia una possibile compressione del diritto di difesa.

Ma "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali" (sentenza n. 42 del 2017), potendo questa Corte indicarne l'interpretazione adeguatrice, orientata alla conformità a Costituzione, sì da superare un dubbio di legittimità costituzionale (*ex plurimis*, sentenze n. 41 e n. 36 del 2024, n. 183, n. 105, n. 46 e n. 10 del 2023).

L'interpretazione adeguatrice, quando operata da questa Corte, rappresenta l'esito della valutazione delle censure di legittimità costituzionale mosse dal giudice *a quo* e quindi ha una valenza e portata peculiari rispetto all'ordinaria esegesi del giudice comune.

8.6. – Viene in rilievo, innanzi tutto, il potere del giudice di direzione del processo sancito dall'art. 175 cod. proc. civ. e, più in generale, dall'art. 127 cod. proc. civ., che prevedono che il giudice – e in particolare il giudice istruttore – esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento, fissando le udienze che ritiene utili a tal fine e anche determinando i punti sui quali esse devono svolgersi. Inoltre – come già rilevato – il giudice deve in ogni caso assicurare il rispetto del contraddittorio e, quando accerta

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

che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni (art. 101, comma 2, cod. proc. civ.).

Per un verso, allora, il giudice, in occasione delle verifiche preliminari di cui all'art. 171-*bis* cod. proc. civ., può apprezzare egli stesso la necessità, in concreto, che le parti interloquiscano in ordine all'oggetto del decreto che è chiamato ad adottare prima dell'udienza di comparizione; ciò perché, talora, possono esservi aspetti da chiarire con l'apporto che solo le difese delle parti possono dare.

A questo scopo, ha la possibilità di fissare, prima dell'emanazione del decreto previsto dalla disposizione censurata (anche nelle più agili forme rispetto all'udienza cosiddetta in presenza contemplate, oggi, dall'art. 127-*bis* cod. proc. civ.), un'udienza *ad hoc*, nell'ambito di quelli che sono i propri generali poteri di organizzazione e direzione del processo (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 21 febbraio 2022, n. 5624), i quali consentono sempre al giudice, ove lo ritenga opportuno, di concedere termini alle parti per il deposito di note scritte o di fissare udienze non espressamente previste dalla legge.

Per altro verso – se il giudice adotta senz'altro il decreto quando le questioni che risolve si presentano "liquide", apparendogli scontate e indubbie (si pensi alla necessità di rinnovare una notificazione nulla) – può accadere che le parti, alle quali il decreto è comunicato, le ritengano invece controvertibili e meritevoli di interlocuzione nel contraddittorio tra loro; ciò che può verificarsi, ad esempio, se viene ordinato l'intervento di un terzo che può incidere sensibilmente sulla portata della lite. In tale evenienza, ciascuna parte può sollecitare il giudice affinché, esercitando il suo potere direttivo, fissi un'udienza *ad hoc* e "determin[i] i punti sui quali essa deve svolgersi" (art. 127, comma 2, cod. proc. civ.).

Il giudice può fissarla allo scopo di vagliare le ragioni che ad avviso della parte richiedente ostano all'adozione del provvedimento, in modo da decidere subito, evitando che, ove il contraddittorio tra le parti si dispieghi solo all'udienza di trattazione, il giudizio possa subire una regressione.

Nell'uno e nell'altro caso la fissazione di un'udienza *ad hoc* soddisfa la necessità della piena realizzazione del contraddittorio tra le parti, pur se l'udienza di comparizione *ex* art. 183 cod. proc. civ. non potrà non essere differita con un qualche conseguente allungamento dei tempi del processo.

8.7. – Rimane però che, pur nel contesto di un'interpretazione adeguatrice della disposizione censurata, l'art. 175 cod. proc. civ. non può essere piegato fino a far ritenere un vero e proprio obbligo processuale del giudice, essendo il suo potere direttivo essenzialmente discrezionale.

Non può escludersi che il giudice, seppur sollecitato a farlo, ritenga di non frapporre un'udienza anticipata nell'ordinario *iter* processuale al solo fine di realizzare il contraddittorio tra le parti su singole questioni di rito, decise con decreto in sede di verifica preliminare; udienza anticipata che comporterebbe, il più delle volte, il differimento o la fissazione di una nuova udienza di prima comparizione e trattazione.

In tal caso – evenienza questa, di norma, residuale e verosimilmente eccezionale – la realizzazione del contraddittorio è inevitabilmente differita all'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ. In quella sede il giudice, con ordinanza, potrà confermare, modificare o revocare il decreto emesso in precedenza, prendendo in esame le ragioni delle parti.

D'altra parte, il sistema processuale è strutturato nel senso che, quando si celebra l'udienza di trattazione, il giudice è tenuto in ogni caso – salvo, beninteso, che ciò sia già avvenuto in un'udienza a ciò deputata – a discutere con le parti circa la legittimità dei provvedimenti ordinatori emessi con il decreto di fissazione dell'udienza, provvedimenti che, dunque, sono assoggettati a verifica nel successivo contraddittorio con le stesse, all'esito del

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

quale possono essere confermati, modificati o revocati. Infatti, l'ultimo comma dell'art. 171-*bis* cod. proc. civ. prescrive che il giudice provveda con decreto, che è un tipico provvedimento provvisorio, non motivato; il che comporta che le parti, nelle memorie integrative *ex* art. 171-*ter* cod. proc. civ., possono prendere posizione in ordine ai provvedimenti adottati dal giudice, in ipotesi chiedendone la modifica o la revoca, e il giudice debba pronunciarsi, poi, con ordinanza motivata in udienza, attraverso un modello di contraddittorio differito compatibile con l'art. 24 Cost. (sentenza n. 74 del 2022).

8.8. – Nell'evenienza in cui la parte si sia attivata sollecitando il giudice a fissare (*ex* art. 175 cod. proc. civ.) un'udienza anticipata al fine di realizzare il contraddittorio su una questione di rito, rilevata d'ufficio dal giudice stesso e decisa con decreto, l'ordinanza adottata nell'udienza di prima comparizione non potrà comportare preclusioni o decadenze per la parte stessa ove questa, in ipotesi, non abbia posto in essere quell'attività processuale prescritta con il decreto, confidando nella possibilità di prospettare le proprie ragioni al giudice in sede di anticipato contraddittorio tra le parti. Ciò perché il giudice deve assicurare (*ex* art. 101 cod. proc. civ.) una interlocuzione alla parte che la chiede e realizzare, pur se ormai solo all'udienza di comparizione, quel contraddittorio sollecitato anticipatamente e che prima non ha trovato risposta.

Se il contradditorio, anche in presenza di un'istanza, è stato negato, la parte diligente, soprattutto quella attrice, non può rischiare di veder compromesso, con una decisione processuale di *absolutio ad instantia* o di estinzione del giudizio, il diritto a conseguire il bene della vita sotteso alla domanda giudiziale che costituisce lo scopo ultimo del processo (sentenza n. 77 del 2007), senza che sia tenuta, per evitare detto effetto, a conformarsi a un ordine giudiziale che ha, nell'immediatezza, rappresentato all'autorità giudiziaria di non condividere.

8.9. – L'incisività delle conseguenze che possono derivare dal mancato rispetto di uno dei provvedimenti propulsivi emanati dal giudice con il decreto di fissazione dell'udienza comporta, allora, che il sistema, per essere compatibile con il principio del contraddittorio, debba essere ricostruito nel senso che, se una delle parti chiede la fissazione di un'udienza *ad hoc* per contestare il provvedimento emesso dal giudice senza averle sentite, e il giudice disattende detta istanza, non può quest'ultimo, una volta rimasto inadempiuto l'ordine in questione, assumere i provvedimenti "sanzionatori" in chiave processuale se conferma la propria decisione, dopo l'esplicazione del dovuto contraddittorio, all'udienza di trattazione, ma adotta quelli necessari per l'ulteriore corso del giudizio. La conferma comporta soltanto che la parte è onerata ad adempiere, nel termine perentorio indicato dal giudice alla stessa udienza *ex* art. 183 cod. proc. civ., a detto ordine giudiziale, incorrendo solo allora, in difetto, nelle ordinarie "sanzioni" processuali per la propria inattività.

In questa situazione – residuale e verosimilmente eccezionale, si è già detto – la conseguente regressione del giudizio incide inevitabilmente sulla durata del processo. Tuttavia, a riguardo va ribadito che l'esigenza della rapidità del processo insita nel canone della sua "ragionevole durata" non può pregiudicare la completezza del sistema delle garanzie della difesa e comprimere oltre misura il "contraddittorio tra le parti" (art. 111, comma 2, Cost.). Un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata (sentenze n. 116 e n. 67 del 2023, n. 111 del 2022 e n. 317 del 2009).

8.10. – Invece, ove la parte onerata dell'adempimento processuale prescritto nel decreto emesso *ex* art. 171-*bis* cod. proc. civ. non abbia sollecitato il giudice a realizzare il contraddittorio anche prima dell'udienza di comparizione esercitando il potere direttivo di cui all'art. 175 cod. proc. civ., non vi sarebbe, in concreto, un siffatto *vulnus* al diritto di difesa,

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

né l'esigenza di protezione dell'affidamento della parte nel preventivo dispiegarsi del contraddittorio prima dell'udienza di trattazione. Rimarrebbero, nel caso di conferma, con ordinanza, del decreto *ex* art. 171-*bis* cod. proc. civ., le ordinarie conseguenze della mancata ottemperanza all'onere processuale, fermi restando i mezzi impugnatori (reclamo o appello, secondo i casi), che anch'essi, comunque, sono espressione del diritto di difesa.

8.11. – In sintesi, anche se le verifiche preliminari *ex* art. 171-*bis* cod. proc. civ. hanno ad oggetto questioni di rito normalmente "liquide" – e ciò giustifica la loro decisione con decreto del giudice prima dell'udienza di comparizione e trattazione in un'ottica di concentrazione e speditezza del processo, in coerenza con la *ratio* sottesa alla disposizione censurata e con lo spirito complessivo della legge di delega – per altro verso, non è sacrificato il contraddittorio delle parti nella misura in cui, quando emerga l'esigenza che questo debba dispiegarsi, il giudice possa adottare, nei modi sopra indicati, provvedimenti che salvaguardino il diritto di difesa.

Così interpretata, la disposizione censurata risulta non essere in contrasto con l'evocato parametro (art. 24 Cost.).

Peraltro, il legislatore delegato della recente riforma del processo civile mostra di voler intervenire per superare alcune criticità dell'art. 171-*bis* cod. proc. civ. esercitando ulteriormente la delega mediante decreto correttivo, come previsto dalla stessa legge di delega n. 206 del 2021 (XIX Legislatura, atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 137).

9. – In conclusione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 171-*bis* del codice di procedura civile, sollevata in riferimento all'art. 77 Cost., va dichiarata inammissibile; le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 e 76 Cost. vanno dichiarate non fondate; la questione sollevata in riferimento all'art. 24 Cost. va dichiarata non fondata, nei termini sopra indicati (*Omissis*).

Il nuovo art. 171-*bis* c.p.c., la Corte costituzionale ed il «primo grado Cartabia» fra l'essere quest'ultimo solo inutile e l'essere dannoso, nonché fra le nostre discrete angosce e il vivido desiderio di integrale abrogazione. Con una Postilla sul «Correttivo»

1. – È noto come la c.d. "Riforma Cartabia" sia da moltissimi giuristi teorici e pratici (che lo dicano pubblicamente o no) considerata, nel suo complesso, la più inopportuna fra le tante riforme o riformine del rito civile succedutesi in questi anni, pur contenendo ovviamente taluni aspetti blandamente positivi (1).

(1) Nessun essere umano o consesso di esseri umani è mai riuscito ad attuare un progetto complesso, e con finalità in astratto giuste, in modo totalmente sbagliato.

Il mio personalissimo bilancio della "Cartabia" dopo i primi vagiti applicativi, a volo d'uccello e giudizio di primo grado in senso stretto a parte, è più o meno il seguente:

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

– *Cose utili e tendenzialmente ben fatte: A) il processo di famiglia*; è la parte più riuscita, con qualche tutto sommato secondaria ombra: c'era bisogno di una riflessione e revisione organica; lo stesso è a dirsi per la congerie di disposizioni, salvo qualcuna, relative al processo telematico. *Valutazione sospesa: B) esecuzione forzata*; è troppo presto per dire quale potrà essere l'impatto (comunque modesto) migliorativo dato dal consueto pulviscolo di norme spot e normicine, atte a risolvere veri o falsi problemi di dettaglio; ci sono cose innovative e apparentemente intelligenti, come la vendita diretta al debitore o ad un offerente da lui presentato, ma non si sa ancora a quali patologie potranno dar luogo in un ambiente come quello delle nostre aule, reali e virtuali, della esecuzione forzata che non è propriamente raffrontabile al Circolo della Caccia; in realtà i problemi della esecuzione forzata, ipergarantista e tutt'altro che idonea alla effettiva tutela del diritto soggettivo consacrato dal titolo, resteranno sempre lì fin quando non ci si deciderà a cure da cavallo (ben lontane ovviamente dalla vendita del debitore come schiavo o dall'arresto per debiti, ma opportunamente distanziate dall'attuale garantismo): (i) esecuzione in forma specifica affidata allo stesso ufficio che ha emanato la condanna (*ad instar* della attuazione del provvedimento cautelare) con forte limitazione delle possibilità oppositorie dell'esecutato e corrispondente confinamento delle sue ragioni alla successiva sede restitutorio/ripristinatoria; (ii) affidabilità del credito privato (almeno quello consacrato da giudicato) alla esecuzione esattoriale (resa se possibile più incisiva), previa cessione del medesimo allo Stato, a prezzo sensibilmente migliore di quello abitualmente corrisposto sul mercato, e sotto forma di effettivo (e non ingannevole) credito di imposta.

– *Indifferenza: C) arbitrato*; giusto anche se non certo indispensabile ritoccare anche questo già che si era "costretti" a riformare; vi sono ritocchi minimi ed altri (cautelare arbitrale) almeno teoricamente molto significativi, gli uni e gli altri non tutti perfettamente, ma sostanzialmente riusciti (ed in ogni caso ci vorrà del tempo per un vero bilancio in proposito, vista la relativa scarsità della campionatura ed il carattere forzatamente sommerso di molta esperienza arbitrale); sennonché l'indifferenza della valutazione si colloca proprio dal punto di vista delle finalità generali e sbandierate della "Cartabia": neanche in Europa possono credere che occasionali migliorie del diritto dell'arbitrato risultino in qualche modo significative per l'efficientamento della giustizia statuale e neppure del servizio giustizia nel suo complesso, così come nessuno può pensare che la sanità pubblica migliori sol perché si è ritoccato e migliorato il servizio mensa nelle cliniche private.

– *Bilancio auspicabilmente (e con qualche sforzo di ottimismo) positivo: D) appello*; è scontato l'apprezzamento per la provvidenziale eliminazione del filtro in appello, così come per la non trascendentale utilità (si poteva fare di più) di un qualche irrigidimento dei requisiti per la concessione della inibitoria (siamo nell'ambito – sacrosanto – del potenziamento della effettività della sentenza di prime cure, strada alternativa alla chimerica e tutto sommato non augurabile eliminazione totale o parziale dell'appello, ma anche qui restiamo all'epidermide, ed anche qui ci vorrebbero cure da cavallo: una volta respinta la eventuale richiesta di inibitoria, appello procedibile solo dopo che il soccombente di primo grado ha pagato quanto deve ben inteso con riserva di ripetizione, o ha offerto idonea garanzia, e così d'un colpo si sottrae carico alle corti d'appello ed al giudice dell'esecuzione); quanto poi alla minuta disciplina del giudizio d'appello, è vero che la relativa novellazione è scritta come peggio non si potrebbe, ma le Corti d'appello, salvo eccezioni, pur dovendosi faticosamente confrontare e trovare una quadra rispetto a disposizioni cervellotiche, ripetitive, contraddittorie e confusionarie (tenendo conto a fini interpretativo-applicativi concreti perfino delle situazioni e possibilità logistiche nelle varie sedi), sembrano in linea di massima aver ben compreso due cose: si offriva loro una pluralità di percorsi decisori e si voleva da loro un po' di sano *case management* e di adeguamento del percorso decisorio alla controversia con-

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

creta; perciò il giudizio d'appello è diventato sì più complicato e più denso di incognite procedurali che in passato, ma almeno potrà sgretolarsi quella routine semplicistica quanto estenuante: prima ed inutile (salva la eventuale discussione sulla inibitoria) udienza, toga, buongiorno, si chiede rinvio per precisazione delle conclusioni, rinvio a fra quattro anni e nel frattempo la causa è sepolta nella tomba.

– *Bilancio cautamente positivo: E) giudizio di cassazione*; niente di decisivo per trasformare in corte suprema quella che, affogata, non lo è più da tempo, ma anche niente di inutile e tanto meno di dannoso; razionalizzazione dei percorsi decisori; e soprattutto quanto alle due novità di maggior peso le cassandre sembrano smentite; il rinvio pregiudiziale non è rimasto totalmente cartaceo ed inutilizzato e neppure se ne è abusato dilatoriamente da parte dei giudici di merito: scontata la sua solo contenuta utilità, essa si è fino ad ora dispiegata con pronunce pregiudiziali accurate e rese in tempo da Tribunale Federale svizzero, e con decreti presidenziali altrettanto rapidi e sovente anche istruttivi sia quanto alle minori questioni interpretative sullo stesso art. 363-*bis* (quelle di maggior peso sono state giustamente rimesse al collegio) sia sulle questioni di merito e cioè sulla non difficoltà ovvero sulla rinvenibilità nella giurisprudenza pregressa della loro soluzione; quanto alla proposta di decisione del relatore (nuovo art. 380-*bis*), non mi pare sia fin qui riscontrabile una ecatombe di ricorsi, bensì un sobrio uso dello strumento, il quale può spiacere esteticamente ad una parte della avvocatura o ai suoi enti esponenziali, ma bisogna pur rendersi conto che l'alternativa scremante sarebbe prima o poi la introduzione di un *leave* all'italiana ritenuto con forzata spregiudicatezza compatibile con quell'unicum che è il nostro art. 111 Cost.

– *Cose pochissimo utili o del tutto inutili: F)* le nuove ordinanze interinali *ex* art. 183-*ter* e *quater*; la prima è destinata ad essere sollecitata, in luogo della ormai matura decisione di merito idonea al giudicato, alquanto raramente, perché sconta la inveterata timidezza del nostro legislatore tutte le volte che si tratta di introdurre qualcosa di davvero simile al *référé* e cioè nella sostanza ad un "700 senza *periculum*", ciò che la nostra nuova ordinanza di accoglimento non è avendo necessità di molto più che un *fumus* e cioè della piena prova della domanda e della manifesta infondatezza della difesa; totalmente inutile poi la ordinanza di rigetto allo stato degli atti, perché voglio davvero conoscere l'avvocato del convenuto che, di fronte alla manifesta infondatezza della domanda dell'attore, preferisce alla sentenza uno pseudo-accertamento negativo interinale non idoneo al giudicato; senza contare che entrambe le ordinanze scontano una fase di reclamo innanzi al collegio della sezione, tale da impensierire strategicamente, in vista dell'esito dell'eventuale prosecuzione del merito, chi intendesse richiederle.

– *Altre cose inutili: G) il passaggio dal rito ordinario al rito semplificato (già sommario di cognizione)*, il quale poteva avere un qualche senso (modesto) in passato, quando il passaggio avveniva nel corso di una prima udienza che precedeva lo scambio delle memorie, ed ha invece pochissimo senso adesso che la prima udienza segue il farraginoso scambio delle tre memorie; se ne è accorto il legislatore del "Correttivo" *in fieri* (v. *infra* nota 5) il quale sembra in procinto di anticipare quel passaggio già in sede di decreto *ex* art. 171-*bis* (aggravando ulteriormente l'imbarazzo del non sentire prima le parti neppure in proposito); *H) la stessa nuova disciplina del rito semplificato* (non ce n'era proprio bisogno) rispetto al precedente sommario di cognizione: qualche confusione nel marginale ampliamento d'ambito e soprattutto una spruzzata di garantismo da "vorrei ma non posso" o da "debbo ma non vorrei" che avvicina fin troppo (compreso il reintrodotto termine ordinario per appellare) il rito alternativo a quello normale; *I)* ma il top dell'inutilità è sicuramente la *reintroduzione della comparizione personale delle parti* alla prima udienza, onde riempirne (come se ce ne fosse davvero necessità) di contenuto il programma amputato della richiesta e con-

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

Ed è noto altresì che la cosa maggiormente sbagliata della "Cartabia" sia apparsa da subito e si stia sempre di più rivelando la disciplina standard del processo di cognizione di primo grado (2).

È infine noto come novità principale nonché chiave di volta di tale disciplina (3) sia il "decreto sulle verifiche preliminari" regolato dal nuovo

---

cessione delle memorie: prevedibile l'abrogazione di fatto e per desuetudine.

– *Cose potenzialmente utili ovvero molto dannose, a seconda di come le manovra il giudice: L) l'udienza cartolare* ex *art. 127*-ter, con l'ampio potere discrezionale lasciato al giudice; forse in Italia non si poteva fare altrimenti, forse non si poteva connettere alla pretesa di una sola parte la insindacabile fissazione della udienza in presenza, forse può essere perfino un buon segno di *case management* giudiziale, ma appunto se il giudice ne abusa vi è una menomazione palese delle effettive possibilità difensive; vedremo se arriverà qualche modifica dal "Correttivo".

– *Cose inutili e puramente esornative ovvero dannose: M) i continui richiami alla sinteticità, chiarezza, specificità*; guai se in via normativa futura o peggio interpretativa dell'esistente (il quale è in apparenza pura e fatua raccomandazione) si travalica verso la sanzione processuale della inammissibilità; i germi in tal senso sono stati gettati, ma bisogna assolutamente evitare che germoglino, perché altrimenti, in evidente lesione della difesa, si compie l'errore fatale: trasformare in regole del gioco quelle che sono e dovrebbero rimanere soltanto tecniche per giocare meglio e vincere.

(2) Vale la pena di rammentare, prima che la cosa passi nel dimenticatoio, che la "Commissione Luiso", garzona del legislatore riguardo ai principi della delega, nel breve tempo assegnatole era riuscita solo a spaccarsi: a) la parte "professorale" proponendo saggiamente che quanto al primo grado tutto restasse com'era, b) l'altra metà caldeggiando invece la adozione generalizzata delle preclusioni brutali del rito lavoro, sicuramente meglio vendibili all'Europa, ed in particolare al personaggio immaginario che sarà evocato al termine di questa nota, probabilmente utili in quel particolare e standardizzato contenzioso ove son nate, ma adatte alla infinita varietà delle cause civili "ordinarie" un po' come bermudine e maglietta sono adatte ad ogni e qualsiasi contesto sociale.

Al Ministero scelgono invariabilmente b). In sede di commissioni parlamentari risulta fortunatamente evidente che la scelta è profondamente errata. Si ritorna al Ministero ed invece di ripiegare su a), e vendere all'Europa altre peculiarità pseudo-acceleratorie della "Cartabia" (ci saremmo riusciti comunque), esce fuori ciò che oggi siamo chiamati a praticare.

Che poi dopo l'entrata in vigore perfino della ennesima riforma del rito civile non ci si debba piangere addosso, bensì appunto sforzarsi di praticare alla bell'e meglio, è anche vero (salva la legittimità dell'auspicio, con cui questo scritto si conclude, di abrogazione parziale finché v'è tempo e cioè finché non è trascorso dall'entrata in vigore un tempo che renda ingestibile il regime transitorio del ritorno indietro). Ma altrettanto è a dirsi del pianto, che precede ogni riforma, riguardo alla durata del nostro processo civile; pianto certamente giustificato (scontata la generalizzata consapevolezza della quasi totale inutilità in proposito di continue modifiche al rito), ma francamente smodato, almeno quando alimentato da confronti abborracciati e faciloni con l'"estero" virtuoso (ove oltretutto alligna spesso una giustizia civile costosissima da ogni punto di vista e ingiustamente selettiva) e soprattutto quando pervicacemente ignaro della ovvia considerazione secondo cui quello dei "tempi" è solo uno dei fattori della efficienza del servizio giustizia.

(3) Al "centro della sequenza" secondo la esatta osservazione di E. Merlin, in S. Menchini – E. Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al Tribunale*, in questa *Rivista* 2023, 578 ss., spec. 585. Su tale ineluttabile centralità v. gli

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

art. 171-*bis* c.p.c.: se funziona a regime (salve ben inteso sporadiche e perciò tollerabili patologie) può forse funzionare – in primo luogo nel senso efficientista-acceleratorio che è consueto obiettivo del riformatore – anche il "nuovo" (si fa per dire) impianto del giudizio di primo grado. Altrimenti l'apparentemente "nuovo" impianto diviene – come si avrà occasione di dire nel prosieguo, ed in primo luogo dal punto di vista della efficienza acceleratoria – non soltanto sommamente inutile ma anche dannoso.

Sull'art.171-*bis* c.p.c. è ora intervenuta, replicando alla ordinanza di rimessione del 22 settembre 2023 del Tribunale di Verona (4), la pronuncia della Corte Costituzionale n. 96 del 3 giugno 2024 (5), con effetti – spiace davvero dirlo fin da subito – sostanzialmente peggiorativi ed a mio avviso potenzialmente affossatori della funzionalità dell'art. 171-*bis* e perciò dell'intero assetto del giudizio di primo grado. Ed altra cosa spiacevole da dire subito è che non c'è "Correttivo" (atteso di qui a poco al momento in cui si scrive questo piccolo commento) che tenga. La stessa Corte costituzionale anela sporadicamente al correttivo, ma lo stato delle cose per come si va prefigurando anche a seguito dell'intervento della Consulta non pare emendabile, ma solo sopprimibile mediante abrogazione immediata dell'intero "primo grado Cartabia" e sereno ritorno indietro a ciò che era saggiamente venuto fuori dalla novella del 2005/2006 (semmai – e giusto per accreditare in Europa la parziale retromarcia, ammesso che la cosa serva davvero sul piano politico – con qualche minimo aggiustamento di dettaglio: ad esempio inserire un qualche rafforzamento – mi rendo conto prevalentemente ottativo – del carattere solo eccezionale di una apposita seconda udienza di "ammissione prove", e per converso riprendere dall'attuale art. 171-*ter* c.p.c. il *wording* descrittivo del contenuto delle tre memorie, più chiaro nonché idoneo ad evitare diatribe sulla barocca ed inutile scissione, fra udienza e prima memoria, delle attività in replica riservate all'attore).

Ma andiamo con ordine.

---

ulteriori svolgimenti di C. Delle Donne, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa 2023, 285 ss.

(4) Vedila annotata da G. Scarselli, in *Giustizia insieme* (online) 14 novembre 2023, da V. Capasso, in *Il Processo* 2023, 999 ss. e da F. M. Simoncini, in *Judicium* 21 febbraio 2024.

(5) Già annotata da D. Delfino, *Le verifiche preliminari e l'udienza "filtro"* (con ampissimi riferimenti alla dottrina fino ad ora occupatasi dell'art. 171-*bis*) e da G. Carmellino, *La lettura costituzionale dell'art. 171*-bis, in *Foro it.* 2024, I, risp. 1639 ss., e 1653 ss., entrambi cautamente adesivi, ma fin troppo cautamente consapevoli dei problemi che scaturiranno dalla sentenza interpretativa.

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

2. – Il giudice, letta la citazione e la comparsa, deve (dovrebbe), ai sensi dell'art. 171-*bis* c.p.c., depositare un decreto sulle "verifiche preliminari" che può essere di notevole complessità (controllo della regolarità del contraddittorio, sia nel rapporto fra le parti sia verso i terzi litisconsorti necessari e conseguenti disposizioni sananti, autorizzazioni delle chiamate, indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio compresa la sottoposizione al contraddittorio della opportunità del passaggio al rito semplificato); e lo deve fare entro 15 gg. dalla scadenza del termine di costituzione del convenuto, e senza l'aiuto del dibattito fra le parti in udienza come accadeva in precedenza.

2.1. – La essenzialità di questo perno del "nuovo" sistema ed insieme il carattere non intenzionalmente punitivo bensì necessitato del brevissimo termine dei 15 gg. si comprendono all'evidenza.

Da un lato il miraggio della "concentrazione" (che fa sui riformatori processuali lo stesso effetto che una celebre inquadratura di Clara Calamai fece su moltissimi dei nostri nonni e bisnonni) vuole che alla prima udienza, affinché essa sia davvero tendenzialmente unica udienza di vera trattazione e perciò di avvio immediato della causa alla istruzione probatoria o alla decisione, si giunga non solo a preclusioni assertive ed istruttorie già intervenute per le parti (ed a ciò presiede il nuovo art. 171-*ter* c.p.c. che sposta la collocazione delle note tre memorie da dopo a prima della udienza), ma allora ed ovviamente anche a verifiche preliminari già espletate con i conseguenti provvedimenti (6).

---

(6) Poiché non tutte le ciambelle riescono col buco, è per altro fatale che almeno una di queste verifiche preliminari – quella relativa alla autorizzazione della chiamata in causa richiesta dall'attore – possa e debba essere effettuata all'udienza (v. l'art. 183, comma 2, c.p.c.): il riformatore, siccome c'è un limite a tutto, non se l'è sentita di immaginare in proposito, per simmetria, un secondo decreto 171-*bis* da emanarsi dal giudice in corso d'opera e subito dopo che l'attore, nella prima memoria, abbia richiesto la chiamata. Per altro un secondo decreto 171-*bis* sembra inevitabile nel diverso caso in cui il primo abbia previsto l'ingresso di un terzo e conseguentemente dilazionato l'udienza: si tratterà, entro 15 gg. dalla scadenza del termine per la costituzione del terzo, di ripetere, e per quanto di ragione, le verifiche preliminari in proposito. Se nulla vi è da verificare e sanare ovviamente niente secondo decreto, come si sta per dire nel testo quanto al primo. Il che tranquillizza solo un poco quanto alla farraginosità di un sistema imperniato sull'art. 171-*bis* c.p.c., quale fuoriesce sotto tanti profili, forse a sorpresa ma ineluttabilmente, dalla "Cartabia". Per carità di patria, e sempre in spirito di semplificazione ove possibile, non mi azzarderei invece a dire che il giudice debba provvedere con un secondo decreto anche alle verifiche preliminari (per altro rivedibili in udienza) sugli intervenuti atti sananti l'originaria irregolarità del contraddittorio fra le parti. Di ciò ci si occuperà direttamente e definitivamente nel corso della udienza già dilazionata.

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

D'altro lato – e quanto alla brevità del termine imposto al giudice dall'art. 171-*bis* c.p.c. – non si poteva decentemente presentare, non dico all'Europa ma neanche alla signora maestra, una novellazione del primo grado gabellata per fortemente acceleratoria, ma che esordiva con l'allungamento non indifferente dei termini a comparire, senza rassicurare esibendo la funzionalità di ciò alla concentrazione, entro tali termini, di tutte le attività delle parti come del giudice necessarie alla voluta connotazione propulsiva della prima udienza.

Dopo di che si può anche ripetere anche per il termine forzatamente giugulatorio in questione che esso, siccome imposto al giudice, è in realtà "canzonatorio". Ma lo è in un senso diverso da quello redentiano; nel senso cioè che solo se lo si rispetta nella stragrande maggioranza dei casi (ciò che non sta affatto accadendo) la canzone del "primo grado Cartabia" suona, altrimenti stona fin da subito e malamente.

2.2. – Ebbene: se il giudice è molto, molto bravo ed ha un ruolo tollerabile (condizioni necessariamente concorrenti e come ognun vede di rara ricorrenza), e se possibile si avvale anche di un ufficio del processo efficiente, l'incombente *ex* art. 171-*bis* c.p.c. lo disbriga tempestivamente e senza pasticci perfino nelle cause più complicate, e con lo stesso decreto dilaziona – nelle ipotesi in cui sia necessario (autorizzazione alla chiamata, integrazione del contraddittorio, rinnovazione o integrazione degli atti introduttivi) oppure anche discrezionalmente e per ragioni dell'ufficio (ed in tal caso nominalmente non oltre 45 gg.) – l'udienza, rispetto alla quale decorrono a ritroso i termini per le tre memorie.

2.3. – Altrimenti, volendo a tutti i costi rispettare il termine dei soli 15 gg., fa pasticci specie nelle cause anche solo mediamente o molto complicate (7). Siccome non sta scritto da nessuna parte ed è contrario a tutti i principi di questo mondo che il decreto sia Vangelo, neppur quanto alle

---

Tutto quanto sopra, riguardo al secondo decreto, già si evince in via implicita, a mio avviso, dalla interpretazione sistematica del vigente art. 171-*bis*. Il cincischiato "Correttivo", che si attende a breve, nella versione provvisoria ad oggi nota ("Schema di decreto legislativo ecc.", Atti Camera dei Deputati, n. 137, trasmesso alla Presidenza il 6; marzo 2024), contempla espressamente, a scanso di equivoci, il secondo decreto, estendendolo purtroppo anche al caso in cui sia stata semplicemente disposta la rinnovazione o integrazione degli atti introduttivi e completando così il senso di stucchevole burocratizzazione del processo che è alto improvvido marchio di fabbrica di larga parte della "Cartabia".

(7) Si pensi ad una azione sociale di responsabilità con decine di convenuti, e da parte di costoro decine di chiamate in causa a diverso titolo, nonché decine di domande trasversali.

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

verifiche e provvedimenti relativi alla regolarità o integrità del contraddittorio (la Corte cost. lo ribadisce opportunamente già al punto 5 della motivazione in diritto e più volte altrove), e quanto poi alla questioni rilevabili d'ufficio non vi è a riguardo alcuna decisione bensì una semplice indicazione dalla quale il giudice non decade certo con il decreto né il decreto lo vincola a considerarle perdurantemente rilevanti, ai pasticci del decreto frettoloso il giudice può di certo rimediare, se del caso illuminato già dalle successive memorie delle parti o dal primo contatto fisico con esse, nella successiva prima udienza, ma naturalmente ciò comporterà una non indifferente perdita di tempo e risulterà illusorio che il giudizio possa essere già alla prima udienza subito avviato sui binari istruttori o decisori (o come immagina ottimisticamente la Consulta – v. punto 5.5 – "assurge[re] a momento centrale del processo di primo grado nel quale il giudice, con ampia contezza sull'oggetto della controversia, ha la possibilità, anche in forza della comparizione personale delle parti di procurare la conciliazione ovvero di gestire in maniera efficace la controversia"). È ben vero che le riforme non si criticano additando possibili isolate, o anche men che isolate, patologie. Ma qui il fatto è che la patologia pare agevolmente pronosticabile come diffusissima proprio in ragione dei 15 miseri giorni.

2.4. – Oppure – terza possibilità – il giudice non deposita alcun decreto nei termini.

E a questo punto le migliori intelligenze si sono affaccendate nel cercare di capire che succede.

A me la risposta è parsa subito ovvia: vuol dire che non c'è niente da autorizzare, sanare o rilevare e cioè che il decreto sarebbe inutile. Ed è una superfetazione basata pressoché sul nulla dire che il decreto sia sempre "obbligatorio" anche solo nel senso del "non vi è luogo a provvedere ai sensi dell'art. 171-*bis*" (8).

---

(8) La circostanza che il penultimo comma dell'art. 171-*bis* c.p.c. preveda che se il giudice "non provvede ai sensi del secondo comma" e cioè non adotta alcun provvedimento conseguente alle verifiche preliminari, egli "conferma o differisce, fino ad un massimo di quarantacinque giorni, la data della prima udienza rispetto alla quale decorrono i termini indicati dall'art. 171-*ter*" per le tre memorie, significa certamente che il discrezionale differimento deve essere adottato con decreto e sempre nel termine di 15 giorni dalla scadenza di quello per la costituzione del convenuto, ma non vuol affatto dire che occorra sempre ed entro lo stesso termine un apposito decreto di conferma della data di udienza edittale, ben potendosi e dovendosi postulare, in assenza di decreto di tal genere, una ovvia conferma implicita (con regolare decorrenza dei termini per le tre memorie a ritroso dalla data di udienza originariamente indicata), e così evitando un inutile eccesso di burocratizzazione e

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

Oppure vuol dire che il giudice, per neghittosità o dimenticanza, è incorso in via omissiva in una irregolarità processuale per altro non sanzionabile.

In ogni caso i termini per le tre memorie delle parti decorrono egualmente. Affermare che, fin quando il giudice non deposita il decreto, essi non decorrono è, allo stato delle disposizioni vigenti, del tutto incongruo, perché quei termini non prendono data dal decreto ma a ritroso dalla udienza. Ovviamente potranno anche in tal caso sopravvenire inciampi, dilazioni, richieste di rimessione in termini e ritorni indietro, ad esempio in ipotesi di deposito tardivo del decreto che si sovrapponga al corso delle memorie (9).

2.5. – Proprio ed anche per evitare ciò il "Correttivo", nella provvisoria "bozza" attualmente nota (10), non solo lascia intendere che un decreto debba esservi sempre (ciò che, come si è detto, in base al testo di

---

uno spreco di carte ed incombenze del giudice e della cancelleria che moltiplicate per gli inevitabili grandi numeri non sono certo insignificanti. Purtroppo il "Correttivo", almeno nella versione provvisoria attualmente nota, cade in pieno in siffatta ulteriore burocratizzazione, perché dal complesso dell'art. 171-*bis* per come riassettato, ed in particolare dal suo ultimo comma, si evince, sebbene confusamente, che un decreto debba sempre essere emanato anche solo per confermare l'udienza fissata (con conseguenti ulteriori complicazioni pratiche, riguardo alla decorrenza delle memorie, di cui si sta per dire nel testo).

Il vero è che il testo attuale dell'art. 171-*bis* nel suo complesso contiene un chiaro quanto inevitabile *input* rivolto al giudice, davvero essenziale per la funzionalità di un sistema che vuole le memorie delle parti precedenti rispetto a una udienza possibilmente di vera trattazione: dai subito uno sguardo al fascicolo ed agli atti introduttivi, con l'aiuto del tuo ufficio, e verifica *prima facie* le cose essenziali al successivo regolare avvio della trattazione, e se vi è qualcosa da regolarizzare o segnalare alle parti fallo subito con decreto, altrimenti non perdere tempo. Ciò ben si esprime nello stesso attuale *wording* dell'art. 171-*bis*, comma 1, ove non si dice "fai subito il decreto", bensì – con significativo ablativo assoluto precedente qualunque, solo eventuale, decreto – si dice "il giudice istruttore, entro i successivi quindici giorni, *verificata* d'ufficio la regolarità del contraddittorio...". Ed ancor più chiaro in tal senso è il *wording* della attuale bozza di "Correttivo", ove la verifica d'ufficio della regolarità del contraddittorio è isolata dal resto, in modo indicativo, al primo comma prima ancora che si alluda a forme provvedimentali.

Sennonché i fautori del decreto, e cioè del provvedimento formale, ad ogni costo anche solo per recitare "non vi è allo stato luogo a provvedere ai sensi dell'art. 171-*bis*, comma 2", i quali hanno finito per prevalere stando almeno alla circolante bozza del "Correttivo" (ma staremo a vedere), hanno più o meno apertamente dalla loro la considerazione secondo cui l'unico modo per convincere davvero la maggior parte dei nostri giudici a studiare qualcosa prima della decisione finale è quello di assegnarli loro obbligatoria incombenza di un qualche provvedimento interinale.

(9) Pressoché tutte le difficoltà applicative dell'art. 171-*bis* c.p.c. appena cennate sono analizzate attentamente, fra gli altri, nello scritto di E. Merlin, cit., *passim*.

(10) Vedi *supra* nota 6.

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

legge vigente non è affatto predicabile (11)), ma soggiunge che i termini per le tre memorie "iniziano a decorrere quando è pronunciato il decreto previsto dal terzo comma e si computano rispetto all'udienza fissata nell'atto di citazione o a quella fissata dal giudice istruttore a norma del presente articolo".

Ecco un bell'esempio di normazione quantistica: come l'elettrone sta contemporaneamente in vari angolini diversi o meglio non si sa bene dove stia, i termini per le memorie, contemporaneamente, iniziano a decorrere e non iniziano; perché è ovvio che la loro decorrenza a ritroso dall'udienza può aver luogo solo se il decreto è depositato tempestivamente rispetto a questa e cioè in modo da lasciare inalterato per le parti lo spazio di suo esame prima della scadenza del termine per la prima memoria. Il che nella fisiologia – sempre che il "Correttivo" passi in questa esatta versione – comporterà che il giudice, il quale depositi il decreto in immaginabile ritardo, dovrà sempre calibrare il corrispondente rinvio dell'udienza, e tranquillizzato da questo meccanismo salvifico profitterà di esso frequentemente ed ampiamente ben oltre i nominali 45 giorni. E nei casi patologici (decreto depositato in ritardo senza congruo spostamento della udienza) vi saranno, come ora ed anche senza "Correttivo" vi sono, problemini tutti per carità agevolmente risolvibili. Sennonché, nel singolo processo e fra parti non sempre pacifiche e collaborative, essi andranno invariabilmente risolti dal giudice e verosimilmente all'udienza in teoria destinata ad altri scopi. Sicché ad esempio un attore e nove convenuti ed un giudice istruttore – impegnati in un complesso contenzioso antitrust, pronti ad incrociare i fioretti su questioni complicate ed interessanti come la portata della efficacia vincolante del provvedimento del Garante, la sua interpretazione, l'incidenza di transazione già stipulata prima del giudizio fra l'attore ed altro partecipe della intesa illecita, gli *umbrella damages* ed il *passing on* nel mercato delle *pochette* da sera di alta gamma – dovranno prima tenere in allenamento il cervello con la "Cartabia" e se del caso anche con il suo "Correttivo", e moderare, ponendo mente ai benefici del PNRR, il desiderio di mandare a quel paese, insieme alla procedura civile, tutte le riforme processuali e i correttivi di questo mondo.

2.6. – Su questo quadro già non confortante la iniziale riflessione e la iniziale pur ondivaga prassi applicativa hanno inserito due *escamotages* entrambi idonei ad allentare al collo del giudice il cappio dei 15 gg. per

(11) Vedi supra alla nota 8 ed al richiamo della stessa.

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

il deposito del decreto, entrambi astrattamente giustificabili ma forieri di abusi ulteriormente vanificatori di una riforma che è stata venduta come iper-acceleratoria.

Il primo, purtroppo frequente, è lo spostamento in avanti della udienza edittale e spesso ben oltre, anzi sproporzionatamente oltre, i 45 gg previsti dal terzo comma dell'art. 171-*bis* c.p.c., in modo che il giudice possa predisporre con maggior comodo il decreto e senza che questo si sovrapponga allo scambio delle memorie. Ma, a parte la dilazione (tutt'altro che trascurabile, visto che già la riforma ha dovuto allungare di molto i termini a comparire), le parti restano nell'incertezza – sanno quando devono depositare le loro memorie ma non sanno se e quando il giudice depositerà il suo decreto (12) – e si rimane oltretutto nel *contra legem* o meglio nella irregolarità (non sanzionabile), perché nel 171-*bis* non si dice affatto che il giudice entro quindici giorni dal termine di costituzione del convenuto possa salvarsi in corner depositando un decreto di mero spostamento della udienza senza gli altri e più pregnanti suoi contenuti ordinatori. Si dice diversamente che il giudice possa (con tempestivo decreto) dilazionare discrezionalmente l'udienza "se non provvede ai sensi del secondo comma" e cioè se espleta ed esaurisce per il momento, senza provvedimenti integranti o sananti, il suo potere relativo alle verifiche preliminari. Insomma nella logica dell'attuale art. 171-*bis* non dovrebbe trovare posto l'*escamotage* "intanto sposto l'udienza e mi riservo di fare il vero decreto" (13).

2.7. – L'altro *escamotage*, suggerito da taluni "Osservatori sulla giustizia civile" (14), già all'indomani della entrata in vigore, consiste nella fissazione di apposita udienza intermedia ed *extra ordinem* per sentire le parti in vista di una adeguata redazione del decreto (con verosimile e contemporaneo spostamento in avanti della udienza di trattazione e dei termini per le memorie) (15). Non c'è niente di male se succede qualche

---

(12) Riguardo al problematico tentativo di superamento di tale incertezza, che sembra si vada profilando nel "Correttivo", vedi il precedente sottoparagrafo.

(13) E si badi che le cose non muterebbero neppure se fosse varato in sede di "Correttivo" il nuovo testo attualmente circolante (vedi sempre *sub* 2.4). Solo che in tal caso la espressamente prevista non decorrenza dei termini se non prima è depositato il vero decreto sulle verifiche preliminari renderebbe l'*escamotage* della dilazione dell'udienza meno problematico sotto il profilo della incertezza per le parti, e perciò di più tranquilla e frequente utilizzabilità per il giudice: risultato questo comunque tutt'altro che acceleratorio.

(14) Cfr., per le opportune informazioni, G. Costantino, *Il ruolo degli Osservatori sulla giustizia*, in *Foronews foroitaliano.it*, 27 maggio 2024.

(15) Argomentatamente nello stesso senso cfr. G. Costantino, *Introduzione al primo*

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

volta ed in cause particolarmente complesse. Ma se si dice ai giudici "nulla esclude che..." ed insomma se si dice loro "lo potete fare", essi finiscono per farlo in molti, e poi in moltissimi ed in modo standardizzato. E così rampolla surrettiziamente una udienza che non c'è (come è accaduto dopo la novella del 2006 per la tendenzialmente eccezionale e poi divenuta standard udienza di ammissione prove); o meglio si ritorna praticamente al ridicolo della doppia prima udienza nella fase tra la controriformina del 1995 e la salutare novella del 2006 (16). E le già presuntuose velleità iper-acceleratorie della "Cartabia" – ammesso che esse contino qualcosa – sono stroncate, non certo dal dispendio di tempo per l'espletamento della udienza in sé (la quale sarà il più delle volte cartolare, e tuttavia con profluvio intollerabile di parole scritte quando vi siano un attore e dieci convenuti), ma sì dalla dilazione prima dell'udienza e fra una udienza e l'altra.

3. – Il problema è che questo *escamotage* della fissazione di una udienza interinale prima del decreto, ed anzi perfino qualcosa in più, è ora avallato, e questa volta in nome niente meno che del diritto di difesa piuttosto che della adeguatezza e tenuta del decreto, anche dalla Consulta

---

seminario del secondo ciclo di incontri sulla riforma del processo civile, in *magistraturademocratica.it*, nonché E. Merlin, *op. cit.*, 578, la quale soprattutto insiste, oltre che sulla utilità qualitativa del confronto con le parti, sulla opportunità di garantire adeguatamente il contraddittorio, aprendo così autorevolmente la via (pur senza eccessiva enfasi da parte sua, circa una vera e propria incostituzionalità, altrimenti, dell'art. 171-*bis* c.p.c.) al trend che ha condotto alla ordinanza di rimessione ed alla sentenza che qui si annota.

Ritiene invece tutto sommato accettabile l'assetto letterale dell'art. 171-*bis*, commentando l'ordinanza di rimessione, G. Scarselli, in *Giustizia insieme*, cit., par. 5; e ciò nella logica, a suo avviso corretta, di una riforma "per la quale meno attività si fanno svolgere agli avvocati, meglio si realizza quella leale collaborazione necessaria alla realizzazione del principio di ragionevole durata dei processi e del PNRR". Dunque – par di capire – la leale collaborazione nel processo fra parti e giudice si realizza col primo che fa tutto da solo e le altre che stanno lì ad attendere fiduciose come passerotti nel nido. No comment. Condivido peraltro, sebbene per le ragioni parzialmente diverse che si esporranno al paragrafo 3, l'avviso di Scarselli circa la radicale insussistenza di problemi di incostituzionalità dell'art. 171-*bis*.

(16) Da osservare che mentre la reintroduzione standardizzata e surrettizia della udienza di "ammissione prove" ha avuto ad oggetto comunque una udienza prevista, sia pure come eccezionale, dalla riforma del 2006 perché occasionalmente davvero utile ed inerente la trattazione, la precedente prima udienza "dei saluti" (destinata alla sola verifica della regolarità formale del contraddittorio e per carità null'altro, almeno per come la intese la stragrande maggioranza dei nostri giudici) sortita dalla controriformina del 1995 era davvero paradossale (v. se vuoi, su tali profili, il mio primo commento alla novella del 2006: A. Briguglio, *Il nuovo rito ordinario di cognizione: meno udienze, più preclusioni*, in *Giur. it.* 2006, 644 ss.).

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

investita sotto vari aspetti della questione di costituzionalità dell'art. 171-*bis* c.p.c.

3.1 – Con la sentenza n. 96 del 3 giugno 2024 – munitissima ed assai chiara e consapevole quanto a ricostruzione dei nuovi dati normativi e della loro *ratio* nonché del complesso della "Riforma Cartabia" relativamente al giudizio di primo grado – la Consulta sgombra agevolmente il campo da due preliminari questioni, sulle quali può tranquillamente rinviarsi alla sua limpida motivazione.

Il riferimento del giudice *a quo* al parametro dell'art. 77 Cost. è un evidente errore (anzi probabilmente solo una svista) attenendo quel disposto ai decreti legge ed alle relative imprescindibili ragioni di urgenza, e non ai decreti legislativi attuativi di delega, sicché la questione è palesemente inammissibile (vedi il punto 3 della motivazione in diritto).

Quanto alla diversa questione relativa all'art. 76 Cost. nonché all'art. 3 Cost. ed alla presunta (irragionevole e non giustificata) divergenza dalla delega, la Consulta evoca la propria nota e semi-elastica giurisprudenza e dichiara la questione infondata. Significativo ai nostri fini è che la Corte consideri la piena riconducibilità all'ampio criterio di delega ("adeguare le disposizioni sulla trattazione della causa ai principi di cui alle lettere da c) a g)") dell'art. 171-*bis* c.p.c. siccome quest'ultimo costituisce "un naturale sviluppo in quanto coessenziale alla realizzazione del meccanismo del deposito delle memorie prima dell'udienza", nonché alla realizzazione del "generale canone della concentrazione processuale sancito dalla lettera a) del medesimo art. 1, comma 5, l. delega", perché "orientato a ridurre le ipotesi di regressione del giudizio dopo il deposito delle memorie integrative" (v. punto 6.2 della motivazione in diritto). Insomma anche secondo la Consulta il fulmineo decreto sulle verifiche preliminari, pur non immediatamente concepito e dettagliato dal legislatore delegante bensì solo dal delegato, è – come sopra si osservava – l'autentico motorino di avviamento del "primo grado Cartabia". La Consulta, per altro, si limita saggiamente a dire che il funzionamento a regime del motorino di avviamento "riduce" ma non certo elimina "le ipotesi di regressione del giudizio dopo il deposito delle memorie" e perciò le battute d'arresto della macchina. Ma sembra non percepire i rischi di inceppamento continuo del motorino di avviamento e perciò di patologica e frequente "regressione" che il brevissimo termine imposto al giudice dall'art. 171-*bis* comporta. E finirà – occupandosi formalmente del rispetto del contraddittorio – per aprire la strada alternativa di una possibile, e perciò di fatto prevedibilmente assai

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

frequente, messa a punto mediante udienza/e supplementari di quel motorino, strada che, se standardizzata, sarà rimedio peggiore del male.

Ineccepibile è poi la ritenuta totale infondatezza del profilo autonomo di presunta irragionevolezza *ex* art. 3 Cost. riguardo al trattamento differenziato fra semplice indicazione nel decreto delle questioni rilevabili d'ufficio e soluzione (provvisoria) di alcune di esse. Tale trattamento differenziato e la sua ragionevolezza sono comprensibili *ictu oculi* (17).

3.2. – E veniamo appunto alla terza questione, quella relativa al contraddittorio ed alla difesa ed alla denunciata incostituzionalità dell'art. 171-*bis* c.p.c. per violazione dell'art. 24 Cost.

È ovvio anzitutto che la "indicazione" nel decreto, e senza aver prima sentito le parti, delle questioni rilevabili d'ufficio non è idonea a dar luogo ad alcun dubbio di costituzionalità, trattandosi – come del resto avveniva in precedenza nel corso della prima udienza – di semplice indicazione, la quale per definizione non può che precedere ed innescare il contraddittorio (da soggiungere che altrettanto ovviamente una tale indicazione non vincola in alcun modo il giudice o le parti, potendo successivamente emergere questioni diverse da sottoporre doverosamente al contraddittorio ovvero la inconferenza di quelle già segnalate dal giudice).

La Consulta non ha difficoltà ad ammetterlo (v. il punto 8.3 della motivazione in diritto) e passa rapidamente al resto (punti 8.4 ss.).

3.3 – Ed il resto sono gli altri possibili contenuti del decreto e cioè i provvedimenti che "attengono alla notifica degli atti introduttivi del giudizio [alla intrinseca regolarità di tali atti], alla regolarità della rappresentanza delle parti [e perciò nel complesso alla corretta instaurazione del contraddittorio *inter partes*], alla necessità [per litisconsorzio necessario] o opportunità [mercé autorizzazione alla chiamata] che il giudizio si svolga anche con la partecipazione di altro soggetto".

Vi è qualcosa di incostituzionale se tali "provvedimenti" – ma a questo punto direi anche le determinazioni in proposito implicitamente negative contenute nel decreto o implicate dal mancato deposito del decreto – non siano preceduti dal previo contraddittorio?

Direi proprio di no, se è vero – come a me è sempre parso – che vulnerazione del contraddittorio e della difesa si ha solo quando il *decisum* del giudice, senza previa audizione delle parti, in ipotesi anche solo in

(17) Cfr. esaustivamente anche D. Delfino, *op. cit.*, 1641.

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

punto di rito, sia irreversibile all'interno del grado, e non invece quando in tale ambito la pur successiva attività difensionale delle parti possa condurre alla reversione.

Per dichiarare velocemente infondata la questione di costituzionalità bastava dunque rilevare che l'art. 171-*bis* è una scelta opinabile, forse sommamente inopportuna del legislatore ordinario, ma che la Costituzione non c'entra niente perché il contraddittorio e la difesa sono salvi, all'interno del medesimo grado, visto che il giudice, su quanto deciso o non deciso in ipotesi frettolosamente col decreto, può sicuramente tornar sopra, all'esito delle memorie o della prima udienza: ciò che, come si è già in precedenza rammentato, la Corte non manca di sottolineare a più riprese (v. ancora il punto 8.4).

3.4. – Sennonché la Corte – forse consapevole che se ciò accade non è per nulla un bel risultato in punto di funzionalità del processo e del fatto tuttavia che a rigore non le spetterebbe di semplicemente commentare sul piano giuspolitico e pragmatico l'operato del riformatore – insiste con il principio del contraddittorio.

"Ma intanto" – si legge sempre al punto 8.4 – "il decreto ha posto [*rectius*: può aver posto] a carico delle parti un onere processuale (di rinnovazione di una notificazione, di regolarizzazione della rappresentanza processuale, di integrazione del contraddittorio, di chiamata in causa di un terzo) che, se inadempiuto, comporta conseguenze pregiudizievoli per le parti, finanche l'estinzione del processo". "Ciò rende, in concreto, non effettiva la possibilità per le parti stesse di aver voce all'udienza di prima comparizione. Come è stato osservato in dottrina, viene meno il dialogo tra il giudice e i difensori sui vizi del contraddittorio, degli atti introduttivi e delle formalità di costituzione".

Ora bisogna intendersi su quel "rende, in concreto, non effettiva la possibilità per le parti stesse di aver voce all'udienza di prima comparizione".

Se la Corte vuol semplicemente dire che il giudice quando ha preso una risoluzione, per interinale e rivedibile che sia, non facilmente cambia idea pur se stimolato oralmente o per iscritto dalla parte, ebbene si tratta di rilievo puramente empirico che non può dar certo luogo a censura di incostituzionalità, ché altrimenti questa dovrebbe riguardare decine di altre situazioni pacificamente sparse nel sistema e nella esperienza processuale, ed in generale dovrebbe proscriversi la stessa concepibilità del contraddittorio differito. Il rilievo empirico, oltretutto, è come tutti quelli analoghi eminentemente relativo e qui andrebbe ampiamente ridimensio-

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

nato proprio in ragione delle peculiari circostanze di emanazione del decreto, così immediata e rapida.

Se invece la Corte si preoccupa degli incomodi che alcuni (ed ovviamente solo alcuni) dei contenuti positivi del decreto possono comportare per una parte onerata di attività processuali ulteriori, le quali al postutto – e se il decreto è ridiscusso ed emendato all'esito del successivo contraddittorio – potrebbero rivelarsi inutili, vi è da chiedersi se davvero l'art. 24 Cost. (e per quanto di ragione l'art. 111 Cost.) debba ergersi a baluardo anche contro la semplice "scomodità processuale". La mia risposta è decisamente negativa (il che assorbe ogni ulteriore profilo, relativo ad esempio alla limitata influenza diretta ai fini del merito delle questioni di rito oggetto del decreto, o all'attuale discrezionalità giudiziale latissima che la giurisprudenza va opinabilmente riconoscendo riguardo alla autorizzazione alla chiamata: altro che contraddittorio prima o dopo, ho visto giudici, dopo un bel contraddittorio in udienza "pre-Cartabia", non autorizzare la chiamata del coobbligato solidale "perché...tanto ...chi le dice che sia solvibile").

3.5. – Insomma l'osservazione della dottrina (18) sul mancato dialogo fra giudice e parti prima del decreto, cui la Consulta allude, andrebbe intesa non già come sospetto o certezza di incostituzionalità, bensì come commento giuspolitico. Commento un tantino sterile anche come tale, riguardo al "primo grado Cartabia", semplicemente perché non c'era altro da fare vista la struttura voluta: un motorino di avviamento è funzionale solo se funziona e se funziona rapidamente al solo azionare la chiave, non se debbo prima uscire dall'auto, aprire il cofano ed insieme alle parti ispezionare bene il tutto e darci sotto con manovelle varie. Altro discorso è che in concreto l'art. 171-*bis* c.p.c. sia destinato a non funzionare, proprio in ragione della intrinseca debolezza di verifiche prive dell'ausilio contrapposto delle parti, e la macchina a fermarsi e a ricominciare faticosamente la marcia.

3.6. – La Consulta è tuttavia, riguardo alla questione di costituzionalità, di contrario avviso e ci tiene ad enfatizzare appunto la salvifica possibilità della fissazione di una udienza *ad hoc* prima del decreto, e non contenta aggiunge la possibilità di altra udienza *ad hoc* apposita sollecitata dalla parte dopo il decreto per discutere sulla confezione del medesimo (19), sempre prima della vera prima udienza di trattazione (v. il punto

(18) V. con particolare efficacia la già citata E. Merlin (*supra* nota 14).

(19) È naturale che nella logica della Corte le due udienze *extra ordinem* dovrebbero essere normalmente alternativa l'una rispetto all'altra, la richiesta della seconda avendo

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

8.6 della motivazione in diritto), la quale andrà nell'un caso come nell'altro ampiamente postergata (20).

La Corte infatti ritiene che solo così possa salvarsi da censura l'art. 171-*bis* c.p.c. Cosa non vera a mio sommesso avviso. Non solo perché il rischio di vulnerazione del contraddittorio in realtà non vi è ed almeno ad evitare quello non è necessario alcun aggiustamento interpretativo. Ma perché, se anche quel rischio vi fosse, non sarebbero affatto idonei al salvataggio neppure i rimedi interpretativi ipotizzati dalla Consulta, per la semplice e generale ragione che la tutela del contraddittorio non è faccenda "disponibile" dal giudice attraverso la sua mera discrezionalità nel fissare o non fissare d'ufficio una udienza apposita prima del decreto o nel concedere o non concedere una ulteriore udienza successiva al decreto.

3.7. – E il guaio è non tanto che la Consulta la pensi, anche a riguardo, diversamente, ma che si sia espressa in modo formale: non con una semplice e pur suggestiva rimessione degli atti al giudice *a quo* con richiesta di sforzo ulteriore verso interpretazione costituzionalmente orientata qualsivoglia, bensì con una vera e propria sentenza di rigetto interpretativa (di quelle, per intenderci, all'antica e sempre più rare (21)). In essa cioè si evince chiaramente (v. in particolare e non solo il punto 8.11 della motivazione in diritto) che la discrezionale interpolazione di una o più udienze in via di interpretazione sistematica, sostanzialmente imperniata sul potere generale *ex* art. 175 c.p.c. (22), è l'unica condizione individuabile per re-

---

tendenzialmente senso solo se il decreto è stato depositato in assenza della prima. Ma la Corte non lo dice espressamente e per vero non può dirlo: vi sarà sempre una parte scontenta di come il giudice, nel decreto, abbia tenuto conto del contraddittorio svoltosi all'udienza *ad hoc* previa, specie se cartolare, e dunque richiedente anche la seconda udienza ad hoc, e vi sarà sempre un giudice pronto a fissare anche quest'ultima specie dopo il via libera della Consulta imperniato nientemeno che sul principio del contraddittorio.

(20) Il che in buona parte dovrebbe servire a risolvere i problemi pratici che si porranno, all'esito della sentenza che si annota, circa i termini di fissazione delle udienze *extra ordinem*, nonché circa i termini per la richiesta di parte in ordine alla seconda: semplicemente quei termini non vi sono, e speriamo davvero non si crei in via interpretativa un mini codice formalizzato della fase del motorino di avviamento complicando ulteriormente le cose; è il giudice che deve governare il tutto, *ex* art. 175 c.p.c., calibrando ed eventualmente ricalibrando lo spostamento in avanti della prima udienza di trattazione e dando eventuali istruzioni alle parti. In ogni caso ed all'evidenza tutt'altro che un bel risultato. In ogni caso, ancora, di fronte all'incredibile ginepraio che si è creato e si va creando, questi sono davvero gli ultimi dei problemi.

(21) Vedi se vuoi già il mio *Un'occasione per la pronuncia di una sentenza interpretativa di rigetto da parte della Consulta?*, in *Giust. civ.* 2000, 2499 ss.

(22) Vedi il richiamo espresso, ed ineccepibile nella logica della Consulta, a tale troppo spesso dimenticata disposizione al punto 8.6 della motivazione in diritto.

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

dimere dalla incostituzionalità l'art. 171-*bis* c.p.c. Sicché appunto il "suggerimento" interpretativo fa intrinsecamente parte del *decisum* dichiarativo di infondatezza della questione, il quale *decisum* sarebbe senza quella sua parte *inutiliter datum*. E da ciò deriva il notorio effetto vincolante del "suggerimento" interpretativo della Consulta per il giudice *a quo* (23) ed il suo effetto non vincolante, ma per così dire particolarmente persuasivo *pro futuro* ed *erga omnes*.

E sebbene la discrezionalità giudiziale cui il "suggerimento" interpretativo comunque rimanda attenui in astratto l'uno e l'altro effetto della "interpretativa di rigetto", in concreto e nell'attuale e confuso quadro si tratta dunque e purtroppo di un invito dilatorio ai giudici ancor più autorevole di quelli provenienti dagli "Osservatorio" e della dottrina e che perciò ancor più si presta a dar luogo a prassi colabrodo standardizzate che ci riportino piuttosto vicini alla proliferazione delle udienze quale era prima del 2006. E ciò non solo perché l'input proviene dalla Corte Costituzionale, ma perché esso è rivestito dalla sacrale aura del rispetto del contraddittorio, sicché l'incentivo alla fissazione della udienza o addirittura delle udienze *ad hoc* deriverà anche dalla *intentio* di proteggere il decreto da qualunque vizio di contraddittorio (anche se sarei proprio curioso di vedere la sorte di una impugnazione per vizio di contraddittorio sol perché sia stato emanato senza udienze *ad hoc* un decreto poi confermato, in contraddittorio fra le parti, all'esito della prima udienza di trattazione).

3.8. – E non solo proliferazione delle udienze, ma anche appesantimento frequentissimo della marcia processuale. Perché coerentemente con il proprio punto di vista e resasi conto che, se "interpretativa di rigetto" deve essere, occorre allora un tantino rinforzare la scarsa valenza di un suggerimento interpretativo che affida alla voglia che ne abbia il giudice la tutela del contraddittorio da "scomodità processuale", la Consulta sviluppa alcuni raffinati corollari (v. i punti 8.8. e 8.9). I quali all'atto pratico sono così sintetizzabili: se la parte non ha chiesto l'udienza *ad hoc* successiva per fare le bucce al decreto, le sanzioni processuali connesse alla mancata ottemperanza *medio tempore* ed entro i rispettivi termini ai provvedimenti regolarizzanti di cui al decreto si producono senz'altro ove il decreto esca indenne e non riformato dall'ulteriore contraddittorio alla prima udienza di trattazione; se invece quella richiesta di udienza *ad hoc*

(23) Vedi se vuoi e per riferimenti A. Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova 1996, 667 ss.

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

successiva è stata fatta e negata, quelle sanzioni processuali non si producono anche se il decreto è confermato all'esito della prima udienza di trattazione, ed allora occorreranno evidentemente nuovi termini per l'espletamento di quelle incombenze prima di cominciare a fare sul serio (24).

Col bel risultato che l'incentivo a chiedere la udienza *ad hoc* post-decreto sarà sempre fortissimo per la parte in qualche modo scontenta del decreto o anche solo per la parte che intenda svicolare comunque dai termini di regolarizzazione fissati con il decreto; ed è probabile (la Corte non chiarisce con esattezza il profilo) che la parte possa ottenere questo risultato anche chiedendo, e vedendosi negata, una seconda udienza *ad hoc* finalizzata alla correzione del decreto pur emanato all'esito di una prima udienza *ad hoc* già fissata dal giudice. Corrispondentemente aumenterà statisticamente anche il numero dei casi in cui il giudice concederà questa udienza, contemporaneamente proteggendo (non si sa mai) il proprio decreto e allontanando da sé l'amaro calice della decisione di merito.

Ed a questo punto – e posto che ovviamente non è colpa della Corte Costituzionale – vi è da chiedersi davvero quale inusitato *monstrum* si stia a poco a poco disvelando (ma in realtà lo si capiva da subito) sotto l'innocua denominazione di "Riforma Cartabia". E non è che la Consulta non se ne avveda. Se ne avvede eccome, ma con linguaggio politicamente corretto si limita a soggiungere (punto 8.9 in fine): "la conseguente regressione del giudizio incide inevitabilmente sulla durata del processo, tuttavia (...) l'esigenza della rapidità del processo (...) non può pregiudicare la completezza delle garanzie della difesa".

Teoricamente ineccepibile. Ma allora perché mai si è toccato il benedetto (dal legislatore del 2006) primo grado di giudizio che non dava alcun problema di contraddittorio né di conseguenti fasi di interminabile e stratificato dibattito su come giocare che esauriscono... tutta la durata della ricreazione... e poi si torna in classe senza aver neppure cominciato a giocare.

3.9. – Poi vi è nella sentenza annotata una raccomandazione/auspicio rivolto al legislatore: "sta arrivando il Correttivo!" – sembra dire la Consulta in un laconico passaggio al capoverso finale del punto 8.11 della motivazione in diritto – "speriamo bene!". Ma al momento ed a quel che si sa il problema della presunta incostituzionalità dell'art. 171-*bis*

(24) Termini che, come la Corte dice *en passant* alla fine del primo periodo del punto 8.9, dovranno invariabilmente essere fissati nel corso della prima udienza di trattazione.

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

c.p.c. è totalmente ignorato dal Correttivo in gestazione. E ci mancherebbe davvero che la interpolazione di ulteriori udienze "di mero avviamento", oltre che raccomandata dagli Osservatori ed assai più autorevolmente dalla Corte cost., dovesse trovar posto esplicito in espressioni normative integrative (25).

Più in generale: non vi sono problemi interpretativi di dettaglio ed insormontabili che rendano disfunzionale l'art. 171-*bis*. Qui vi è solo che l'art. 171-*bis* (*verbatim* sortito non a caso non dalla delega ma dalla sua attuazione) è irrimediabilmente disfunzionale di suo: è un'idea che poteva sembrare carina a notte inoltrata ma che le luci dell'alba avrebbero dovuto tosto dissolvere (26).

4. – In definitiva:

– la Consulta, con una sentenza pur ammirevole per ricchezza e chiarezza di analisi, finisce per assolvere l'art. 171-*bis* c.p.c. da un reato impossibile, la vulnerazione del contraddittorio per mere "scomodità processuali" imposte alle parti senza prima sentirle; mentre semmai – e forse ancor qui e al momento esagerando un tantino – esso andrebbe condannato all'occasione (e se le mie previsioni si riveleranno calzanti) per manifesta complessiva (e rivelatasi concreta) irragionevolezza (27); la assoluzione della Consulta è impartita mercé soluzioni di interpretazione sistematica, le quali tuttavia, se davvero la vulnerazione del contraddittorio vi fosse, non sarebbero affatto sufficienti;

– viceversa quelle soluzioni di interpretazione sistematica, siccome adottate con la tecnica della vera e propria pronuncia di rigetto interpretativa, rivestono una efficacia persuasiva potenziata e rafforzano notevolmente l'esca (già approntata in sede di dibattito immediato post-Cartabia) per la interpolazione di una ed anzi perfino due udienze interlocutorie

---

(25) Proprio ciò auspicano invece, fra altri, i due annotatori della sentenza della Corte Cost. *retro* alla nota 5.

(26) Lo stesso estensore della pregevole ordinanza di rimessione del Tribunale di Verona è intervenuto *on line* successivamente alla pronuncia della Consulta (cfr. *Il Dubbio*, 12 giugno 2024) manifestandosi rispettosamente poco soddisfatto (ed è comprensibile visto che il palese obiettivo era la espunzione dell'art. 171-*bis* dal codice), e prospettando come alternativa il "Correttivo" (nel quale mostra tuttavia poca fiducia) ovvero ed in realtà la abrogazione. Sol che – come concluderò nel successivo paragrafo e come è già insito in quanto fin qui scritto – abrogare l'art. 171-*bis* significa dover abrogare pressoché l'intero "primo grado Cartabia".

(27) Vedi a riguardo la assai utile rassegna in *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale – Quaderno del Servizio Studi della Corte Costituzionale*, Roma, luglio 2013.

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

volte al dibattito sulle sole "verifiche preliminari"; se ad abboccare a questa esca sarà la prassi standardizzata dei nostri tribunali o anche la maggioranza dei giudici anche allo scopo allentare il cappio del praticamente inverosimile termine dei 15 gg., l'intero "primo grado Cartabia", che ha nel 171-*bis* così com'è scritto e nella riduzione delle udienze e dei tempi morti fra una udienza e l'altra i suoi perni efficentisti, ne risulterà sabotato, anzi condannato a morte per dannosità manifesta.

– Ma se anche così non fosse – e così torno a collocare la riflessione riguardo al 171-*bis* su di un piano più generale – se anche tutto funzionasse a regime, se i decreti sulle verifiche preliminari fossero tempestivamente emanati, raramente scontassero una o due udienze in più per la loro confezione o rivisitazione, e raramente risultassero pasticciati e dunque forieri di complicazioni e dilazioni ulteriori, vi sarebbe pur sempre da chiedersi se il "primo grado Cartabia", *sebbene non dannoso, sia utile*. E se inutile bisognerebbe condannarlo per ciò stesso che è frutto di riforma e che non si sia seguito il sobrio suggerimento originario di una metà della "Commissione Luiso" nel senso di lasciare tutto com'era, e come era stato conformato da una riforma di mano oscura eppur così saggia come quella del 2005/2006. La quale andava in concreto benino, o già molto bene nelle sedi virtuose, ed aveva bisogno per andar meglio solo di buona volontà degli operatori e dell'aumento del numero dei giudici, e semmai, e se proprio si voleva, di minimi ritocchini.

Sul senso e la utilità o meno del suo abbandono e dunque sul senso e l'utilità di tutto il "primo grado Cartabia" il discorso potrebbe essere lungo ed esorbitante rispetto a questa nota. Preferisco cedere rapidamente la scena ad un personaggio immaginario quanto verosimile.

5. – ... nel frattempo a Bruxelles: Casper (che tutto questo non lo sa, ma qualcosa capisce) e la "Cartabia".

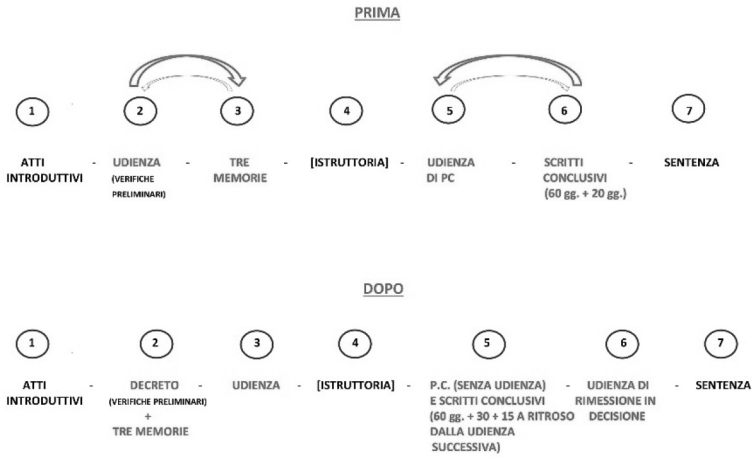
Casper è un ragazzone olandese sui trentacinque, corpulento e rosso di pelo. Non è nato nella Patria del Diritto, ma ha un suo solido buon senso, è diligente e studioso e lavora alla Commissione. Il suo capo – un francese scafato e scettico, il quale, appassionato cinefilo, ha per scena iconica del nostro cinema quella di Totò che vende la Fontana di Trevi al turista americano – gli ha detto qualche mese fa: "dai uno sguardo a questa riforma del giudizio civile di primo grado di cui gli italiani dicono mirabilie: non vorrei che ci avessero preso in giro!". Casper si mette di impegno, si fa tradurre gli articoli e non capisce quasi nulla, il che è normale per qualsiasi funzionario della Commissione di fronte alla normativa pro-

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

cessuale interna, ma provate del resto a tradurre in inglese l'attuale art. 351 c.p.c. o lo stesso art. 171-*bis*...

Poi a Casper viene in mente un vecchio compagno di Erasmus a Valencia, che ora fa l'avvocato a Catanzaro. Gli chiede e da lui ottiene uno schemino semplicissimo: "prima" e "dopo" la Cartabia.

Eccolo:



Casper lo analizza per due giorni interi (tanto Bruxelles è come sempre sotto la pioggia). Al terzo giorno chiama l'amico italiano.

"Scusa ma questa udienza di rimessione in decisione, dopo la quale arriva finalmente la sentenza, il giudice la può fissare quando vuole?".

"Si certo" – risponde l'*ex* re delle notti valenciane – "e così era prima per la cosiddetta udienza di precisazioni delle conclusioni, ora eliminata, il cui rinvio spesso lontanissimo rappresentava il fattore di gran lunga principale della durata del giudizio di primo grado, e del resto anche quando la legge prevede uno specifico termine massimo, come ora per il rinvio della prima udienza, molti giudici lo sforano e anche di molto" (28).

"Allora" – conclude Casper con quella furba sicurezza che conduceva i suoi antenati a districarsi egregiamente per i sette mari – "è perfettamente

(28) Per carità di patria l'italiano tace della comica permanenza, nelle Disp. Att. c.p.c., dell'art. 81, comma 2.

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

inutile che io mi metta a fare, codice tradotto in inglese alla mano, la conta dei termini per vedere se qualche giorno teoricamente si è risparmiato!".

"Sono pienamente d'accordo!".

Chiusa la telefonata, Casper sogguarda lo schemino per un'altra ora e mezzo. Nulla sa Casper né può sapere o tanto meno capire di tutto ciò che si è scritto qui sopra, dei drammi dell'art. 171-*bis* c.p.c., della Corte costituzionale, ecc. È un giovane funzionario della Commissione, abituato a diagrammi e statistiche più o meno manipolate ecc..., vuol solo capire a grandi linee il sodo con sana rozzezza. Contempla dunque lo schemino e finalmente sbotta in una tipica espressione olandese: "*Drie Kaartspel!!!!*".

La Consulta ha usato locuzione più aulica: "rovesciamento della fase di introduzione e trattazione che caratterizza la riforma" (v. il punto 5.4 della motivazione in diritto). Nella marineria borbonica, come è a tutti noto, si parlava di "ammuina". Ma Casper ed anche il sottoscritto preferiamo discorrere di gioco delle tre carte: "Caspita! Hanno soltanto invertito, all'inizio e alla fine, i passaggi dell'iter processuale. Insomma ci hanno fregato ancora!".

Gli viene in mente di chiamare subito il suo capo. Poi pensa che tanto i soldi del PNRR ce li stanno già dando ed in fondo una cosa totalmente inutile per lo meno non è dannosa (quanto si sbaglia il poverino, per inevitabile inconsapevolezza della tragicommedia del 171-*bis*). E così apre il frigorifero dell'ufficio, beve una meritata birra ed esce alla volta di casa nella grigissima sera di Bruxelles [29].

Mentre noi, al sole benedetto d'Italia, riflettiamo che ovviamente i soldi non li daremo mai indietro e non cesseremo di chiederli (spenderli è altra cosa, spenderli bene ancora altra) e men che meno perché la "Cartabia" è venuta fuori malino, male o malissimo, e che tuttavia e purtroppo nulla di quei soldi sarà destinato ad un vero reclutamento forzato ed in tempi decentemente contenuti che implementi di almeno il

---

[29] Un'altra cosa che Casper non sa (ma che potrebbe più o meno intuire se all'indomani riconsidererà lo schemino ed eventualmente telefonerà di nuovo all'amico italiano) è che l'aver "abolito" la precisazione delle conclusioni in udienza, e perciò la c.d. (e posticcia rispetto alla lettera del codice) "udienza di p.c.", introducendo però (o meglio riesumando dalle nebbie del passato) una finale "udienza di rimessione in decisione", posteriore alla chiusura del contraddittorio scritto, significa non solo lasciare comunque e come prima in mano al giudice la pura discrezionalità sulla ulteriore durata del processo fino alla sentenza, ma anche appesantire e complicare le cose. Perché se fai comparire due avvocati (specie se italiani) in udienza, orale cartolare, successiva a conclusionali e repliche (e dunque ad un espletamento del contraddittorio oggettivamente più che sufficiente) costoro tenteranno spesso di aggiungere, puntualizzare, nuovamente replicare ecc., tutt'altro che semplificando il compito del giudice.

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

30% il numero di magistrati ordinari da destinarsi al civile [30] (e neppure a provvedere di ottimi stipendi fissi giuristi di vario genere per le incombenze extragiudiziarie cui sono addetti troppi magistrati riportando questi ultimi al nobilissimo mestiere loro), e neanche all'incremento degli organici dell'ufficio del processo e conseguentemente dei posti stabilizzabili (mentre è senz'altro lodevole che nel frattempo il D.L n. 19/2024 abbia previsto tale progressiva e regolare stabilizzazione, idonea – speriamo – ad assicurare a supporto dei nostri giudici i ragazzi dell'ufficio del processo che mostrino autentica attitudine, evitando che se ne vadano dopo poco tempo e che perciò vi sia un continuo *turn over* e lo zoccolo duro resti costituito dai quarantacinquenni piazzati lì ad aspettare un qualche *ope legis* mentre continuano a fare surrettiziamente gli avvocati nello studio del cugino).

Ma questa è un'altra storia.

Nel frattempo tutti – giudici e avvocati, mentre Casper passa ad altri incombenti – ci impegneremo attraverso svariate udienze, cartolari o in presenza, a confezionare decreti di verifiche preliminari inossidabili e rispettosi del contraddittorio, come vuole la Consulta, ma ben inteso pur sempre rivedibili. E poi finalmente cominceremo a trattare la causa.

A meno che un coraggioso e intelligente [31] tratto di penna kirchmanniano non abroghi, finché si è ancora in tempo, pressoché l'intero "primo grado Cartabia" con le accortezze cui si è fatto cenno in apertura.

---

[30] E per favore non si tragga in campo il trito spauracchio dell'abbassamento del livello qualitativo medio della magistratura e perciò delle decisioni. Anche a non voler eccedere sottolineando che qualunque giudicante pur se di basso livello, se indipendente e imparziale, da', all'esito del contraddittorio, garanzie statistiche di giustizia della decisione maggiori del 50% idealmente riconducibile al lancio della monetina o all'ordalia (o alla sentenza mediante I.A. che equivale più o meno ai primi due espedienti), vi è un fattore logico a mio avviso decisivo per allontanare quello spauracchio (evitando così che dietro di esso si affermi la comprensibile ma non giustificabile istanza corporativa "vogliamo restare in pochi"). La pregevolezza o giustizia della decisione è data da tanti fattori (complessità della controversia, livello del contraddittorio e competenza degli avvocati ecc.), ma per quel che qui interessa è data certamente dal fattore della preparazione e competenza del singolo giudicante, moltiplicato però per il tempo che egli ha a disposizione per riflettere sulla singola controversia. Ecco perché un aumento radicale del numero dei giudicanti – ordinari e non avventizi – alleggerendo i ruoli di tutti giova non solo alla celerità, ma anche alla qualità delle decisioni, che sul piano statistico si avvarrà del maggior agio di riflessione dato ai decisori più preparati e del fatto che quelli meno preparati (oggi spesso tragicamente fallaci perché oppressi dal ruolo) avranno minori occasioni di scendere sotto il livello di guardia.

[31] Anche per i governi nazionali – pur integrati in un complesso, ma per ciò stesso elastico sol che ci si sappia fare, sistema giuspolitico sovranazionale – vale la regola secondo cui solo gli stolti non cambiano mai idea.

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

POSTILLA

Mentre questo scritto era in bozze è stato finalmente pubblicato il mitico "Correttivo" (D.lgs 31 ottobre 2024, n. 161, in G.U. 11.11.2024).

Sono ben quindici pagine di Gazzetta: il che non può certo significare la autopromoziome della "Cartabia".

Di là da ciò e di là da ogni approfondito commento alle singole disposizioni correttivo-integrative (alcune delle quali di certo utili), vale assai sinteticamente rilevare quanto segue, limitatamente agli argomenti oggetto della presente Nota, e facendo grazia di aspetti secondari.

*Il nuovo testo dell'art. 171-*bis *c.p.c., anzitutto, non recepisce espressamente l'input della Consulta riguardo alla asserita protezione del contraddittorio mercé udienza o udienze apposite (e diverse da quella di trattazione) prima o dopo il decreto. E questo è ovviamente un bene.*

*In secondo luogo, si consacra invece espressamente – come era alle viste – la ipotesi di un secondo decreto di verifiche preliminari, cinquantacinque giorni prima della udienza rifissata col primo decreto e allo scopo di "riverificare" riguardo questa volta alle attività integrative del contraddittorio svolte in ossequio al primo decreto; (per come sono giustapposte fra loro le disposizioni dell'emendato art. 171-*bis *è molto difficile che ci si possa orientare nel senso che, se tutto è a posto, per lo meno il secondo decreto sia evitabile). La cosa – specie se in micidiale miscela con l'input comunque tutt'altro che trascurabile della Consulta e degli Osservatori circa l'innesto di udienze apposite – è a dir poco drammatica da spiegare ad un cliente che attende giustizia (nella peggiore delle ipotesi aduggiano la marcia di un processo "concentrato" nonché il lavoro del giudice due decreti e quattro udienze posticce!) ed anche al Casper dell'ultimo paragrafo, e mi basta qui rinviare alla nota 6 di questo scritto.*

In terzo luogo ed a questo punto il "Correttivo" pensa bene di complicare le cose anche riguardo alla indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio: essa non troverà posto nel decreto, se in esso sono disposte attività integrativo/sananti del contraddittorio e perciò se si tratta solo del primo decreto (altrimenti sì), bensì nel secondo decreto dopo il primo (così almeno dovrebbe intendersi dalla lettura di disposizioni non adamantine); il che non è in astratto irrazionale rispetto alla nuova logica: così – si congettura – la indicazione giova anche ai nuovi invitati ed in ogni caso le parti interloquiscono su di essa nelle memorie inevitabilmente postergate rispetto al secondo decreto. Sennonché la accresciuta farraginosità dell'impianto normativo che ne sortisce è assolutamente sproporzionata rispetto a ciò di cui parliamo: un semplice prologo in cielo sempre emendabile e integrabile; la indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio è una semplice enunciazione e non un

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

provvedimento, ed il giudice la può fare comunque in ogni momento utile alla apertura del contraddittorio su di esse; e voglio proprio conoscere, del resto, chi avrà da ridire su una sollecitazione, contenuta nel primo decreto pur disponente l'integrazione del contraddittorio, a dibattere ad esempio su una questione di costituzionalità o di giurisdizione.

*In quarto luogo il nuovo testo dell'art. 171-*bis *c.p.c. rafforza – sia pure con qualche oscurità e contraddizione – l'idea che un decreto debba esservi sempre e comunque, e perciò nella pratica lascerà avvocati e parti in attesa speranzosa che prima o poi il giudice si decida ad emanarlo (e nel frattempo essi potranno dedicarsi tranquillamente ad altre attività più o meno accattivanti, confidando che non siano proprio quelle a determinare il misterioso e distratto silenzio del giudice). Correlativamente i termini per le memorie decorrono a ritroso dall'udienza confermata o differita dal giudice con il primo o con il secondo decreto, ma iniziano a decorrere (pur a ritroso) solo a condizione che sia emanato l'unico decreto di sola indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio o il secondo decreto (almeno così intendo nel ginepraio normativo). Sul che non ho che da rinviare alle considerazioni circa la normazione di tipo quantistico, secondo cui un termine decorre ma non decorre, svolte in questo scritto al paragrafo 2.5 ed anche alle note 8, 12 e 13.*

*In conclusione: se la sentenza della Consulta sospinge verso la abrogazione dell'intero "primo grado Cartabia", il "Correttivo", anche riguardo al solo art. 171-*bis *c.p.c. e non per colpa dei "correttori" ma a motivo della dimostratasi "incorreggibilità'", rende tale abrogazione davvero inevitabile, almeno in un sistema che non voglia vivere un processo di cognizione di primo grado amabilmente sceneggiato da Georges Feydeau.*

ANTONIO BRIGUGLIO
Professore ordinario nell'Università di Roma Tor Vergata

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

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ., sentenza 28 marzo 2024, n. 8486

Pres. Cassano – Est. Carrato

Leonessa Investimenti s.r.l. (avv.ti Sarrocco, Gervasoni) – Ca.ca. (avv.to Masera)

L'impugnazione incidentale tardiva a norma dell'art. 334 c.p.c. è ammissibile nelle cause scindibili ex *art. 332 c.p.c. anche se proposta da parte che non è destinataria di altra impugnazione e anche se di contenuto meramente adesivo rispetto all'impugnazione principale di altro litisconsorte a condizione che l'accoglimento di quest'ultima valga ad incidere sull'assetto di interessi risultante dalla sentenza impugnata e a determinare un pregiudizio giuridicamente rilevante per l'impugnante in via tardiva* (massima non ufficiale).

Il principio secondo cui l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile, nelle cause scindibili ex *art. 332 c.p.c., anche se proveniente da parte che non è destinataria di altra impugnazione è applicabile anche al caso in cui l'interesse giuridicamente rilevante sia insorto a seguito di impugnazione incidentale tardiva proposta da un altro litisconsorte soccombente* (massima non ufficiale).

(*Omissis*).

1. Il Tribunale di Varese, con sentenza n. 281 del 2011, in accoglimento della domanda proposta dal fallimento di Addventure Spa, in liquidazione, condannava Po.Pi., Ca.Ca. e Pe.St., in solido fra loro, a pagare, in favore dell'attore, la somma di euro 2.413.810,63, oltre accessori fino alla concorrenza di Euro 2.500.000,00 per il danno arrecato, nella loro qualità di amministratori delegati, alla società e ai creditori sociali per la perdita di bancali non rinvenuti dal Curatore.

La Curatela del citato Fallimento aveva originariamente convenuto in giudizio anche altri amministratori e i sindaci, con i quali, però, nelle more del giudizio di primo grado, erano intervenute una serie di transazioni pro quota.

1.1. Avverso la sentenza di primo grado formulava appello principale Po.Pi. (con atto di citazione notificato anche ai condebitori), a seguito del quale Pe.St., nel costituirsi in giudizio (con comparsa del 29 dicembre 2011), avanzava appello incidentale, chiedendo, a sua volta, in riforma della sentenza del Tribunale, il rigetto delle domande del menzionato Fallimento nonché della domanda di manleva spiegata dal Po.Pi. nei suoi confronti.

Nel giudizio di appello interveniva la Leonessa Investimenti Srl, quale assuntrice del concordato fallimentare di Addventure Spa in liquidazione, proponendo appello incidentale condizionato, con cui invocava la condanna del Po.Pi. e del Pe.St. in solido, nei limiti della somma di euro 2.500.000,00, in ragione delle ulteriori condotte addebitate con l'atto introduttivo del giudizio di primo grado e disattese dalla sentenza di primo grado.

All'udienza (del 25 gennaio 2012, differita *ex* art. 168-*bis*, comma 4, c.p.c. al 26 gennaio 2012) fissata per la prima comparizione delle parti, si costituiva in giudizio anche Ca.Ca., attraverso una comparsa "contenente di fatto" un'impugnazione incidentale (così qualificata dalla Corte di appello e adesiva a quella dell'appellante principale Po.Pi.).

Inoltre, lo stesso Ca.Ca., con autonomo atto di citazione notificato a Leonessa Investimenti Srl (costituitasi nel giudizio di appello, nella qualità di assuntore del Concordato fallimentare del Fallimento Addventure Spa), impugnava la sentenza di primo grado sollecitando il rigetto delle pretese risarcitorie del Fallimento.

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

La Corte d'appello di Milano, riunite le impugnazioni proposte contro la medesima sentenza, con sentenza n. 2346 del 2016 (depositata il 14 giugno 2016), in accoglimento degli appelli proposti da Po.Pi., Ca.Ca. e Pe.St., in riforma della sentenza di primo grado, dichiarava che gli stessi nulla dovevano al predetto Fallimento per essere il relativo credito già estinto in conseguenza dell'intervenuto pagamento da parte degli originari coobbligati, nonché, conseguentemente, assorbita la domanda di manleva proposta dal Po.Pi. nei confronti del Pe.St.

Con la medesima sentenza la Corte d'appello riteneva infondate le eccezioni di inammissibilità dell'impugnazione proposta da Ca.Ca., sollevate da Leonessa Investimenti Srl, in ragione del fatto che il suo interesse all'impugnazione sarebbe sorto dall'appello incidentale del coobbligato Pe.St.

Al riguardo, nella sentenza della Corte d'appello si legge (alle pagg. 17-18) testualmente: "...Discende da quanto argomentato che Pe.St. ha, comunque, impugnato tempestivamente la sentenza *de qua*. Benché analoghe conclusioni non si possano trarre nei confronti di Ca.Ca. posto che la sua costituzione nell'ambito dell'appello iscritto al N. R.G. 3322/2011 (ancorché allo stesso modo contenente di fatto impugnazione incidentale) è avvenuta direttamente all'udienza, quindi senza il rispetto dei termini di cui all'art. 334, comma 1°, c.p.c., ritiene tuttavia la Corte che l'impugnazione notificata a Leonessa il 26/01/2012 possa valere quale impugnazione incidentale tardiva, *ex* art. 334, comma 2°, c.p.c. e sia perciò da ritenersi ammissibile. Ciò sul rilievo che l'impugnazione incidentale del coobbligato Pe.St. (nel procedimento N. R.G. 3322/2011) ha determinato l'insorgere in capo a Ca.Ca. di nuovo ed autonomo interesse ad impugnare la sentenza nei confronti di Leonessa Srl, conseguendo ad essa la possibilità – in caso di accoglimento (anche) del gravame proposto da detto coobbligato – di vedere definitivamente perso il vincolo della solidarietà e di trovarsi perciò esposto, da solo e per l'intero, alla pesante condanna emessa dal tribunale (arg. *ex* Cass. S.U. 24627/2007)".

(*Omissis*).

5. La prima questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite coinvolge, direttamente, i temi della legittimazione attiva e passiva all'impugnazione incidentale tardiva e quello – comunque correlato – dei limiti oggettivi di tale impugnazione, nei processi con pluralità di parti, nella peculiare fattispecie delle obbligazioni solidali cd. "paritarie" o "a interesse comune".

L'impugnazione incidentale tardiva c.d. adesiva, nella fattispecie oggetto del ricorso oggi rimesso alle Sezioni Unite, infatti:

– proviene da un soggetto (il coobbligato condannato in solido) diverso da quello contro il quale è rivolta l'impugnazione principale (proposta dall'altro coobbligato, pure condannato in solido, nei confronti del creditore), e coinvolge, pertanto, il tema della legittimazione attiva all'impugnazione incidentale tardiva;

– è rivolta contro una parte diversa da quella che ha proposto l'impugnazione principale, e coinvolge, pertanto, anche sotto questo profilo, il problema della legittimazione passiva all'impugnazione incidentale tardiva;

– ha ad oggetto un capo diverso della sentenza (la condanna dell'impugnante incidentale) rispetto a quello oggetto dell'impugnazione principale (la condanna dell'impugnante principale).

5.1. Con riferimento a tale questione si registrava nella giurisprudenza di questa Corte un contrasto – persistito per un tempo considerevole – che fu risolto dal successivo intervento delle Sezioni unite, con la (più volte indicata) sentenza n. 24627 del 27/11/2007.

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

Questa pronuncia venne emessa con riferimento ad una causa avente ad oggetto un caso in cui, rimasti soccombenti due coobbligati solidali, solo uno di essi impugnò tempestivamente la sentenza, mentre l'altro l'impugnò tardivamente in via incidentale. Tutte e due le impugnazioni erano ovviamente rivolte contro il creditore comune. Chiamate a stabilire se l'impugnazione incidentale tardiva fosse in questo caso ammissibile, le Sezioni Unite dettero a tale quesito risposta affermativa, facendo leva sul concetto di "interesse" all'impugnazione e sulla necessità soddisfare l'esigenza della tutela dell'"assetto comune" dell'interesse delle parti e della conservazione dell'unitarietà del rapporto sostanziale già dedotto in giudizio in primo grado.

Nella motivazione, infatti, si affermò che sussiste un interesse all'impugnazione tardiva, meritevole di tutela, tutte le volte che l'impugnazione proposta da uno qualsiasi dei litisconsorti, se accolta, comporterebbe una modifica dell'assetto delle situazioni giuridiche accettate da uno qualsiasi degli altri, poiché darebbe luogo o ad una soccombenza totale, oppure ad una soccombenza più grave di quella stabilita dalla sentenza impugnata.

Con questa sentenza le Sezioni unite stabilirono, quindi, che l'impugnazione incidentale tardiva potesse essere rivolta anche contro parti diverse dall'impugnante principale (conformandosi come "adesiva"). Peraltro, fu precisato che questa ammissibilità non è automatica e non sussiste sempre e comunque, ma esige che il giudice valuti se l'interesse all'impugnazione tardiva, nel caso concreto, possa davvero reputarsi sorto per effetto dell'impugnazione principale: dunque si tratterà di stabilire caso per caso se l'accoglimento eventuale di quest'ultima possa pregiudicare o meno l'impugnante incidentale tardivo. In caso affermativo l'impugnazione tardiva sarà ammissibile, nel caso contrario no.

Così ricostruito il contrasto, le Sezioni Unite del 2007 ritennero di dover sottoporre a revisione "l'orientamento dominante – secondo cui l'impugnazione principale fissa immodificabilmente l'oggetto del giudizio determinando in modo automatico l'ambito dell'eventuale impugnazione incidentale in considerazione dei limiti derivanti dalla decadenza, dall'acquiescenza e dalla mancata riproposizione delle domande e delle eccezioni non espressamente riproposte" perché messo in crisi dalla enorme casistica con la quale viene valorizzato un diverso elemento, e cioè la ricerca dell'interesse all'impugnazione.

Il principio definitivamente statuito dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 24627 del 2007 è stato condensato nella massima ufficiale di seguito riportata: "Sulla base del principio dell'interesse all'impugnazione, l'impugnazione incidentale tardiva è sempre ammissibile, a tutela della reale utilità della parte, tutte le volte che l'impugnazione principale metta in discussione l'assetto di interessi derivante dalla sentenza alla quale il coobbligato solidale aveva prestato acquiescenza; conseguentemente, è ammissibile, sia quando rivesta la forma della controimpugnazione rivolta contro il ricorrente principale, sia quando rivesta le forme della impugnazione adesiva rivolta contro la parte investita dell'impugnazione principale, anche se fondata sugli stessi motivi fatti valere dal ricorrente principale, atteso che, anche nelle cause scindibili, il suddetto interesse sorge dall'impugnazione principale, la quale, se accolta, comporterebbe una modifica dell'assetto delle situazioni giuridiche originariamente accettate dal coobbligato solidale".

5.2. Nello sviluppo successivo della giurisprudenza di questa Corte si è, tuttavia, constatato che:

– mentre un orientamento ha continuato a fare applicazione dei principi espressi dalle citate Sezioni Unite del 2007 – e, quindi a ritenere ammissibile, sotto il profilo della legittimazione attiva, l'impugnazione incidentale tardiva anche proveniente da parte diversa da quella contro la quale è rivolta l'impugnazione principale o chiamata ad integrare il contraddittorio *ex* art. 331 c.p.c. –, un diverso orientamento della Corte ha negato che l'art.

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

334 c.p.c. sia applicabile al di fuori delle ipotesi ivi espressamente previste e quindi che sia ammissibile, in ipotesi di cause scindibili, l'impugnazione incidentale tardiva di un soggetto diverso da quelli indicati da tale norma.

Il contrasto sulla legittimazione attiva a proporre impugnazione incidentale tardiva assume rilievo soprattutto, nel campo delle obbligazioni solidali a "interesse comune", in quanto in ambiti in cui la connessione di cause è meno rilevante la giurisprudenza della Corte, sulla base dei diversi principi affermati, è giunta a conclusioni non contrastanti.

Tale contrasto può, peraltro, assumere rilievo anche nei settori delle obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e, in generale, delle cause connesse per pregiudizialità-dipendenza, ove non ricondotte sotto la disciplina di cui all'art. 331 c.p.c., come ad esempio nel caso in cui il debitore principale condannato in primo grado in solido con il condebitore (o il convenuto, nel caso di accoglimento tanto della domanda principale quanto quella di garanzia) proponga impugnazione nei soli confronti dell'attore, essendo, in tal caso, il condebitore o il terzo chiamato condannati parti diverse da quelle a cui l'art. 334 c.p.c. consente espressamente l'impugnazione incidentale tardiva.

I principi affermati dalle Sezioni Unite del 2007 sembrano, invece, essere rimasti consolidati nella giurisprudenza della Corte quanto all'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva nei confronti di soggetti diversi da quello che ha proposto impugnazione principale.

D'altra parte, la giurisprudenza di questa Corte esclude pianamente tanto che la riforma della sentenza di condanna di un coobbligato in solido abbia efficacia nei confronti del condebitore non impugnante, sia che il giudicato formatosi nei confronti di un condebitore in solido all'esito di un giudizio a cui non abbia partecipato un altro condebitore, possa esplicare efficacia nel successivo giudizio di regresso tra costoro, in ragione dei limiti soggettivi del giudicato.

5.3. Le Sezioni unite del 2007 avevano, quindi, affrontato e risolto due questioni distinte: – quella dell'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva rivolta contro una parte diversa dall'impugnante principale, che attiene ai limiti della "legittimazione passiva" del gravame *ex* art. 334 c.p.c., che ritengono diversa da quella su cui vi era il contrasto; – quella dell'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva adesiva proposta dal coobbligato nelle cause scindibili, a fronte dell'impugnazione di altro coobbligato, relativamente ai limiti della legittimazione attiva del medesimo gravame, in quanto proveniente da soggetto diverso da quello contro il quale è proposta l'impugnazione principale.

L'ampiezza dei temi sottostanti alla specifica questione dell'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva adesiva proposta dal coobbligato in solido a seguito dell'impugnazione proposta in via principale da altro coobbligato fu immediatamente sottoposta dalla dottrina alla sua attenzione.

5.3.1. L'eliminazione ad opera delle Sezioni Unite dei limiti soggettivi, sotto il profilo della "legittimazione passiva", dell'impugnazione incidentale tardiva proposta dalla parte contro la quale è proposta l'impugnazione principale, è stata accolta con favore da una parte della dottrina, secondo cui tali limiti non sono previsti dall'art. 334 c.p.c. La soluzione è stata ritenuta coerente con la ratio di tale norma, che è quella di evitare la "corsa" all'impugnazione e di consentire alla parte parzialmente soccombente disposta ad accettare l'esito complessivo della lite di stare "alla finestra" sapendo che se la sentenza, nella parte ad essa favorevole, sarà impugnata, potrà a sua volta impugnare nei termini ordinari, qualunque sia la ragione del cumulo nello stesso processo di più cause tra parti differenti.

La parte contro la quale è stata proposta l'impugnazione avrebbe, infatti, un concreto interesse a proporre l'impugnazione incidentale tardiva, anche nei confronti di una parte

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

diversa da quella che ha proposto l'impugnazione principale, derivante dalla circostanza che l'impugnazione (principale) rimette in discussione il risultato pratico complessivamente determinato dalla sentenza impugnata, potendo condurre ad una soccombenza "più grave" di quella che l'impugnante incidentale era disposto ad accettare.

Tale indirizzo dottrinale ha illustrato i positivi effetti della eliminazione dei limiti soggettivi in questione, nel settore delle obbligazioni solidali, nel caso in cui, avendo il creditore ottenuto la condanna di taluno soltanto dei più condebitori convenuti (che tuttavia potrebbe soddisfarlo pienamente, qualora egli faccia affidamento sulla solvibilità del soccombente), la sentenza sia impugnata da quest'ultimo, con il conseguente rischio per l'attore di un rigetto totale della domanda, che lo abilita ad avvalersi dell'impugnazione incidentale tardiva nei confronti degli altri coobbligati risultati vittoriosi in primo grado. Effetti altrettanto positivi – come rilevato dalla stessa decisione delle Sezioni Unite del 2007 –conseguirebbero con riferimento alle fattispecie di garanzia c.d. impropria (facendo l'esempio della vendita a catena, in cui l'ultimo acquirente faccia valere i vizi della cosa nei confronti dell'ultimo venditore, e questi chiami a sua volta in causa il proprio dante causa), allorché, avendo la sentenza accolto tanto la domanda principale quanto quella di rivalsa, l'impugnazione (principale) sia proposta dal garante, con l'evidente effetto di porre a rischio il risultato pratico derivante al convenuto-garantito dalla sentenza impugnata, che ha perciò interesse a proporre tardivamente l'impugnazione nei confronti dell'originario attore, senza che rilevi la circostanza che il garante abbia censurato la sentenza impugnata solo nella parte relativa alla sussistenza ed ai limiti dell'obbligo di garanzia ovvero anche per ragioni concernenti l'esistenza dell'obbligazione principale in capo al convenuto.

5.3.2. Altra parte della dottrina ha, invece, criticato la sentenza delle Sezioni Unite n. 24627 del 2007 per aver ritenuto ammissibile l'impugnazione incidentale tardiva proposta dal coobbligato soccombente a fronte dell'impugnazione principale proposta da altro coobbligato pure soccombente, sia perché proveniente da una parte diversa da quella contro la quale è proposta l'obbligazione principale, in contrasto con la lettera dell'art. 334 c.p.c., sia perché, con detta pronuncia, si sarebbe data per scontata l'efficacia dell'eventuale riforma della sentenza di primo grado in accoglimento dell'impugnazione principale, nel successivo giudizio di regresso tra i condebitori, che sarebbe, invece, da escludersi.

Altri indirizzi teorici sembrano far leva sui limiti soggettivi del giudicato, escludendo tale efficacia "in quanto quella sentenza non ha avuto alla base un giudizio che vedesse davvero ancora come parte il condebitore solidale inerte", perché la notifica, dell'impugnante principale, nei casi di cui all'art. 332 c.p.c., dovrebbe considerarsi una mera *litis denuntiatio*, con la conseguenza di doversi recisamente negare *in apicibus* il fatto che chi riceve questa notifica diventi parte del giudizio di gravame e possa subire un qualsivoglia tipo di deterioramento della sua complessiva situazione giuridica quale fuoriuscente dalla sentenza di primo grado che egli ha espressamente, o tacitamente, o semplicemente facendo decorrere i termini, sostanzialmente accettato, facendo sì che si consolidi il capo di sentenza scindibile relativo alla propria condanna.

Si è, infine, ritenuto che la soluzione tracciata dalle Sezioni Unite con la più volte citata sentenza del 2007 finisca per prestare eccessiva attenzione alla posizione dei coobbligati (in vista di un diritto, quello di regresso, non ancora esercitato) a scapito della posizione del creditore che, per essere certo della propria vittoria, non dovrebbe soltanto attendere il decorso dei termini brevi o lunghi per l'impugnazione, ma anche chiedersi se, in ragione del gravame proposto da un coobbligato, l'altro o gli altri coobbligati rimasti inerti possano subire un qualche pregiudizio, sia pure di mero fatto, tali da legittimarli all'esercizio del-

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

l'impugnazione incidentale tardiva, in contrasto con la funzione stessa della solidarietà, intesa quale istituto che tutela, in via prioritaria, la posizione del creditore.

6. Il principio di diritto enunciato con la sentenza delle Sezioni unite n. 24627 del 2007 è stato ribadito dalla prevalente successiva giurisprudenza di questa Corte che ha valorizzato la sussistenza in capo al condebitore solidale di un suo reale interesse a proporre impugnazione incidentale tardiva congiuntamente al soddisfacimento – innanzi ricordato – dell'esigenza di garantire l'assetto complessivo delle situazioni giuridiche dedotte in causa fin dalla sua introduzione nell'ottica di addivenire ad una soluzione riguardante un rapporto comune nella sua unitarietà (cfr., tra quelle massimate ufficialmente, come conformi Cass., Sez. L, n. 9264 del 9/04/2008; Cass., Sez. 3, n. 10125 del 30/04/2009; Cass., Sez. L, n. 15050 del 26/06/2009; Cass., SU, n. 18049 del 4/08/2010, ancorché in modo solamente reiterativo; Cass., Sez. 1, n. 5146 del 30/03/2011; Cass., Sez. L, n. 5086 del 29/03/2012; Cass. SU, n. 18752 del 7/08/2013, sempre in senso soltanto reiterativo; Cass., Sez. 3, n. 25848 del 9/12/2014; Cass., Sez. 1, n. 23396 del 16 novembre 2015; nonché, tre le più recenti, Cass., Sez. 2, n. 1879 del 25/01/2018; Cass., Sez. 2, n. 5876 del 12/03/2018; Cass., Sez. 2, n. 14596 del 9/07/2020; Cass., Sez. 3, n. 25285 dell'11/11/2020; Cass., Sez. 3, n. 26139 del 5/09/2022).

Si è, in special modo, affermato – ad es., con Cass., Sez. 3, n. 25285 dell'11/11/2020, cit. (ampiamente motivata sulla questione in oggetto) – che l'impugnazione incidentale tardiva del coobbligato in solido, rivolta contro la parte investita dell'impugnazione principale, è ammissibile anche se fondata su motivi diversi da quelli fatti valere dal ricorrente principale, rilevandosi che "una diversa e più restrittiva interpretazione indurrebbe ciascuna parte a cautelarsi proponendo un'autonoma impugnazione tempestiva sulla statuizione rispetto alla quale è rimasta soccombente, con inevitabile proliferazione dei processi d'impugnazione".

Sotto il profilo dell'interesse all'impugnazione, con la stessa Cass. n. 25285 del 2020, si è, poi, osservato che "nel caso delle obbligazioni solidali l'interesse è dato dal possibile mutamento dell'ampiezza della propria responsabilità, a nulla valendo la circostanza che la decisione da impugnare abbia, come nell'ipotesi, lasciato impregiudicato il profilo dei rapporti interni tra coobbligati, ovvero che, astrattamente, l'intera responsabilità, in sede di rivalsa (trattandosi di titoli differenti), potrebbe essere imputata a un solo soggetto: infatti, proprio perché il profilo in parola è impregiudicato, e proprio perché il soggetto in questione potrebbe essere o meno pregiudicato dalla rivalsa, è evidente che ha un interesse specifico che sorge dall'impugnazione del coobbligato, poiché quella vuole incidere sull'assetto regolato dalla decisione oggetto di censura e che lo coinvolge".

Quanto alla compatibilità con la lettera dell'art. 334 c.p.c. dell'interpretazione che, in base al principio dell'interesse all'impugnazione, ritiene ammissibile l'impugnazione incidentale tardiva adesiva del coobbligato in solido, con la medesima pronuncia è stato evidenziato che mancano "limitazioni letterali evincibili dall'art. 334, primo comma, cod. proc. civ., dovendosi intendere per "parte contro cui è proposto" il gravame ogni parte che ne potrebbe subire effetti pregiudizievoli dall'accoglimento dell'impugnazione proposta da altri" (in termini omologhi v., da ultimo Cass., Sez. 3, n. 26139 del 5/09/2022, anch'essa diffusamente motivata sulla questione, con il riesame di tutto il pregresso stato giurisprudenziale e la riaffermazione della condivisibilità dell'impianto logico-giuridico-argomentativo della sentenza delle SU n. 24627/2007: è opportuno segnalare che con quest'ultima ordinanza citata si era ritenuto non necessario investire nuovamente della specifica questione le Sezioni Unite, giacché quello che si era definito come "orientamento minoritario" poteva in realtà ascriversi a fisiologiche oscillazioni giurisprudenziali, non convincenti nell'elaborazio-

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

ne dei presupposti ed in ogni caso non tali da ingenerare un autentico contrasto o contrapposizione tra indirizzi consolidati).

6.1. All'orientamento giurisprudenziale, adesivo alla sentenza delle Sezioni Unite n. 24627 del 2007, se ne è contrapposto un altro secondo cui, a fronte dell'impugnazione principale, proposta da un coobbligato contro la sentenza di condanna in solido, l'altro coobbligato, pur avendo il potere di impugnare in via incidentale adesiva, non può farlo quando siano spirati i termini lungo o breve per proporre impugnazione (tra quelle massimate si richiamano Cass., Sez. 5, n. 1610 del 25/01/2008; Cass., Sez. 3, n. 1120 del 21/01/2014; Cass., Sez. 5, n. 20040 del 7/10/2015; Cass., Sez. 3, n. 17614 del 24/08/2020 e Cass., SU, n. 23903 del 29/10/2020). È stata esclusa l'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva del coobbligato in solido, sulla base del principio secondo cui "l'art. 334 cod. proc. civ., che consente di proporre l'impugnazione incidentale tardiva nei confronti di qualsiasi capo della sentenza impugnata dalla controparte, si riferisce infatti esclusivamente all'impugnazione incidentale in senso stretto, ovverosia a quella proveniente dalla parte contro la quale è stata proposta l'impugnazione principale o che sia stata chiamata ad integrare il contraddittorio, a norma dell'art. 331 cod. proc. civ.: quando invece il ricorso incidentale abbia contenuto adesivo a quello principale, la parte che lo propone è tenuta a rispettare il termine lungo di cui all'art. 327, comma 1°, cod. proc. civ.".

Occorre evidenziare che l'ordinanza della Sez. 6-1 n. 12584 del 22/05/2018 evocata nell'ordinanza interlocutoria si è pronunciata, infatti, in una fattispecie in cui, pubblicata una sentenza di divorzio che aveva altresì disposto un assegno a carico del marito in favore della moglie, entrambi i coniugi avevano proposto impugnazione in via principale, ma mentre quello della moglie era tempestivo, quello del marito era tardivo. Il marito, quindi, aveva altresì riproposto lo stesso appello in via incidentale tardiva a seguito dell'appello principale proposto dalla moglie, e prima che venisse dichiarata l'inammissibilità dell'appello da lui proposto in via principale.

Con tale pronuncia è stato ritenuto inapplicabile, al caso di specie, l'orientamento assolutamente prevalente della Corte sopra descritto, in ragione del fatto che, con riferimento all'appello principale, tale principio richiede che, al momento della proposizione del nuovo gravame, non sia ancora decorso il termine per l'impugnazione, mentre, nel caso al suo esame, tale termine era decorso tanto al momento della proposizione dell'appello principale del marito, quanto al tempo della proposizione dell'appello incidentale da parte dello stesso.

Nella sostanza, quindi, parrebbe che tale pronuncia sia stata determinata dalla necessità di evitare che in base ad un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte si potesse consentire alla parte di eludere i termini previsti dalla legge per il suo appello principale.

Va segnalato, inoltre, che tale decisione non si è pronunciata sulla questione relativa alla possibilità di conversione dell'appello principale del marito, successivo a quello della moglie, in appello incidentale tardivo (paragonabile a quella che si pone nel giudizio oggi rimesso a queste Sezioni unite), perché con il ricorso era stata rimessa la diversa questione dell'ammissibilità dell'appello incidentale tardivo, nonostante l'inammissibilità di quello principale per tardività.

Il caso oggetto del ricorso oggi rimesso alle Sezioni Unite si presenta, quindi, ben diverso, perché non viene in gioco la questione della recuperabilità, attraverso la conversione in appello incidentale tardivo, di un appello principale tardivamente proposto, bensì quella, diversa, dell'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva proposta, anziché attraverso un'impugnazione incidentale, nelle forme di un'impugnazione autonoma, peraltro con

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

l'osservanza dei termini previsti per tale impugnazione, ai sensi dell'art. 343, comma 2°, c.p.c., ove ritenuta ammissibile.

L'ordinanza interlocutoria di rimessione della questione pone riferimento anche alla più recente pronuncia delle Sezioni unite n. 23903 del 2020, con cui è stata negata l'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva del coobbligato in solido al risarcimento del danno erariale, aderendo all'orientamento più restrittivo, sul rilievo del carattere reciprocamente scindibile e indipendente dei distinti rapporti processuali.

Detta decisione delle Sezioni unite riguardava, in effetti, la particolare ipotesi della responsabilità contabile (nell'ambito della risoluzione di un questione di giurisdizione), che è connotata, in virtù degli interessi pubblici coinvolti nell'azione di responsabilità, da caratteristiche precipue, quali la distinzione fra le figure dell'obbligato principale e del coobbligato secondario o la non operatività della c.d. rinunzia alla solidarietà da parte del creditore-Erario, a favore di uno dei condebitori.

7. La giurisprudenza di questa Corte ha sempre inquadrato il caso delle obbligazioni solidali a interesse comune nelle cause "scindibili" *ex* art. 332 c.p.c. (v., tra le tante, Cass., SU, n. 14700 del 18/06/2010; Cass., Sez. 3, n. 11795 del 30/08/2011; Cass., Sez. 2, n. 2854 del 12/02/2016), a condizione che non sia stata da alcuna parte richiesta la pronuncia sulle pretese di regresso o sulla "ripartizione" nei rapporti interni.

Questa posizione è stata fondata sul presupposto che l'obbligazione solidale determina la costituzione di tanti rapporti obbligatori (plasticamente si discorre di "fascio di rapporti"), quanti sono i condebitori, con la duplice conseguenza che, "nel caso di giudizio di impugnazione promosso da uno solo dei debitori solidali, la sentenza passa in giudicato nei confronti dei condebitori riguardo ai quali l'impugnazione non è stata svolta e che, qualora l'esercizio del diritto di impugnazione sia avvenuto da parte di tutti i condebitori, con la deduzione, però, da parte di ciascuno, di specifici motivi diversi da quelli dedotti dagli altri, i motivi dedotti dal condebitore non si comunicano agli altri".

Al riguardo si è, infatti, sostenuto che la sentenza con cui ci si pronuncia sulla domanda proposta dal creditore nei confronti di una pluralità di condebitori, "pur essendo formalmente unica, consta di tante distinte pronunce quanti sono i coobbligati con riguardo ai quali essa è stata emessa", con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione da parte di un condebitore, si determina il passaggio in giudicato della sentenza nei suoi confronti (Cass., Sez. 3, n. 16390 del 14/07/2009), senza che egli possa giovarsi dell'eventuale accoglimento dell'impugnazione del coobbligato, neanche qualora gli sia stata notificata l'impugnazione (Cass., Sez. 2, n. 24728 dell'8/10/2018).

Ciò in quanto "la regola di cui all'art. 1306, secondo comma, cod. civ., secondo cui i condebitori in solido hanno facoltà di opporre al creditore la sentenza pronunciata tra questi ed uno degli altri condebitori, trova applicazione soltanto nel caso in cui la sentenza suddetta sia stata resa in un giudizio cui non abbiano partecipato i condebitori che intendano opporla. Se, invece, costoro hanno partecipato al medesimo giudizio, operano le preclusioni proprie del giudicato, con la conseguenza che la mancata impugnazione da parte di uno o di alcuni dei debitori solidali, soccombenti in un rapporto obbligatorio scindibile, qual è quello derivante dalla solidarietà, determina il passaggio in giudicato della sentenza nei loro confronti, ancorché altri condebitori solidali l'abbiano impugnata e ne abbiano ottenuto l'annullamento o la riforma" (cfr. Cass., Sez. 3, n. 20559 del 30/09/2014).

La disciplina delle cause scindibili di cui all'art. 332 c.p.c., viene ritenuta applicabile dalla giurisprudenza di questa Corte, nell'ambito delle cause aventi ad oggetto obbligazioni solidali a interesse comune, sia nel caso in cui, risultando entrambe le domande accolte, l'impugnazione principale sia proposta da uno dei condebitori nei riguardi del comune cre-

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

ditore (Cass., Sez. L, n. 7308 del 26/03/2007; Cass., Sez. 3, n. 13607 del 21/06/2011 e Cass., Sez. 2, n. 24728 dell'8/10/2018, appena cit.), sia nel diverso caso in cui, a seguito del rigetto (anche parziale) di tutte le (o di alcune delle) domande, il creditore proponga impugnazione nei confronti di alcuni soltanto degli originari convenuti (Cass., Sez. 3, n. 3338 dell'11/02/2009 e Cass., Sez. 3, n. 9625 del 19/04/2018, non mass.).

Condividendo il riportato inquadramento, la dottrina assolutamente prevalente afferma che ogniqualvolta, indipendentemente dal tipo di connessione che è alla base del cumulo soggettivo di cause, una delle parti sia destinataria di una vera e propria impugnazione (id est di una domanda di riforma o annullamento di una statuizione a lui sfavorevole), non soltanto la ratio, ma anche la stessa lettera dell'art. 334, comma 1°, c.p.c., inducono ad escludere che l'impugnazione incidentale tardiva dell'impugnato sia soggetta, dal lato passivo, ad alcuna limitazione di ordine soggettivo.

7.1. Alla regola della scindibilità delle cause, la giurisprudenza di questa Corte ritiene si deroghi, allorquando nel processo uno dei due condebitori eserciti azione di regresso nei confronti dell'altro, oppure la responsabilità dell'uno presupponga quella dell'altro "venendo a configurarsi una situazione di inscindibilità di cause e quindi di litisconsorzio processuale necessario, quando le stesse siano in rapporto di dipendenza ovvero quando le distinte posizioni dei coobbligati presentino obiettiva interrelazione, alla stregua della loro strutturale subordinazione anche sul piano del diritto sostanziale, sicché la responsabilità dell'uno presupponga la responsabilità dell'altro" (v., di recente, Cass., Sez. III, n. 34899 del 28/11/2022).

La Corte ritiene, inoltre, riconducibile alla disciplina di cui all'art. 331 c.p.c. anche il caso in cui nel giudizio in cui sia chiesta la condanna di varie parti in solido al risarcimento dei danni e tra le stesse insorga controversia circa la determinazione delle rispettive quote di corresponsabilità, versandosi in un'ipotesi di cause dipendenti (Cass. SU n. 3074 del 3/03/2003 e Cass., Sez. I, n. 19584 del 27/08/2013).

8. Passando, ora, a tirare le fila del ragionamento – in un'ottica di complesso argomentativo di sistema – occorre evidenziare che le due questioni principali che discendono dall'esame del rapporto tra obbligazione solidale "paritaria" e impugnazione incidentale tardiva pongono i seguenti interrogativi: a) chi, risultato soccombente rispetto ad una pronuncia di condanna in solido, possa impugnarla in via incidentale tardiva (ciò che attiene al profilo della legittimazione attiva); b) quale sia la parte contro cui l'impugnazione ai sensi dell'art. 334 c.p.c. possa essere proposta (e ciò investe il profilo della legittimazione passiva).

È stato già sottolineato che, per individuare chi abbia legittimazione a proporre gravame incidentale tardivo contro una sentenza (o decisione equiparabile quanto agli effetti) pronunciata su un'obbligazione solidale (ad interesse comune, che viene in rilievo nella causa oggetto di ricorso nel caso in esame), diventa imprescindibile partire dal presupposto –recepito dalla giurisprudenza pressoché consolidata di questa Corte (in precedenza illustrata), dalla quale non si ha motivo per discostarsi, peraltro seguita anche dalla dottrina predominante – che la pluralità di cause in tale ipotesi cumulate e poi decise con sentenza è riconducibile alla disciplina delle cause scindibili (prevista dall'art. 332 c.p.c.).

È risaputo che la scindibilità, in sede di gravame, del cumulo di condanne in solido proposto in primo grado è ritenuta un corollario dell'ambito applicativo dell'art. 1306, comma 1°, c.c., in base al quale la sentenza emessa tra un coobbligato ed il creditore non ha effetto nei confronti dei coobbligati rimasti estranei alla controversia. È questa norma, pertanto, a legittimare la formazione di una pluralità di pronunce sull'esistenza e sull'atteggiarsi dell'obbligazione solidale, senza che possa assume rilevanza la circostanza che le domande formulate contro i singoli coobbligati abbiano determinato un cumulo litisconsortile

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

(non necessario) in primo grado ovvero che abbia formato oggetto di separati giudizi. Del resto, il principio desumibile dal citato art. 1306, comma 1°, c.c. non costituisce altro che il riflesso della legittimazione disgiunta a contraddire in capo a ciascun coobbligato e, prima ancora, del concetto stesso di solidarietà, per effetto della regola generale secondo cui il creditore può domandare a ciascuno dei coobbligati l'adempimento dell'intera obbligazione.

Orbene, sulla scorta di questo presupposto (ovvero del fatto che la sentenza che abbia condannato in solido i coobbligati sia sottoposta alla disciplina delle cause scindibili) e pur prendendosi atto che il disposto dell'art. 334, comma 1°, c.p.c. attribuisce il potere di impugnare in via incidentale tardiva a colui che riceve l'impugnazione o a coloro che sono chiamati ad integrare il contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c., non può dirsi che la sola lettera del citato art. 334 c.p.c. sia di per sé impeditiva – con riguardo a tali tipi di obbligazioni caratterizzate da un vincolo di solidarietà "ad interesse comune" – della possibilità per il coobbligato non impugnante, a cui sia notificata l'impugnazione principale, di proporre gravame incidentale tardivo. Ciò perché con riferimento a questo tipo di situazioni giuridiche soggettivamente complesse che trovano fonte in un'obbligazione comune connotata da una *eadem ratio*, in capo al suddetto coobbligato non impugnante si configura un interesse qualificato che – per effetto dell'impugnazione altrui diretta contro il creditore – lo legittima a potersi servire di tale rimedio impugnatorio, ancorché in via tardiva: è per questo che – proprio per tali tipi di situazioni (non ricomprese nella previsione di un principio generale testuale, ma che lo diventano in un'ottica ermeneutica di carattere sistematico) – si afferma che, in effetti, il dettato del comma 1 dell'art. 334 c.p.c. *minus dixit quam voluit*.

Tale interesse – con riferimento, per l'appunto, ad un'obbligazione solidale "paritaria" – si identifica nel pregiudizio, non di mero fatto ma giuridicamente rilevante (pur se lo si voglia qualificare come riflesso o indiretto o –seconda parte della dottrina – condizionato), che il coobbligato acquiescente potrebbe subire se fosse riformata la sentenza di condanna impugnata in via principale dall'altro condebitore. In termini più concreti, il rischio che si vuole salvaguardare è quello che il coobbligato inerte – che abbia, nel frattempo, pagato il creditore – non riesca ad ottenere, in sede di regresso, la quota parte dovuta dal coobbligato, che, invece, abbia visto riformata in sede di impugnazione la sentenza di condanna. Ed è in quest'ottica che, quindi, trova giustificazione (nella valorizzazione del soddisfacimento di un interesse propriamente riconducibile nell'alveo applicativo dell'art. 100 c.p.c.) la legittimazione del coobbligato ad impugnare la sentenza in via incidentale tardiva: la proposizione di questo gravame, legato o anche solo condizionato all'esito di quello principale e ai motivi con esso formulati, garantirebbe in ogni caso un risultato decisorio uniforme circa l'esistenza e il modo di essere dell'obbligazione solidale, funzionale ad un corretto riparto dell'obbligazione in sede di regresso (non si tratterebbe propriamente di una contro-impugnazione, ma di un'impugnazione tardiva dal contenuto adesivo).

Ecco, dunque, che viene in risalto (in modo ancora una volta condivisibile) quanto è stato sostenuto nella sentenza delle Sezioni unite n. 24627 del 2007 nel passaggio logico-argomentativo centrale della motivazione, laddove si argomenta che – poiché l'unità del giudizio conclusosi con la sentenza impugnata, la cui intima coerenza verrebbe meno se ogni parte di esso fosse suscettibile di esame separato, con conseguente (pericolo) di difformità dei giudicati scaturenti dal medesimo rapporto, seppur tra parti diverse –"l'impugnazione incidentale tardiva è sempre ammissibile a tutela della reale utilità della parte tutte le volte che l'impugnazione principale metta in discussione l'assetto di interessi derivanti dalla sentenza alla quale il coobbligato solidale aveva prestato acquiescenza". È, dunque, la prospet-

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

tiva dell'interesse (qualificato e concreto, e non insito solo nell'evitare un "pregiudizio di fatto" che può derivare dall'esito del giudizio conseguente al gravame principale) ad impugnare (dal cui esercizio discende l'acquisizione della qualità di parte che fa valere *uno ius quo utimur*) che legittima il coobbligato solidale (a cui venga notificata l'impugnazione principale) a proporre l'impugnazione incidentale tardiva ai sensi dell'art. 334, comma 1°, c.p.c.

In tal modo si ottiene non solo una semplificazione del quadro che le Sezioni unite del 2007 hanno inteso tracciare nel contesto ispirato da un intento teleologico, ma anche una tutela maggiormente effettiva e garantistica nonché un'efficace economia processuale, evitando la moltiplicazione di processi a causa di sentenze che producano effetti soltanto tra alcune parti, a seguito di scissioni intervenute nello svolgersi delle impugnazioni, pur essendo il giudizio iniziato ab origine nei confronti di una pluralità di parti e pur risentendo queste, quantomeno in via riflessa o indiretta (ma pur sempre giuridicamente apprezzabile), dei pregiudizi che si originano dalla formazioni di giudicati interni o soggettivamente parziali. In tal modo si garantisce una tutela effettiva delle situazioni sostanziali e degli interessi in gioco, finalità che – con una previsione normativa, efficace ed esaustiva nella sua più ampia rappresentazione testuale e non, invece, improntata a genericità (come nel nuovo c.p.c., laddove non si pone uno specifico riferimento alle obbligazioni solidali) – perseguiva il codice di procedura civile del 1865. Il relativo art. 471, dopo avere stabilito, al comma 2, n. 1, che la riforma o l'annullamento della sentenza giovasse anche a "coloro i quali (quantunque non l'abbiano domandato) hanno un interesse essenzialmente dipendente dalla persona che l'ottenne", al n. 3 dello stesso comma disponeva che della riforma o dell'annullamento della sentenza beneficiassero anche coloro che, pur non intervenuti nei gradi di impugnazione, fossero stati condannati in solido con la persona, che successivamente aveva ottenuto la riforma o l'annullamento (parte della dottrina ha acutamente sottolineato che – mediante questa complessiva previsione normativa – il sistema processuale previgente permetteva, per così dire, "una perfetta quadratura del cerchio").

Detta finalità può rinvenirsi – pur se il testo del richiamato art. 471 c.p.c. 1865 non è, come detto, stato riprodotto nell'art. 334, comma 1, del nuovo codice di rito civile –attraverso un inquadramento ermeneutico-sistematico che di quest'ultimo ha operato la sentenza delle Sezioni unite n. 24627 del 2007.

Sussistono, perciò, sul piano della salvaguardia degli assetti generali di un istituto processuale di particolare rilievo, le condizioni per dare continuità all'orientamento espresso dalle Sezioni unite con la citata sentenza del 2007. Con la stessa si è inteso subordinare l'interesse ad impugnare alla messa in discussione, mediante la proposizione dell'appello principale, del "complessivo" risultato del giudizio di primo grado da parte del coobbligato solidale che si era astenuto dal proporre gravame, così consentendo, altresì, di pervenire ad un accertamento uniforme dell'esistenza e del modo di essere dell'obbligazione solidale nell'alveo di operatività dell'art. 332 c.p.c.

Come è stato opportunamente messo in evidenza (e già ricordato) da un'autorevole dottrina, ammettendo l'impugnazione incidentale tardiva si evita, more solito, la "corsa all'impugnazione precauzionale" da parte del coobbligato soccombente che sia soddisfatto dal complessivo risultato del giudizio di primo grado, ma che tema l'appello di altro coobbligato, così conseguendosi – come già evidenziato –una indubbia, coerente ed apprezzabile finalità di economia processuale.

Alla luce di tali considerazioni non si riscontrano, pertanto, idonee ragioni che inducano queste Sezioni unite ad un ripensamento, in risposta alla sollecitazione di cui al primo

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

quesito, rispetto al principio statuito con la sentenza delle stesse Sezioni unite n. 24627/2007.

(Omissis)

9. Il contrasto sulla prima questione – alla luce del complesso delle argomentazioni svolte – va, quindi, risolto affermando il seguente principio di diritto ai sensi dell'art. 363, comma 3°, c.p.c.:

l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile anche quando rivesta le forme dell'impugnazione adesiva rivolta contro la parte destinataria dell'impugnazione principale, in ragione del fatto che l'interesse alla sua proposizione può sorgere dall'impugnazione principale.

10. In ordine alle altre due questioni sottoposte a queste Sezioni unite, non costituendo oggetto di contrasto all'interno della giurisprudenza della Corte, si ritiene di potere limitare l'analisi in questa sede a brevi considerazioni e a sintetici richiami della giurisprudenza consolidata sulla cui base possono trovare agevole soluzione.

10.1. La risposta alla seconda questione non può che essere consequenziale a quella data alla prima.

Con essa – come detto in premessa – l'ordinanza di rimessione chiede "se il principio fissato da Cass., Sez. U., 24627/2007, ove confermato, possa essere applicato anche con riferimento all'interesse insorto a seguito di un'impugnazione incidentale tardiva (introdotta, peraltro, con autonomo atto di citazione)".

Ritenendosi ammissibile l'impugnazione incidentale tardiva proposta dal secondo coobbligato in solido, in conseguenza dell'impugnazione principale proposta dal primo coobbligato, non ci sono ragioni per escludere l'ammissibilità dell'impugnazione incidentale del terzo coobbligato, perché egli versa, nei confronti del secondo, nella stessa situazione in cui quest'ultimo si trova nei confronti del primo, quale che sia la ragione per cui si ritenga ammissibile l'impugnazione incidentale tardiva del secondo.

Si intende dire che ove, ad esempio, la ragione dell'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva del secondo coobbligato venisse ravvisata (come avevano fatto le Sezioni Unite nel 2007) nella perdita del diritto di regresso del secondo coobbligato nei confronti del primo in caso di accoglimento dell'impugnazione principale proposta dal primo, il terzo coobbligato, a fronte dell'impugnazione incidentale tardiva del secondo, si troverebbe esposto non solo al rischio, conseguente alla proposizione dell'impugnazione principale, della perdita del diritto di regresso nei confronti del primo, ma, a seguito dell'impugnazione incidentale tardiva proposta dal secondo coobbligato, all'ulteriore rischio della perdita del diritto di regresso anche nei confronti del secondo.

Il prospettato quesito sulla seconda questione va, perciò, risolto affermando il seguente principio di diritto ai sensi del citato art. 363, comma 3°, c.p.c.:

Il principio secondo cui l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile pure quando rivesta le forme dell'impugnazione adesiva rivolta contro la parte destinataria dell'impugnazione principale è applicabile anche con riferimento all'interesse insorto a seguito di un'impugnazione incidentale tardiva.

D'altra parte, la stessa lettera dell'art. 343 c.p.c. prevede la possibilità di un appello incidentale il cui interesse sorga dall'impugnazione proposta da altra parte che non sia l'appellante principale, disponendo che esso, anziché con comparsa depositata venti giorni prima dell'udienza, debba e possa proporsi nella prima udienza successiva alla proposizione dell'impugnazione stessa.

(*Omissis*)

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

Impugnazione incidentale tardiva e coobbligazione solidale: la conferma di una soluzione inappagante

1. – La Cassazione, nella sua composizione più autorevole, torna ad occuparsi dei limiti soggettivi di ammissibilità della impugnazione incidentale tardiva, per stabilire chi, a valle di un processo litisconsortile, può impugnare la sentenza in via incidentale, quando i termini *ex* artt. 325-327 c.p.c. siano già decorsi o sia stata prestata acquiescenza; e contro chi quel gravame può dirigersi.

La pronuncia giunge a distanza di diciassette anni dal precedente intervento nomofilattico sui temi della legittimazione attiva e passiva al gravame proposto ai sensi dell'art. 334 c.p.c. (1).

Allora come oggi, la vicenda processuale aveva ad oggetto un'ipotesi di obbligazione solidale ad interesse comune e, anche in quel caso, si trattava di decidere dell'ammissibilità dell'impugnazione di un coobbligato solidale che, contro una sentenza di condanna già gravata da un altro condebitore, si era limitato ad aderire alle censure espresse da quest'ultimo indirizzando il gravame nei confronti del creditore, quando ormai era decaduto dai termini per impugnare.

La Cassazione, in quel frangente, aveva giudicato legittima l'iniziativa introdotta dal coobbligato, ma aveva motivato la decisione con argomenti che, sul piano della tenuta del sistema processuale, non avevano affatto convinto gli interpreti (2).

---

(1) Cass., sez. un., 27 novembre 2007, n. 24267, in *Corr. giur*. 2008, 1701 ss. con nota di C. Consolo, *Condebito solidale tra artt. 332 e 334 c.p.c.: una collocazione sempre ardua (con tentazione di ritorno all'art. 471, comma 2, n. 3, c.p.c. 1865)*; in questa *Rivista* 2008, con nota di C. Corrado, *Riflessioni a margine degli artt. 334 e 331 c.p.c.*; in *Giusto proc. civ.* 2008, 437 ss., con nota di G. Balena, *Cause scindibili e impugnazione incidentale*.

(2) Le sez. un., 27 novembre 2007, n. 24267, come accennato in premessa, si erano occupate anche del profilo relativo alla legittimazione passiva al gravame incidentale tardivo, giudicando ammissibile quell'iniziativa anche nei confronti di soggetti diversi dall'impugnante principale (conclusione, questa, che in quel caso aveva condotto la S.C. a riconoscere possibile l'impugnazione incidentale del coobbligato solidale – pur diretta nei confronti del creditore, appellato – e a riconoscere alla stessa un contenuto adesivo rispetto all'impugnazione principale). L'individuazione dei destinatari dell'impugnazione incidentale tardiva non trova risposta nel dettato dell'art. 334 c.p.c. (che si occupa solo dei profili della legittimazione attiva, v. *infra*), sicché la questione può risolversi solo valorizzando la *ratio* dell'istituto, ossia restituire al soccombente il potere di impugnare la sentenza (anche con riguardo a capi diversi da quelli gravati dall'impugnante principale), ogni qualvolta l'impugnazione altrui metta a repentaglio l'assetto degli interessi che la parte sarebbe stata disposta ad accettare.

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

Le perplessità si appuntavano soprattutto sulla soluzione al primo dei due prospettati interrogativi, quello relativo alla legittimazione attiva al gravame, che è al centro anche della pronuncia in epigrafe e di queste brevi osservazioni.

Nel 2007, la S.C., dopo aver correttamente ravvisato un cumulo di cause scindibili nella sentenza che condanna in solido più debitori, aveva considerato superabile (o, quantomeno, non decisiva) la limitazione contenuta nell'art. 334 c.p.c., nella parte in cui attribuisce il potere di impugnare in via incidentale tardiva solo a chi riceve l'impugnazione principale e a coloro che sono chiamati ad integrare il contraddittorio, ai sensi del 331 c.p.c., in quanto parti di una causa inscindibile o di cause tra loro dipendenti.

Il Supremo Collegio aveva ritenuto che l'unico criterio per stabilire se ad una parte spetti il potere di impugnare *ex* art. 334 c.p.c. coincidesse con la sussistenza in concreto dell'interesse ad impugnare. A prescindere dalla scindibilità o inscindibilità del cumulo di cause decise in sentenza, quell'interesse ricorrerebbe «tutte le volte che l'impugnazione proposta da uno qualsiasi degli altri litisconsorti comporti una modifica dell'assetto degli interessi rappresentato dalla sentenza impugnata, poiché darebbe luogo a una soccombenza totale o ad una più grave di quella stabilita dalla sentenza impugnata».

Nel caso di specie, sempre secondo la pronuncia del 2007, l'accoglimento dell'impugnazione principale in ordine all'*an* o al *quantum* dell'obbligazione solidale «metterebbe sempre in discussione l'assetto degli interessi risultante dalla sentenza ed accettato dal coobbligato rimasto inerte poiché ne resta conseguentemente pregiudicato, in tutto o in parte, l'eser-

---

Proprio per questa ragione, secondo la giurisprudenza e la più parte della dottrina, quando la sentenza sia emessa a valle di un giudizio litisconsortile, la volontà della parte di prestare acquiescenza alla sentenza potrebbe essere frutto di un esito complessivo della lite, che abbia reso l'interessato vincitore verso una parte e soccombente rispetto ad un'altra. Ciò comporta – stando ai più – che l'interesse ad impugnare in via incidentale tardiva possa sorgere anche rispetto ad un capo di cui sia parte un soggetto diverso dall'impugnante principale, quale che sia oltretutto la natura del cumulo di cause decise (scindibile o inscindibile). In questi termini, oltre alla pronuncia in epigrafe, G. Balena, *Cause scindibili*, cit., 447; B. Gambineri, *Appello*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Torino 2018, 307 che si richiamano al pensiero di E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1984, 284. In giurisprudenza, di recente, oltre alla sentenza qui annotata Cass., 24 ottobre 2022, n. 31378; Cass., 25 gennaio 2018, n. 1879; Cass., 12 dicembre 2014, n. 26154. Per altre indicazioni, anteriori al 2022, sia consentito rinviare a L. Baccaglini, *Obbligazioni solidali ad interesse comune e impugnazione incidentale tardiva*, in questa *Rivista* 2022, 85 ss.

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

cizio del suo diritto di regresso che potrebbe rimanere escluso o determinato in misura inferiore».

Indubbiamente, quella soluzione rispondeva (e risponde) ad una logica di economia extra-processuale e di giustizia distributiva: permettere ad un coobbligato di impugnare tardivamente, aderendo ai motivi di gravame introdotti dal collega-impugnante principale, conduce ad un accertamento isonomico dell'esistenza e del modo di essere dell'obbligazione solidale. Si evita, in questo modo, di tornare a discutere dell'esistenza stessa dell'obbligazione solidale e del suo ammontare, nell'eventuale giudizio di condanna al regresso introdotto dal *solvens* contro l'altro (o gli altri) coobbligato(i).

L'applicazione *contra litteram* dell'art. 334 c.p.c., però, era stata oggetto di osservazioni critiche in dottrina (3); né aveva convinto la stessa giurisprudenza di legittimità, tanto che l'intervento nomofilattico del 2007, più che sopire, aveva finito per alimentare un contrasto tra decisioni, che la stessa sentenza in epigrafe ripercorre (4). Già nel 2020, lo stesso Ufficio del Massimario aveva invitato le sezioni semplici a pronunciare un'ordinanza di rimessione *ex* art. 374 c.p.c. (5).

L'occasione è stata raccolta dalla Prima Sezione nel luglio del 2023 (6) e l'intervento nomofilattico non si è fatto attendere molto. Tanta, evidentemente, era l'esigenza di comporre il conflitto, che le Sezioni Unite hanno scelto di enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge, essendo nel frattempo intervenuta la rinuncia al ricorso per cassazione.

---

(3) Le perplessità si appuntavano soprattutto sulla applicazione *contra litteram* dell'art. 334 c.p.c. C. Consolo, *Condebito solidale tra artt. 332 e 334 c.p.c.: una collocazione sempre ardua*, cit., spec. 1717; G. Balena, *Cause scindibili e impugnazione incidentale*, cit., 440-442 e 448; Id., *Nuove riflessioni sulle impugnazioni incidentali tardive nei giudizi con pluralità di parti*, in *Giusto proc. civ*. 2021, 915 ss.; B. Gambineri, *Appello*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 306 ss.; Ead., *Le obbligazioni solidali ad interesse comune. Profili sostanziali e processuali*, Milano 2012, 119 ss.; L. Baccaglini, *Il processo sulle obbligazioni solidali "paritarie" e l'azione di regresso*, Padova 2015, 256 ss.; U. Corea, *Processo civile e obbligazioni solidali*, Pisa 2018, 153 ss. e di recente anche E. Borselli, *Obbligazioni solidali ad interesse comune, impugnazioni dei condebitori soccombenti e domande "incidenti"*, in questa *Rivista* 2024, 442. Cautamente adesiva rispetto alla soluzione prospettata dalle Sezioni Unite 26427/2007, E. Merlin, *Note su obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e litisconsorzio nelle impugnazioni*, in questa *Rivista* 2021, 1192 ss.

(4) Sull'analisi delle singole posizioni assunte dalla giurisprudenza, sulle quali la stessa sentenza si sofferma (si v. spec. punti 5.2 e 6.1), sia consentito il rinvio a L. Baccaglini, *Obbligazioni solidali ad interesse comune e impugnazione incidentale tardiva*, in questa *Rivista* 2022, 85 ss. e a E. Borselli, *Obbligazioni solidali ad interesse comune, impugnazioni dei condebitori*, cit., spec. 449 s. testo e note.

(5) Si tratta della nota del 30 dicembre 2020, che si è potuta leggere per gentile concessione dell'Ufficio del Massimario.

(6) Cass., 17 luglio 2023, n. 20588.

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

La soluzione prospettata, però, appare deludente e, per certi aspetti, pericolosa.

Da un lato, infatti, si conferma l'esito raggiunto nel 2007 e con esso la contraddittorietà delle argomentazioni che lo sorreggono. Dall'altro lato, la formulazione in termini generici del principio di diritto (privo di qualsiasi richiamo alla fattispecie dell'obbligazione solidale) rischia di assecondare largheggianti applicazioni dell'art. 334 c.p.c., in forza di un criterio – quello dell'interesse ad impugnare – che il giudice di volta in volta è chiamato a stabilire.

2. – Riepilogare la vicenda processuale, alla base della pronuncia in epigrafe, può essere utile per cogliere le conseguenze cui l'adesione al principio di diritto enunciato nel 2007 ha condotto nella prassi.

Nel caso che ci occupa, i condebitori solidali convenuti erano più di due. Si trattava di alcuni amministratori di una società fallita (per comodità, d'ora in poi: A, B e C), dei quali il curatore chiedeva la condanna in solido al risarcimento dei danni per *mala gestio ex* art. 146 legge fall. Il giudizio di primo grado veniva arricchito dalla domanda incidente di regresso proposta da A soltanto nei confronti di B. Quest'ultimo e C, invece, si limitavano a resistere alla domanda dell'attore.

Contro la sentenza di accoglimento di tutte le quattro domande, il condebitore A proponeva impugnazione principale, mentre il condebitore B, con comparsa di risposta depositata venti giorni prima dell'udienza fissata *ex* art. 342 c.p.c., formulava gravame incidentale con cui chiedeva la riforma tanto della condanna ottenuta dal creditore (per gli stessi motivi dedotti nell'appello principale) quanto della condanna al regresso che lo vedeva soccombente nei confronti di A.

Dalla ricostruzione dei fatti di causa riportati in sentenza, non è chiaro se l'impugnazione incidentale di B fosse stata proposta entro i termini (breve o lungo) per impugnare.

Qualora non lo fosse stata, è certo che quell'iniziativa impugnatoria avrebbe rappresentato un'ammissibile impugnazione incidentale tardiva, (già) alla luce del chiaro tenore letterale dell'art. 334 c.p.c.: B, in quanto destinatario della domanda di regresso proposta da A, era parte di un capo di sentenza dipendente da quello (pregiudiziale) che vedeva A soccombente nei confronti del creditore. B, perciò, rientrava tra i soggetti chiamati ad integrare il contraddittorio *ex* art. 331 c.p.c.

L'impugnazione incidentale di B, di adesione alle censure formulate da A contro la condanna ottenuta dal creditore, rispondeva pienamente alla *ratio* che presidia l'art. 334 c.p.c.: l'impugnazione di A prospetta un ag-

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

gravamento della soccombenza in capo a B, disposto ad accettare la sentenza di primo grado così com'era, ma non una sua eventuale riforma, che esclude la soccombenza di A, aggravando, anche solo in termini quantitativi la propria. Se B, dopo aver pagato, avesse convenuto in regresso A, quest'ultimo avrebbe potuto legittimamente opporgli il giudicato di riforma del suo capo di condanna formatosi in grado d'appello, di cui B era stato parte necessaria. Il riconoscimento in capo a B del potere di impugnazione *ex* art. 334 c.p.c. si giustifica non tanto per la sua qualità di condebitore solidale, quanto per il ruolo di parte di una causa dipendente decisa in primo grado (quella relativa al diritto di regresso esercitato nei suoi confronti da A).

Ciò che ha provocato l'intervento delle Sezioni Unite è stato, però, il comportamento processuale di C. Il quale, in quanto parte del solo capo di condanna ottenuto dal creditore, assumeva una duplice iniziativa: da un lato, depositava direttamente in udienza una comparsa di risposta «contenente di fatto» (così l'ordinanza di rimessione) un'impugnazione adesiva a quella dell'appellante. Dall'altro lato, instaurava un autonomo giudizio di appello contro la sentenza di primo grado, riproponendo nell'atto di citazione le stesse censure formulate da A, nel proprio gravame principale, e da B, nella sua comparsa di risposta.

Riuniti i due giudizi ai sensi dell'art. 335 c.p.c., i giudici di seconde cure dichiaravano inammissibile l'impugnazione proposta da C nel giudizio d'appello radicato per primo ma, al contempo, qualificavano come un'impugnazione incidentale tardiva l'appello autonomo, dal medesimo proposto, adesiva all'omologa iniziativa assunta dal coobbligato B.

Contro la sentenza di seconde cure, che nel merito ribaltava l'esito del precedente grado di giudizio, il creditore proponeva ricorso per cassazione, dolendosi anzitutto dell'ammissibilità dell'impugnazione di C, qualificata nei termini di una incidentale tardiva, ammissibile in quanto conseguenza dell'omologa iniziativa impugnatoria intrapresa da B.

A detta del ricorrente, «solo l'impugnazione principale segn[erebbe], a tutto voler concedere, il discrimine tra la definitività dell'assetto stabilito in sentenza, che potrebbe essere accettata dalle parti soccombenti (di qui la *ratio* dell'art. 334 c.p.c.) e un possibile diverso assetto del rapporto, che può evidentemente essere anche di natura quantitativa» (7).

---

(7) Punto 1.2.1 della motivazione.

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

3. – In quell'inciso, che viene riportato nella motivazione della sentenza, è implicito il richiamo all'insegnamento delle Sezioni Unite del 2007, secondo cui l'interesse ad impugnare da parte di un coobbligato, inizialmente acquiescente alla sentenza, può sorgere o risorgere in ragione della proposizione dell'impugnazione principale di un altro coobbligato, perché già solo l'accoglimento di quel gravame potrebbe rendere incerto in tutto o in parte l'esercizio del diritto di regresso.

Secondo il ricorrente, riconoscere che l'interesse ad impugnare da parte di C possa sorgere anche solo a seguito dell'appello (a sua volta incidentale tardivo) proposto da B significa legittimare una catena di appelli incidentali tardivi adesivi, tanti quanti sono i coobbligati solidali che siano parte della sentenza impugnata.

È proprio sulla tenuta della premessa, su cui si fonda la formulazione di questo motivo, che la prima sezione della Cassazione nutre dubbi.

Nell'ordinanza di rimessione, dandosi atto del contrasto giurisprudenziale mantenutosi anche dopo il 2007, la sezione semplice della S.C. si chiede anzitutto se l'interesse all'impugnazione incidentale tardiva (anche adesiva) da parte del coobbligato solidale (nel nostro esempio, C) possa davvero sorgere a fronte dell'impugnazione principale proposta da un altro coobbligato (nel nostro esempio: A).

Se così fosse, riprendendo il caso di specie, si dovrebbe ammettere che l'interesse ad impugnare di C può sorgere anche dalla impugnazione incidentale tardiva di B. Infatti, assecondando il ragionamento delle Sezioni Unite del 2007, l'aggravamento della soccombenza di chi vorrebbe impugnare *ex* art. 334 c.p.c. potrebbe essere anche solo di tipo quantitativo: in termini più espliciti, C potrebbe essere disposto a correre il rischio di dividere il debito solidale solo con B a fronte dell'accoglimento dell'impugnazione principale proposta (solo) da A, ma non quello di accollarsi l'intero, in presenza dell'impugnazione incidentale tardiva adesiva di B. Accogliendo queste premesse, il ragionamento dei giudici di secondo grado sarebbe stato corretto. L'appello autonomo di C era stato notificato ad A il giorno stesso previsto per l'udienza del primo giudizio di appello; stando all'art. 343, comma 2, c.p.c. se l'interesse a proporre l'appello incidentale sorge dalla impugnazione proposta da altra parte che non sia l'appellante principale, tale appello si propone nella prima udienza successiva alla proposizione dell'impugnazione stessa.

4. – A questa conclusione sono giunte le Sezioni Unite nel 2024, attraverso un percorso argomentativo che ricalca quello compiuto nel 2007 e ne sconta gli stessi limiti.

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

Anche in questo caso, la condivisibile premessa da cui la S.C. muove è la riconducibilità della sentenza (che abbia deciso delle sole domande di condanna in solido) alla disciplina delle cause scindibili. La Cassazione correttamente ritiene che quel cumulo di cause decise nei confronti di più coobbligati solidali risponda al regime imposto dall'art. 332 c.p.c.

La S.C. riconosce nell'applicazione di quella norma un corollario di quanto prevede l'art. 1306, comma 1°, c.c. stando al quale la sentenza pronunciata tra un coobbligato e il creditore non ha effetto nei confronti dei coobbligati rimasti estranei alla lite. È la norma del c.c., dunque, a legittimare la formazione di una pluralità di (e talvolta anche un conflitto tra) pronunce sull'esistenza e sul modo di essere dell'obbligazione solidale, senza che possa assumere rilievo il fatto che le domande proposte contro i singoli coobbligati abbiano dato luogo ad un cumulo litisconsortile in primo grado ovvero siano state oggetto di separati giudizio (8).

La Cassazione ammette, però, che il regime dall'art. 332 c.p.c. non trovi sempre applicazione quando è in gioco un'obbligazione solidale, venendo talvolta in gioco l'art. 331 c.p.c. È quanto, ad esempio, accade quando la solidarietà sia non ad interesse paritario ma unisoggettivo: il che ricorre quando tra le posizioni dei condebitori si realizzi una obiettiva interrelazione, che a sua volta ricorre nel caso in cui tra le stesse «sussista strutturale subordinazione anche sul piano del diritto sostanziale, sicché la responsabilità di un coobbligato presupponga la responsabilità dell'altro» (9). È l'art. 331 c.p.c. a trovare applicazione quando, a fronte di una sentenza che condanna in solido sia il debitore principale sia il fideiussore, l'impugnazione principale sia proposta dal primo, ovvero dal secondo che censuri profili relativi al debito principale: la stessa compagine

---

(8) Del resto, il principio che si ricava dall'art. 1306, comma 1°, c.c. altro non è che il riflesso della legittimazione disgiunta a contraddire in capo a ciascun coobbligato e, prima ancora, della nozione stessa di solidarietà: il creditore può domandare a ciascuno dei coobbligati l'adempimento dell'intero. Per tutti, S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, Milano 1993, 571ss. spec. 590-591.

(9) Cass., 19 aprile 2018, n. 9625; Cass., 11 febbraio 2009, n. 3338, in *Corr. giur.* 2009, 1639 con nota di M. Stella, *Solidarietà da fatto dannoso e integrazione necessaria del contraddittorio nel giudizio di gravame*; Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, che applica il regime dell'art. 331 c.p.c. ad un caso in cui, proposta dall'attore domanda di risarcimento del danno nei confronti del convenuto e formulata da costui domanda di manleva verso un terzo, l'attore abbia proposto nei confronti di quest'ultimo una domanda postulando la responsabilità alternativa e/o concorrente rispetto a quella dell'originario convenuto. Sul punto, ampiamente, B. Gambineri, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune tra litisconsorzio facoltativo e unitario*, in questa *Rivista* 2021, 1215 ss.

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

soggettiva del primo grado dovrà ricostituirsi anche in quello successivo, pena l'inammissibilità dell'impugnazione (10).

Anche rispetto ad ipotesi di solidarietà paritaria (che è il caso che qui rileva), la S.C. isola alcune fattispecie che ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 331 c.p.c. e che legittimamente permetterebbero ai condebitori di profittare della pendenza del giudizio da altri istaurato, per formulare gravame incidentale, nonostante la consumazione dei termini per impugnare o nonostante la prestata acquiescenza alla sentenza.

Ciò può accadere se fin dal primo grado sia stata proposta tra coobbligati una domanda incidente di regresso (come accaduto, nel caso di specie, su iniziativa del coobbligato A verso B), perché è la stessa che genera una dipendenza tra domande, in ragione del nesso che sussiste, già sul piano sostanziale, tra diritti (11). Ancora: si pensi all'ipotesi in cui il creditore abbia cumulato in via alternativa la domanda di condanna in solido con quella in via esclusiva di uno solo dei convenuti (12); ovvero, al caso in cui uno tra i condebitori solidali convenuti abbia domandato la graduazione delle rispettive colpe (da intendersi, dunque, come domanda di accertamento delle quote che ciascun condebitore sarà tenuto a corrispondere al *solvens* a titolo di regresso) (13). Tutti questi casi soggiacciono al regime previsto dall'art. 331 c.p.c., con conseguente piana applicazione dell'art. 334 c.p.c. che legittima la proposizione di un gravame incidentale tardivo, ed evita in radice quel pregiudizio di cui fa menzione la sentenza.

Qualora, invece, nessuna delle eventualità sopra descritte si sia verificata, allora per le Sezioni Unite è certo (e lo è anche secondo noi) che si versi in una ipotesi di scindibilità del cumulo (14).

---

(10)

(11) Per tutti, C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, II, Padova 1985, spec. 826-827, nt. 224; Id., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino 2023, spec. 175. In giurisprudenza, v. Cass., 28 novembre 2022, n. 34899; Cass., 13 maggio 2021, n. 12957. Per un esame della disciplina processuale in sede di gravame, quando in primo grado v'è la deduzione del diritto di regresso, F. Godio, *Diritto di regresso e giudizi di impugnazione*, in questa *Rivista* 2022, 497 ss.

(12) Cass., 19 aprile 2018, n. 9625; Cass., 28 febbraio 2018, n. 4722; Cass., 10 giugno 2024, n. 16056, benché adesiva in motivazione anche al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite che qui si commentano.

(13) Cass., 10 ottobre 2019, 25403; Cass., sez. un., 3 marzo 2003, n. 3074; Cass., 27 agosto 2013, n. 19584.

(14) Possono considerarsi minoritarie, in dottrina, quelle letture che invece ritengono che anche in questa ipotesi trovi applicazione il regime dell'art. 331 c.p.c. Sono queste le conclusioni, diversamente motivate, di B. Sassani, *Coobbligati solidali e giudizio di appello*, in questa *Rivista* 1978, 768; di C. Perago, *Cumulo soggettivo e processo di impugnazione*, Napoli 2002, 300; di G. F. Ricci, *Il litisconsorzio nelle fasi di impugnazione*, Milano 2005,

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

Da ciò dovrebbe discendere (ma il condizionale è d'obbligo, vista la conclusione raggiunta dalla S.C.) l'inammissibilità dell'iniziativa impugnatoria in via tardiva da parte del coobbligato solidale, a fronte del gravame svolto in via principale da un altro coobbligato, anche in assenza di domande di regresso.

Invece, in un passaggio argomentativo della sentenza si legge che «Il dettato dell'art. 334 c.p.c. (ndr: nella parte in cui non richiama l'art. 332 c.p.c.) *minus dixit quam voluit*» (15). Si tratta di una conclusione che non condivido.

Il mancato riferimento nell'art. 334 c.p.c. alla norma che disciplina le cause scindibili si spiega perché, in questi casi, la connessione non così forte che lega tra loro i capi di sentenza, pronunciati tra più parti a valle di un giudizio litisconsortile, come avrebbe consentito già in primo grado l'instaurazione di una pluralità di separati processi, e dunque il formarsi di decisioni autonome ed eventualmente discordanti, tollera, del pari, la formazione progressiva del giudicato sui distinti capi della sentenza, resi tra parti parzialmente diverse, dal contenuto non necessariamente isonomico (16).

Del resto, non è affatto un caso che l'ordine di notifica dell'impugnazione, previsto dall'art. 332, comma 2, c.p.c., sia diretto solo nei confronti di coloro che siano ancora in termini per impugnare. Quella notifica – al pari di quella spontanea che l'impugnante può aver diretto alle parti del precedente grado di giudizio – si atteggia ad una mera *litis denuntiatio* ed ha quale unico fine quello di preservare l'unicità del giudizio di gravame, legittimando chi è ancora nei termini, ad impugnare in via incidentale (allora in via tempestiva). In caso contrario, si assisterà alla formazione

---

382 ss. e, di recente, anche di M. Bove, *Spunti problematici sul litisconsorzio in fase di gravame*, in *Giusto proc. civ*. 2022, spec. 952-953. L'A. valorizza, nei termini già sottolineati da B. Sassani, l'esistenza di una dipendenza *ex* art. 331, seconda parte, tra le singole domande di condanna in solido quanto meno quando esse sono cumulate in un unico processo, e scorge in questo caso un'ipotesi di litisconsorzio quasi necessario. Scrive M. Bove, *op. cit*., 953 «Se è vero che ogni singolo condebitore può litigare separatamente col comune creditore, si potrebbe ritenere che, ove, al contrario, i condebitori abbiano litigato insieme contro il comune creditore in un giudizio di primo grado, debbano poi continuare a farlo nei gradi di impugnazione, avendo processualmente a che fare con una 'causa unica'». Benché si tratti di soluzioni, anche questa ultima, non condivisibili in una prospettiva *de jure condito* (poiché è l'art. 1306, comma 1°, c.c. a precluderlo: si v. se si vuole L. Baccaglini, *Il processo sulle obbligazioni solidali 'paritarie'*, cit., 246 ss.) è significativo osservare come si tratti di ricostruzioni sensibili all'esigenza di garantire una corretta ripartizione del *debitum* solidale in sede di regresso.

(15) Punto 8 della motivazione.

(16) Per tutti, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 171 s. e 467.

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

progressiva del giudicato sui distinti capi della sentenza, potendosi verificare, al più, un contrasto motivazionale, in caso di accoglimento del gravame proposto da alcuni soltanto dei soccombenti.

È quello che sarebbe accaduto, nel caso di specie, se a C non fosse stato riconosciuto il potere di impugnazione in via incidentale tardiva. C, dopo aver adempiuto, avrebbe convenuto in regresso A e B, chiedendo la condanna alla loro quota parte: il *solvens*, non essendo stato parte del giudizio di gravame, non sarebbe stato vincolato dalla riforma della sentenza di condanna ottenuta da A e B, così come sarebbe stato inopponibile a costoro il giudicato di condanna formatosi nei confronti di C. Il giudice adito in sede di regresso avrebbe dovuto procedere ad una *cognitio incidenter tantum* dell'esistenza dell'obbligazione solidale, attesa la reciproca inopponibilità dei molteplici giudicati sul debito solidale.

5. – È, questa, l'eventualità – certamente foriera di diseconomie sul piano processuale (17) – che le Sezioni Unite del 2024 hanno voluto evitare, appiattendosi sulla conclusione già rassegnata nel 2007 e considerando ammissibile l'impugnazione incidentale tardiva proposta da C.

Anche nell'arresto in epigrafe, il risultato si raggiunge invocando l'esistenza di un «interesse ad impugnare» in capo al coobbligato solidale paritario, che si identificherebbe nel «pregiudizio, non di mero fatto ma giuridicamente rilevante (pur se lo si voglia qualificare come riflesso o indiretto o – secondo parte della dottrina – condizionato), che il coobbligato acquiescente potrebbe subire se fosse riformata la sentenza di condanna impugnata in via principale dall'altro condebitore» (18).

---

(17) C. Consolo, *Condebito solidale*, cit., 1718: «Certo questo genera gravi diseconomie di attività e notevoli rischi di contrasti (anche se la decisione sul "riparto interno" e sui regressi, libera da vincoli, raramente non sarà allineata almeno con una di quelle – fra loro *in thesi* divergenti – sui rapporti esterni)», 1716; G. Gambineri, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune*, cit., 124.

(18) Punto 8 della motivazione, là dove ci pare che la S.C. si richiami alla ricostruzione di E. Merlin, *Inscindibilità dei giudizi e riproposizione di domande fra litisconsorti nelle fasi di gravame*, in questa *Rivista* 2013, 1290 ss., che ha inquadrato l'impugnazione incidentale tardiva del coobbligato solidale condannato insieme all'impugnante principale, come impugnazione incidentale condizionata. Secondo l'A., la decidibilità di questa impugnazione non è condizionata solo dall'ammissibilità del gravame principale ma «assai più stringentemente alla sua fondatezza e dunque al suo accoglimento» (Ead., *op. cit.*, 1319); pertanto – si aggiunge – questa impugnazione «per sua intrinseca natura» non sarebbe «soggetta ad uno specifico termine per impugnare se non a quello dell'inserzione nel processo avviato dall'altrui impugnazione entro i termini per la tempestiva costituzione in giudizio», e sarebbe proponibile in tutti quei casi di «idoneità dell'altrui gravame ad aggravare la soccombenza in origine esistente e così a determinare l'insorgenza di un interesse ad impugnare

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

Nessuno mette in dubbio che C, a fronte della impugnazione incidentale tardiva proposta da B (in adesione all'appello principale proposto da A), abbia avvertito il rischio di dover pagare l'intero senza poi riuscire a ripetere da A e da B la loro quota parte qualora i gravami, dagli stessi proposti, avessero condotto alla riforma della sentenza in appello.

Della sussistenza di quel rischio, nessuno dubita. Il punto è verificare se quel paventato pregiudizio che C subirebbe possa considerarsi giuridicamente rilevante. La S.C., come nel 2007, lo dà per scontato.

Si tratta di una convinzione che non solo non è motivata, ma è pure contraria alla premessa dalla quale la Cassazione muove, vale a dire la scindibilità del cumulo in sede di gravame che ha quale conseguenza la reciproca inopponibilità dei due giudicati, formatasi, nei confronti di ciascun coobbligato (19).

È questo un esito con cui ci si misura quando il creditore scelga di coltivare una pluralità di autonomi giudizi di condanna, senza che abbia potuto operare l'art. 1306, comma 2°, c.p.c. (20); ovvero quando, instaurato un giudizio litisconsortile di condanna in solido di più condebitori, e rigettate le domande del creditore, costui impugni solo verso uno o alcuni dei condebitori (poniamo i più abbienti). Qui, non v'è modo di prevenire il conflitto logico tra giudicati che è destinato a verificarsi quando il creditore soccombente vede riformata la sentenza a proprio favore nei confronti dei (soli) condebitori destinatari del suo gravame (21). L'escussione di costoro e il rifiuto da parte dei condebitori (verso i quali si sia formato già in primo grado il giudicato di assoluzione) di corrispondere al *solvens*

---

comunque non coincidente con quello segnato dalla sentenza prima della prospettiva di riforma di uno dei suoi capi» (Ead., *op. cit*., 1321).

(19) G. Balena, *Cause scindibili e impugnazione incidentale*, cit., 439; Id., *Nuove riflessioni sulle impugnazioni incidentali tardive*, cit., 922; S. Turatto, *Condebito solidale e "interesse all'impugnazione"*, cit., 693; B. Gambineri, *Appello*, cit., 310.

(20) Norma, questa, che consente sì ad un coobbligato di opporre al creditore il giudicato favorevole ottenuto da altro condebitore, ma a condizione che il primo non sia a sua volta vincolato da altro giudicato. Diversamente, come è stato scritto, significherebbe riconoscere ad una sentenza l'efficacia invalidatrice di un precedente giudicato A. Attardi, *Sui limiti di efficacia dell'art. 1306 cod. civ*., cit., 58. E questo vale sia quando i coobbligati abbiano preso parte ad un giudizio litisconsortile di condanna, instaurato nei loro confronti dal creditore, sia quando – come si è ricordato nel testo – il creditore abbia scelto di instaurare tanti, autonomi processi contro i singoli condebitori.

(21) Lo osserva E. Merlin, *Note su obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo*, cit., 1179 testo e nt. 18; così già F.D. Busnelli, *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, 435 nt. 127. Ancora, si pensi al caso del creditore che, pur instaurando un cumulo di domande di condanna in solido, convenga in giudizio solo alcuni dei condebitori, lasciandone fuori altri, che potrebbero comunque essere convenuti in regresso dal *solvens*.

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

la propria quota comporterà l'instaurazione di un giudizio in cui al giudice sarà chiesto di conoscere *incidenter* dell'esistenza del *debitum* solidale, attesa la pluralità di giudicati formatisi sul punto, tra loro reciprocamente inopponibili (22).

Nessuno nega che per chi, come nel caso di specie, abbia prestato acquiescenza alla sentenza di condanna, poi trascorsa in giudicato, ovvero per chi (come nell'ultimo esempio formulato) veda riformata *in peius* la pronuncia in sede di appello, l'esercizio dell'azione di regresso sia resa più difficoltoso: è certo, infatti, che il condebitore, che abbia ottenuto una sentenza favorevole e che sia convenuto dal *solvens*, opporrà a costui le stesse eccezioni che hanno condotto alla sua assoluzione nei confronti del creditore (23).

In altro passaggio argomentativo della pronuncia, le Sezioni Unite dichiarano che la rilettura dell'art. 334 c.p.c., alla luce del criterio dell'«interesse ad impugnare» garantisce al sistema attuale di raggiungere lo stesso risultato che, nel c.p.c. 1865, perseguiva l'art. 471, comma 2°, n. 3, secondo cui la riforma o l'annullamento della sentenza giovavano, oltre che all'appellante o al ricorrente, anche a coloro che erano stati condannati in solido nel precedente grado di giudizio assieme alla parte che avesse ottenuto la riforma o l'annullamento. Norma, quella del vecchio c.p.c., alla quale però (non a caso) la dottrina dell'epoca, attribuiva a tutti gli effetti una natura materiale e non processuale, proprio perché consentiva il superamento della cosa giudicata (24).

Quello compiuto dalle Sezioni Unite in epigrafe è un intervento eccessivamente manipolativo dell'art. 334 c.p.c., che oltre a manifestarsi contrario ai principi del litisconsorzio in fase di gravame, appare una soluzione che, nemmeno nei giudizi litisconsortili di condanna in solido, è in grado di garantire un esito uniforme dell'accertamento del *debitum* solidale.

Proprio perché si tratta di un'esigenza funzionale ad un giusto riparto dell'obbligazione in sede di regresso, non vedo perché forzare l'ambito applicativo dell'impugnazione incidentale tardiva, quando quella finalità può essere realizzata tramite la proposizione nel giudizio di condanna

---

(22) L. Baccaglini, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 256 ss., spec. 259 s.; M. De Cristofaro, *Il giudicato*, in (a cura di) S. Patti, L. Vacca, *Le figure speciali*, in (diretto da) L. Garofalo, M. Talamanca, *Trattato delle obbligazioni*, Torino 2010, 907 ss.; C. Consolo, *op. ult. cit.*, 1716; S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, cit., 606; G. Balena, *Cause scindibili*, cit., 442 ss.; U. Corea, *Processo civile e obbligazioni solidali*, cit., 155.

(23) L. Baccaglini, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 256 ss.

(24) T. Carnacini, *Il litisconsorzio nelle fasi di gravame*, Padova 1937, 64.

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

instaurato dal creditore, di reciproche domande incidenti di regresso, o di chiamate in causa per ragioni di garanzia (25). Se è il regresso che rischia di essere pregiudicato, non mi è chiaro perché si debbano sovvertire i principi del litisconsorzio in fase di gravame (legittimando una impugnazione incidentale tardiva al di fuori dei limiti imposti dalla norma), solo per presidiare un diritto (quello di regresso) che il condebitore solidale, convenuto in un giudizio di condanna dal creditore, abbia scelto di non esercitare in quella sede (26).

Né l'economia extra-processuale né l'esigenza di perseguire una giustizia distributiva tra coobbligati devono poter prevalere sul rispetto del principio dispositivo.

6. – Nel commentare le Sezioni Unite del 2007, un'attenta dottrina aveva osservato come la soluzione raggiunta in quel contesto fosse stata condizionata dalla (casuale e non dovuta) notificazione dell'impugnazione principale proposta dal condebitore impugnante all'altro coobbligato, che dunque per caso era venuto a conoscenza del gravame del collega, al punto da indurlo ad aderirvi con un'impugnazione *ex* art. 334 c.p.c. (27).

Quelle Sezioni Unite non chiarivano se la soluzione avallata dovesse valere solo sul presupposto che l'appellante principale avesse notificato sempre il gravame a tutte le parti del precedente grado di giudizio e se quell'impugnazione incidentale tardiva sarebbe stata ammissibile a condizione che non fossero addotti nuovi motivi di censura (28).

Si tratta di interrogativi che hanno ricevuto risposte non uniformi in giurisprudenza, sì che un'esplicita presa di posizione da parte da parte della pronuncia in epigrafe sarebbe stata opportuna; di essa, però, non v'è traccia alcuna nella motivazione della sentenza.

Dalla formulazione in termini generici del principio di diritto (là dove si legge solo che l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile *anche* quando rivesta le forme dell'impugnazione incidentale adesiva) sembrerebbe che la S.C. ritenga ammissibile quell'iniziativa anche quando non preceduta dalla notificazione del gravame principale, purché proposta nel

---

(25) Così, già S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, cit. spec. 606-610.

(26) Ancora S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, cit., 607.

(27) Già C. Consolo, *Condebito solidale tra artt. 332 e 334 c.p.c.*, cit., 1715.

(28) Ha ritenuto irrilevante la preventiva notifica dell'impugnazione principale del condebitore solidale, ai fini dell'ammissibilità dell'iniziativa *ex* art. 334 c.p.c. da parte di altro coobbligato, Cass., 16 novembre 2015, n. 23396; hanno legittimato la proposizione di un'impugnazione incidentale tardiva, fondata su censure diverse da quelle oggetto del gravame principale, Cass., 11 novembre 2020, n. 25285; Cass., 12 maggio 2021, n. 12594.

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

rispetto dei termini previsti dagli artt. 343 e 371 c.p.c., e che la stessa possa contenere anche motivi nuovi e diversi.

In questo modo, però, si avalla una soluzione che è contraria alla funzione stessa della solidarietà, voluta per tutelare massimamente la posizione del creditore. Costui, infatti, per essere certo della propria vittoria rispetto ai più coobbligati convenuti, non dovrebbe soltanto attendere che per ciascuno di essi si consumino i termini per impugnare. Egli dovrebbe anche chiedersi se, in ragione del gravame proposto da un solo condebitore, gli altri rimasti inerti scelgano di impugnare la sentenza in via incidentale tardiva (29).

L'assenza di qualsiasi riferimento all'obbligazione solidale nel principio di diritto e l'enfasi attribuita, nella motivazione, al vaglio concreto dell'interesse ad impugnare in capo a chi aspira ad impugnare un via incidentale tardiva, generano il rischio di una deriva applicativa dell'art. 334 c.p.c., costringendo il giudice a verificare di volta in volta se la norma possa invocarsi anche per fattispecie diverse dalla solidarietà, con buona pace dei principi sui quali poggia il litisconsorzio in fase di gravame.

In uno dei primi commenti a caldo della pronuncia in epigrafe, si è dubitato che questo intervento nomofilattico fosse davvero necessario e ci si è stupiti del fatto che gli interpreti, anche dopo l'arresto del 2007, avessero continuato a confrontarsi su un tema ancora percepito come irrisolto. Il problema, si chiosa nelle battute finali di quel lavoro, «si sarebbe potuto risolvere con un po' di buon senso, processuale e non» (30).

Non mi sento di condividere queste osservazioni. Credo, per contro, che anche alla luce dei rilievi formulati in queste pagine, sia semmai necessario riflettere sulla idoneità degli artt. 331-332 c.p.c. a far fronte ai numerosi problemi che suscita il cumulo di domande in sede di gravame. Una possibile loro riforma è compito che spetta però al legislatore, non alla giurisprudenza, con estemporanee soluzioni innovative *praeter* o *contra legem* del caso singolo.

LAURA BACCAGLINI
Professore ordinario nell'Università di Trento

---

(29) Così, L. Baccaglini, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 261 e già S. Turatto, *Condebito solidale*, 694, nt. 9. Si tratta di un rilievo di cui la stessa S.C. dà conto in un passaggio argomentativo, senza peraltro prendere sul punto posizione.

(30) B. De Santis, *L'annoso dibattito sull'impugnazione incidentale tardiva: il 'nuovo' intervento delle Sezioni Unite su un problema 'sempreverde'*, in *www.judicium.it*, 7 maggio 2024.

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

Corte di Cassazione, sez. III civ., sentenza 5 settembre 2023, n. 25941

Pres. De Stefano – Rel. Fanticini

A.A. c. B.B. e altri

Nella pronuncia, di natura costitutiva, di accoglimento della domanda ex *art. 2932 c.c. non è implicitamente inclusa una statuizione di condanna avente natura di titolo esecutivo per il rilascio forzoso del bene trasferito* (massima non ufficiale).

1. A.A. proponeva opposizione all'esecuzione per rilascio minacciata nei suoi confronti con precetto notificatogli, il 29 gennaio 2018, da T. Srl (già T. I.), M. D. Srl, La C. E. Snc, D.D., E.E., B.B. (quale cessionario dell'azienda della fallita (*Omissis*) Sas); l'atto di intimazione, riguardante un terreno sito nel Comune di (*Omissis*), era fondato sulla sentenza del Tribunale di Treviso n. 2060 del 9 dicembre 2002, resa all'esito di un giudizio che aveva coinvolto l'opponente, gli opposti, il Comune di (*Omissis*) e anche la R. S. Snc (società in seguito cancellata dal registro delle imprese, alla quale era succeduto l'unico socio F.F., poi deceduto).

2. La menzionata sentenza – azionata come titolo esecutivo – decideva la domanda *ex* art. 2932 c.c. spiegata dagli attori e intervenuti nei confronti dello A.A. e così statuiva: "accerta l'obbligo di A.A. di trasferire all'attore ed agli intervenuti la proprietà *pro indiviso* del terreno in contesto catastalmente censito in Comune di (*Omissis*), per le quote indicate dal CTU geom. G.G. nel proprio elaborato 20 marzo 1995; dichiara il carattere costitutivo della sentenza, quale titolo per la trascrizione presso la Conservatoria dei RR.II. di Treviso, ai sensi dell'art. 2932 c.c. ... condanna il convenuto A.A. al risarcimento dei danni tutti nei confronti dell'attore e degli intervenuti, da liquidarsi in separato giudizio, nonché al pagamento delle spese di giustizia ...".

3. Il citato Tribunale, in accoglimento dell'istanza degli attori e intervenuti, procedeva a correzione materiale della decisione e, integrando il dispositivo, specificava "le quote indicate dal CTU geom. G.G. nel proprio elaborato 20 marzo 1995 e precisamente: a La C. E. Snc di C.C. L. e H.H. F. per la quota di 125/millesimi; alla M. D. Sas di B.B. & C. per la quota di 250/millesimi; a E.E. per la quota di 10/millesimi; alla R. S. snc di I.I. & C. per la quota di 75/millesimi; a L.L. (quale titolare della T. I., ora T. Srl) per la quota di 250/millesimi; alla (*Omissis*) Sas di B.B. & C. per la quota di 125/millesimi, a D.D. per la quota di 75/millesimi".

4. L'appello avverso la menzionata pronuncia, proposto dallo A.A., era respinto dalla Corte d'appello di Venezia, con sentenza del 4 marzo 2010; questa Corte, con la sentenza n. 25528 del 18 dicembre 2015, ha cassato la decisione di merito soltanto nella parte in cui, violando principi giurisprudenziali sui limiti della scissione del giudizio sull'*an* del risarcimento del danno da quello sul quantum, "ha confermato la decisione di prime cure che ha rimesso la pronuncia sul *quantum* ad un separato giudizio da instaurare, in assenza del consenso del convenuto"; nel giudizio di rinvio, la Corte veneziana rigettava la domanda risarcitoria e la statuizione veniva confermata (da Cass., sez. III, ordinanza n. 8104 del 14 marzo 2022).

5. Con l'opposizione *ex* art. 615 c.p.c., comma 1°, lo A.A. contestava il diritto di procedere all'esecuzione forzata per rilascio dell'intero fondo perché: a) la sentenza azionata non costituiva titolo esecutivo, difettando una pronuncia di condanna; b) i precettanti non avevano legittimazione a pretendere il rilascio della quota di 75/1000 riconosciuta alla R. S. Snc (i cui aventi causa non figuravano nell'atto di intimazione); c) il precetto riguardava

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

l'intero cespite, ma il dispositivo della sentenza azionata (anche in seguito alla correzione/integrazione) concerneva soltanto 910/1000; d) la Rosy Salotti (così come i suoi aventi causa) era inadempiente all'obbligo di pagamento del saldo-prezzo, dovuto contestualmente all'atto notarile e, dunque, al passaggio in giudicato della sentenza *ex* art. 2932 c.c.

6. Il Tribunale di Treviso, con la sentenza n. 1812 del 14 dicembre 2020, accoglieva l'opposizione, in quanto la sentenza n. 2060/2002, posta a fondamento dell'intimazione, non costituiva titolo esecutivo, mancando una statuizione di condanna al rilascio.

7. T. Srl, M. D. Srl, La C. E. Snc, D.D., E.E. e B.B. impugnavano la predetta decisione e, con la sentenza n. 2597 del 13 ottobre 2021, la Corte d'appello di Venezia, in riforma della pronuncia di primo grado, rigettava l'opposizione a precetto di A.A.

8. Per quanto qui rileva, la Corte territoriale affermava che la sentenza n. 2060/2002 del Tribunale di Treviso, benché avente natura costitutiva e mancante di una esplicita statuizione di condanna, era da considerare titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile in quanto contenente statuizioni funzionalmente suscettibili di esecuzione forzata; in particolare, "anche la sentenza che trasferisce la proprietà di un immobile ai sensi dell'art. 2932 c.c., costituendo gli effetti di un contratto, in esecuzione specifica dell'obbligo inadempiuto di stipularlo, può costituire titolo esecutivo per il rilascio di detto immobile in favore dell'acquirente, contenendo una condanna implicita in tal senso, quantomeno nell'ipotesi in cui nel contratto preliminare rimasto inadempiuto sia previsto accanto all'obbligo di trasferire al promissario acquirente la proprietà dell'immobile, quello di trasferirgliene contestualmente il possesso reale o di fatto – come avviene di regola – obbligo che trova attuazione mediante la consegna del bene. In siffatta ipotesi la statuizione di trasferimento del bene, contenuta nella sentenza costitutiva prevista dall'art. 2932 c.c., implica una vera e propria condanna del promittente venditore ad un *facere*, alla stessa stregua della condanna del proprietario del fondo servente a consentire l'esercizio della servitù coattiva di passaggio (come statuito dalla Corte di cassazione con la succitata sentenza n. 1619 del 2005)".

9. A.A. impugnava la predetta sentenza con ricorso per cassazione, basato su sette motivi; resistevano con controricorso T. Srl, M. D. Srl, La C. E. Snc di C.C. L. & H.H. F., D.D., E.E. e B.B.

10. Con la sua memoria il Procuratore Generale chiedeva il rigetto del ricorso.

11. Le parti depositavano memorie *ex* art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione. – 1. È preliminare, in quanto assorbente, l'esame del terzo motivo del ricorso, col quale il ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1°, n. 3, la violazione o falsa applicazione dell'art. 474 c.p.c. e art. 2932 c.c., perché la sentenza azionata, pur trasferendo la proprietà, non ha natura di titolo esecutivo per il rilascio, difettando un'apposita pronuncia di condanna e non potendosi desumere dalle statuizioni una condanna implicita o, comunque, una esecutività derivante dalla funzione della decisione.

2. La censura è fondata.

3. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte di merito, la sentenza n. 2060 del 2002, azionata per il rilascio dell'immobile che ne forma oggetto, non costituisce titolo esecutivo. Se è evidente la mancanza di una esplicita condanna al rilascio, deve comunque escludersi una condanna implicita, desumibile dalla funzione della decisione.

4. In proposito si osserva che la giurisprudenza di questa Corte distingue l'ipotesi di condanna implicita (ad esempio, in caso di revoca del provvedimento di assegnazione della casa familiare; Cass., sez. III, sentenza n. 1367 del 31 gennaio 2012, Rv. 621240-01) da quella in cui non è proprio possibile riscontrare un ordine giudiziale di rilascio.

Ne costituisce un esempio la decisione di Cass., sez. III, sentenza n. 10875 del 28 giugno 2012, non massimata sul punto, secondo cui "È noto che è tuttora questione contro-

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

versa quella concernente l'efficacia esecutiva dei capi di condanna dipendenti dai capi costitutivi (o di accertamento) della stessa sentenza (cfr., da ultimo, Cass., sez. un., n. 4059/10); tuttavia, si tratta di questione non rilevante per la decisione del caso di specie, atteso che – come pure rilevato nella sentenza impugnata – il precetto oggetto dell'opposizione era stato intimato sulla base della sentenza di primo grado, che non conteneva alcuna statuizione di condanna al rilascio. Né si è mai sostenuto, nemmeno nel presente ricorso, che si fosse in presenza di una fattispecie di condanna c.d. implicita (per la quale, cfr. Cass. n. 1619/05, nonché, di recente, Cass. n. 1367/12)".

5. La questione qui agitata non verte sulla possibilità di anticipare l'esecutorietà e, in generale, gli effetti delle sentenze costitutive (su cui, proprio in relazione ad un'azione *ex* art. 2932 c.c., si sono pronunciate le Sezioni unite; v. Cass., sez. un., sentenza n. 4059 del 22 febbraio 2010, Rv. 611643-01); se così fosse, la soluzione sarebbe agevole, perché, al momento della notifica del precetto opposto, la sentenza del Tribunale di Treviso era passata in giudicato.

Il problema riguarda, invece, la stessa esistenza, nella citata decisione, di una pronuncia idonea all'avvio dell'esecuzione forzata per rilascio.

6. Nel caso, il Tribunale di Treviso "accerta(va) l'obbligo di A.A. di trasferire all'attore ed agli intervenuti la proprietà pro indiviso del terreno in contesto catastalmente censito in Comune di (*Omissis*), per le quote indicate ... (e) dichiara(va) il carattere costitutivo della sentenza", senza alcun elemento dal quale potersi desumersi che alla pronuncia costitutiva *ex* art. 2932 c.c. dovesse (o potesse) accompagnarsi, quantomeno per implicito, un capo condannatorio diverso da quello sulle spese di lite; in definitiva, il tribunale si è limitato a riconoscere, sia pure dichiarando costitutiva la relativa pronuncia, la sussistenza di un obbligo di trasferimento del diritto reale in contesa.

7. Ad ulteriore dimostrazione della mancanza di una statuizione implicita si osserva che proprio dalle difese dei controricorrenti non risulta che fosse mai stata avanzata una domanda di rilascio del bene.

8. Non è convincente neanche l'argomentazione, addotta dalla Corte di merito, basata su una presunta esecutorietà che deriverebbe e sarebbe coessenziale alla funzione della decisione (in tema di servitù coattiva di passaggio Cass., sez. III, sentenza n. 1619 del 26 gennaio 2005, Rv. 578798-01, secondo cui l'esigenza di esecuzione della sentenza deriva dalla stessa funzione che il titolo è destinato a svolgere). *In primis*, tale orientamento, se non altro nei termini assoluti sopra riportati, è certamente superato da Cass., sez. un., sentenza n. 4059 del 22 febbraio 2010, Rv. 611643-01. In secondo luogo, la sentenza che, rilevato l'inadempimento del preliminare, tiene luogo del contratto definitivo concerne il trasferimento del diritto di proprietà, il quale sussiste indipendentemente dal possesso o dalla disponibilità materiale del bene trasferito (a differenza del diritto di godimento sulla casa familiare assegnata, rispetto al quale Cass., sez. III, sentenza n. 1367 del 31 gennaio 2012 aveva precisato: "In conclusione, la natura speciale del diritto di abitazione della casa familiare, che non esiste senza allontanamento dalla casa familiare di chi non è titolare dello stesso (nel caso dell'attribuzione) e che, quando smette di esistere con la revoca, determina una situazione eguale e contraria in capo a chi lo ha perduto, con conseguente necessario allontanamento dello stesso, consente al provvedimento/sentenza di essere eseguito per adeguare la realtà al *decisum*, anche se il profilo della condanna non sia esplicitato, proprio perché la condanna è implicita, in quanto connaturale al diritto, sia quando viene attribuito, sia quando viene revocato"); di conseguenza, non può sostenersi che alla pronuncia *ex* art. 2932 c.c. acceda sempre ed automaticamente una statuizione di condanna al rilascio, viepiù quando neppure risulta che questa sia stata apertamente richiesta dalla parte.

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

9. In termini analoghi si era già pronunciata, in passato, anche Cass., sez. III, sentenza n. 12883 del 4 giugno 2009, non massimata, secondo cui "la statuizione di condanna al rilascio non può ritenersi implicita nella sentenza di trasferimento. Invero la sentenza di accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre *ex* art. 2932 c.c., deve riprodurre, nella forma del provvedimento giurisdizionale, in luogo del contratto definitivo non concluso, il medesimo assetto di interessi assunto dalle parti quale contenuto del contratto preliminare; essa realizza, dunque, una modificazione della situazione giuridica esistente *inter partes* e, come tale, ha natura e funzione di statuizione costitutiva, distinguendosi dalle (eventuali) statuizioni accessorie di condanna, dispositive dell'adempimento delle prestazioni a carico delle parti (tra le quali quella di consegna o rilascio)".

Non costituisce precedente contrario la decisione di Cass., sez. VI-3, ordinanza n. 20187 del 2018, la quale si limitava a prendere atto dell'affermazione del giudice di merito circa l'esecutorietà implicita della pronuncia traslativa *ex* art. 2932 c.c. e a rilevare che tale *ratio decidendi* non era stata incisa dal ricorso, in tal modo lasciando evidentemente del tutto impregiudicata la relativa questione.

10. Per quanto esposto, si deve escludere che la sentenza azionata (sentenza del Tribunale di Treviso n. 2060 del 9 dicembre 2002) costituisca titolo esecutivo per rilascio.

Ne conseguono la cassazione della pronuncia impugnata e, per il carattere dirimente del relativo rilievo, l'assorbimento degli altri motivi (relativi: il primo, alla configurazione di titoli separati a favore di ciascun attore ed alla carenza della legittimazione ad agire anche per l'ultimo dei beneficiari della condanna; il secondo, al riferimento dell'esecuzione minacciata non ad un bene in comune e indiviso, ma a sette beni distinti e individuati separatamente; il quarto, al dedotto inadempimento nel pagamento del prezzo di almeno uno degli originari beneficiari della pronuncia; il quinto, al difetto di legittimazione ad agire per conseguire il rilascio del bene nella sua totalità; il sesto, alla non correggibilità dell'ulteriore errore nell'individuazione della quota di uno dei precettanti; il settimo, alla ritenuta ammissibilità della "replica alla replica" degli appellati); non occorrendo ulteriori accertamenti di merito, la causa può essere decisa nel merito, *ex* art. 384 c.p.c., con l'accoglimento dell'opposizione all'esecuzione per rilascio proposta dall'odierno ricorrente quanto al dirimente profilo – impregiudicato ogni altro – della non configurabilità di un titolo esecutivo di rilascio in quello azionato dai precettanti.

11. Le alterne vicende processuali e, soprattutto, il conclamato e pervicace inadempimento di A.A. all'obbligo di trasferire il terreno almeno alle controparti manifestamente adempienti rendono di giustizia la compensazione integrale delle spese dell'intero processo.

Sentenza *ex* art. 2932 c.c. e condanna implicita

1. – Il Tribunale di Treviso accoglieva l'opposizione a precetto notificata dal soccombente agli attori vittoriosi all'esito di un giudizio *ex* art. 2932 c.c. sul rilievo che la sentenza costitutiva non contenesse una statuizione di condanna al rilascio del bene oggetto di compromesso e dunque non rivestisse la qualità di titolo esecutivo.

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

La Corte di appello di Venezia riformava la decisione di primo grado sul rilievo che la sentenza costitutiva contenesse «statuizioni funzionalmente suscettibili di esecuzione forzata» pur in assenza di un esplicito capo di condanna, dovendosi ravvisare l'esistenza di una condanna implicita nella sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c. «quantomeno nell'ipotesi in cui nel contratto preliminare rimasto inadempiuto sia previsto accanto all'obbligo di trasferire al promissario acquirente la proprietà dell'immobile, quello di trasferirgliene contestualmente il possesso reale o di fatto – come avviene di regola».

La Cassazione va di diverso avviso e accoglie il ricorso dell'opponente, escludendo che alla sentenza in esame potesse riconoscersi la qualità di titolo esecutivo (1).

Dopo aver premesso che la questione non verte sul controverso tema della provvisoria esecutività delle sentenze costitutive o dei capi da essi dipendenti – in quanto la sentenza pronunciata *ex* art. 2932 c.c., al momento della notifica del precetto opposto, era già passata in giudicato – la Corte chiarisce che il problema riguarda invece l'interpretazione della sentenza e la possibilità di rinvenire nella citata decisione una pronuncia idonea all'avvio dell'esecuzione forzata per rilascio.

La soluzione in senso negativo viene motivata dalla Corte sulla base di due ordini di argomenti, il primo teso a discernere detta possibilità sulla scorta di una concreta analisi della decisione, il secondo facente leva, più in generale, sulla stessa funzione della pronuncia emessa.

Sotto il primo profilo, si evidenzia anzitutto come la sentenza non contenesse alcun «elemento dal quale potersi desumersi che alla pronuncia costitutiva *ex* art. 2932 c.c. dovesse (o potesse) accompagnarsi, quantomeno per implicito, un capo condannatorio»; in secondo luogo e «a ulteriore dimostrazione della mancanza di una statuizione implicita», neppure risultava dalle difese del controinteressato che fossa mai stata avanzata una domanda di rilascio del bene. Non viene dunque condivisa la tesi della Corte di merito, secondo cui occorrerebbe dar rilievo all'esistenza di una pattuizione contrattuale che ponga in capo al promittente venditore l'obbligo di trasferire, oltre alla proprietà, anche il possesso.

In contrario, e veniamo al secondo profilo, viene rimarcata la distinzione tra trasferimento della proprietà – attuato dalla sentenza, a seguito dell'inadempimento del preliminare, in sostituzione del contratto definitivo, indipendentemente dal possesso – e trasferimento del possesso, ogget-

(1) In senso difforme le conclusioni del P.G. A.M. Soldi.

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

to solo eventuale di statuizioni accessorie di condanna «dispositive dell'adempimento delle prestazioni a carico delle parti (tra le quali quelle di consegna o rilascio)» (2). Per tale ragione, non può riconoscersi *tout court* alla sentenza in esame una funzione esecutiva a essa "coessenziale" (3), a differenza della sentenza di revoca dell'assegnazione della casa familiare (4), posto che in tale ultimo caso la condanna al rilascio (dell'abitazione) può dirsi implicita in quanto «connaturale al diritto, sia quando viene attribuito, sia quando viene revocato».

In conclusione, la Corte respinge ogni automatismo in punto di accessorietà di capi condannatori anche impliciti alla sentenza costitutiva degli effetti di un contratto non concluso; tuttavia, dalle pieghe del suo argomentare, neppure sembra escludere che la stessa possa contenere un capo condannatorio implicito laddove se ne rinvengano idonei elementi "rivelatori" e vi sia stata almeno una domanda in tal senso.

2. – La sentenza ripropone il tema delle condizioni di ammissibilità nel nostro ordinamento di condanne implicite, su cui si sono registrati diversi orientamenti tanto in dottrina che in giurisprudenza.

Da un lato, si è dubitato della opportunità di ricorrere a questa figura per il suo possibile contrasto rispetto al principio della domanda e a quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che ne risulterebbero violati sia nell'ipotesi in cui la parte non abbia espressamente formulato una domanda di condanna, sia in quella opposta, avendo in tale ultimo caso diritto a una pronuncia espressa da parte del giudice e non meramente implicita (5). Inoltre, essa è parsa confliggere con l'art. 474 c.p.c., per il

---

(2) Questo passaggio virgolettato è tratto da Cass. 4 giugno 2009, n. 12883, ritenuto dalla Corte un precedente su caso analogo (a differenza di Cass. 20 agosto 2018, n. 20187, pure menzionata nella sentenza in commento, in cui la questione della implicita esecutorietà della pronuncia traslativa *ex* art. 2932 c.c. rimane sullo sfondo in quanto non incisa dal ricorso).

(3) Come reputato dai giudici di secondo grado, in analogia alla sentenza costitutiva di servitù coattiva di passaggio, sulla scorta di Cass. 26 gennaio 2005, n. 1619, in *Corriere giur.* 2005, 1229, con nota di C. Petrillo, ove si precisa che l'esecuzione di tale statuizione implicita può avvenire con le forme dell'esecuzione forzata per rilascio *ex* art. 608, comma 2°, c.p.c., mediante ingiunzione dell'ufficiale giudiziario «al proprietario del fondo servente di riconoscere l'esecutante come possessore della servitù di passaggio, fermo il possesso di esso convenuto, corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà».

(4) Cfr. Cass. 31 gennaio 2012, n. 1367, in *Fam. e dir.* 2012, 880, con nota contraria di A. Trinchi, *È titolo esecutivo il provvedimento che revoca l'assegnazione della casa familiare?*, ove si afferma esistente una condanna implicita al rilascio all'interno di una sentenza di revoca del decreto di assegnazione della casa familiare.

(5) P. Biavati, *Il difficile cammino della condanna alle spese*, in *Giur. merito* 2007, 98 ss.;

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

fatto che il diritto da eseguire deve essere certo ed emergere con chiarezza dal titolo medesimo, onde evitare interpretazioni contrastanti e complicazioni nell'attività degli organi chiamati a darvi esecuzione.

Anche la giurisprudenza sembra caratterizzata da un andamento oscillante, come nel caso delle pretese restitutorie conseguenti alla riforma di una sentenza di condanna che sia stata eseguita.

Secondo un primo orientamento, l'obbligo di restituzione delle somme pagate in esecuzione di una sentenza di primo grado, successivamente riformata in appello, sorge per il solo fatto della riforma di quella pronuncia, pure in assenza di qualsiasi statuizione al riguardo. In conseguenza di ciò, da un lato si ritiene possa prefigurarsi come implicita la condanna dell'*accipiens* alla restituzione in favore del *solvens* degli importi ricevuti; dall'altro, si esclude che il giudice di appello incorra nel vizio di omessa pronuncia per non aver disposto la condanna alle restituzioni, benché richiestone (6). Sul fronte opposto, un diverso indirizzo, che parrebbe prevalente, pur comprendendo le esigenze di semplificazione cui il primo orientamento è ispirato e tuttavia temendo che sul piano pratico esso possa creare più problemi di quanti non ne risolva, ritiene invece necessaria la statuizione esplicita di condanna, negando alla decisione di riforma che ne sia priva la qualità di titolo idoneo all'esecuzione forzata (7).

Al fine di orientarsi in questo complesso dibattito, può essere utile ricordare che, secondo un autorevole insegnamento della dottrina, perché vi sia una condanna non occorrono formule sacramentali (8), a condizione che la sua esistenza possa ricavarsi dal contenuto complessivo della sentenza, senza poter ricorrere a elementi esterni (9). Con particolare riferimento alle sentenze costitutive, se è vero che alle stesse può accompagnarsi una statuizione di condanna tutte le volte in cui alla piena realizzazione del

---

A. Trinchi, *È titolo esecutivo il provvedimento che revoca l'assegnazione della casa familiare?*, cit., 882 ss.

(6) Cass. 13 aprile 2007, n. 8829; Cass. 5 luglio 2006, n. 15295; Cass. 26 aprile 2003, n. 562476; Cass. 24 giugno 2002, n. 11729; Cass. 10 dicembre 2001, n. 15571; Cass. 19 agosto 1999, n. 8781; Cass. 6 aprile 1999, n. 3291.

(7) Cass. 8 giugno 2012, n. 9287, la quale valorizza anche il precetto di cui all'art. 389 c.p.c., che altrimenti suonerebbe privo di senso; Cass. 8 luglio 2010, n. 16152; Cass. 24 maggio 2010, n. 12622; Cass. 30 aprile 2009, n. 10124; Cass. 11 giugno 2008, n. 15461; Cass. 22 marzo 1995, n. 3260; Cass. 16 maggio 2006, n. 11356.

(8) R. Vaccarella, *L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo*, in *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da A. Proto Pisani, Torino 1983, 118.

(9) S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano 1966, 80; V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli 1957, 14.

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

diritto sotteso alla modificazione giuridica richiesta sia necessario un adeguamento della realtà materiale, non è men vero che in questi casi l'esistenza del titolo non possa dipendere «solo da un elemento formale, quale sarebbe la formula condannatoria», questa potendo «anche mancare purché risulti dal dispositivo o dal contesto l'esigenza dell'esecuzione» (10). Parimenti, si è affermato che nella nozione di condanna rientrino anche «quelle più o meno implicite espressioni di esigenza di tutela esecutiva che sono nella conseguenzialità logica di sentenze costitutive (e anche di mero accertamento)» (11).

Il problema della condanna implicita non può dunque risolversi in via generale e una volta per tutte. Occorre interpretare il titolo al fine di verificare se lo stesso contenga, pur in mancanza di una chiara esplicitazione nel dispositivo, una statuizione condannatoria comunque desumibile dal "contesto", ovvero dall'esistenza obiettiva di una necessità di tutela esecutiva o, più in generale, di adeguamento della realtà materiale a quella giuridica.

In questo senso, è corretto l'approccio della sentenza in rassegna là dove ricollega per l'appunto alla "funzione" svolta in concreto dalla sentenza costitutiva o dichiarativa la possibilità di ricavare l'esistenza di un capo condannatorio implicito: si deve trattare di situazioni, da valutarsi caso per caso, in cui la sentenza non consentirebbe una tutela giurisdizionale effettiva se non fosse accompagnata dalla possibilità di una esecuzione coattiva (laddove possibile) tale da superare gli eventuali ostacoli che, sul piano materiale, si opporrebbero alla concreta tutela della modificazione giuridica disposta o della situazione soggettiva accertata. E ad analoghe conclusioni si dovrebbe pervenire nei casi in cui, non essendo possibile una esecuzione forzata per l'infungibilità della prestazione dovuta, si possa comunque ottenere una condanna coercibile indirettamente per via della comminatoria di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. (12).

Si deve, dunque, ritenere che non già in ogni sentenza costitutiva o dichiarativa possa scorgersi un capo condannatorio, ma solo in quei casi in cui ciò appaia essenziale alla pienezza ed effettività della tutela a essa sottesa, per via della necessità di un adeguamento della realtà materiale

---

(10) S Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1950, 437, il quale richiama il caso, affrontato in tal senso in giurisprudenza, della risoluzione di un contratto di locazione senza espressa condanna al rilascio.

(11) C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2024, 52.

(12) Si veda sul punto, se si vuole, il mio *Condanna civile e misure coercitive*, Pisa 2023, *passim*.

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

rispetto alla situazione accertata conforme a diritto o alla modifica costituita dalla sentenza (13).

In questa prospettiva, possono spiegarsi anche quelle pronunce (sopra richiamate) che hanno negato l'esistenza di un capo condannatorio implicito, escludendo la qualità di titolo esecutivo a sentenze che abbiano riformato in appello la decisione di primo grado senza una espressa statuizione di condanna alla restituzione di quanto pagato in ottemperanza alla stessa. La riforma della sentenza di condanna di primo grado, spontaneamente o coattivamente eseguita, non si accompagna necessariamente a una statuizione condannatoria, posto che la pretesa restitutoria potrebbe non essere neppure ventilata dall'appellante il quale potrebbe anche riservarsi di farla valere in altra sede; in ogni caso, detta statuizione neppure può ritenersi "coessenziale" al provvedimento sostitutivo.

Diverso è il caso dell'assegnazione della casa coniugale, in cui l'esigenza di eseguire la sentenza, per i peculiari e rilevanti interessi sottesi, può a ragione considerarsi "consustanziale" a tale provvedimento. E altrettanto è a dirsi, a nostro avviso, nell'ipotesi di sentenza costitutiva di servitù coattiva ai sensi degli artt. 1051 e 1052 c.c., sembrando condivisibile l'affermazione per cui le relative azioni mirano a risolvere un problema "fattuale" quale l'interclusione del fondo o la mancanza di un accesso adeguato alla pubblica via, sicché è possibile riconoscere al titolo che costituisce la servitù anche la capacità di essere portato a esecuzione là dove il proprietario del fondo vicino non consentisse spontaneamente il passaggio. Il bene della vita in gioco è proprio quello del passaggio sul fondo altrui (a tanto serve la modificazione giuridica richiesta in via coattiva, stante la "crisi di collaborazione" del titolare del fondo confinante) sì da non doversi pretendere come necessaria la formulazione (in aggiunta) di una domanda di condanna cui debba corrispondere un autonomo capo condannatorio in sentenza (14).

Più complesso può risultare il riscontro dell'esistenza di una condanna implicita nelle sentenze costitutive di tipo estintivo-risolutivo. Qui, oggetto del giudizio non è uno specifico diritto o *status* come negli esempi fatti sinora, ma l'intero rapporto contrattuale, il quale viene estinto nella sua

---

(13) Così, si è affermato, nel caso del provvedimento di assegnazione della casa coniugale in un procedimento di separazione, «il rilascio non si pone come consequenziale all'attribuzione, ma come coessenziale per la nascita stessa del diritto», donde l'irrilevanza della formulazione espressa del capo condannatorio: Cass. 31 gennaio 2012, n. 1367, cit.; in passato, già Cass. 1° settembre 1997, n. 8317.

(14) Sul punto, però, la sentenza in commento sembra andare di diverso avviso (cfr. § 8), ritenendo il precedente del 2005 superato da Cass., Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4059: ma sul tema v. *infra*.

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

interezza, facendosene discendere, in conseguenza, l'estinzione di tutti i singoli diritti o effetti a esso connessi (15). Proprio per tale sua caratteristica, non necessariamente è da ritenersi che la sentenza possa o debba sempre contenere, impliciti capi condannatori rispetto alla vasta congerie di effetti conseguenti alla risoluzione-estinzione del rapporto, sul piano restitutorio o risarcitorio.

Si tratta, infatti, di effetti variamente modulati a seconda del tipo di azione espletata e dei contratti di volta in volta rilevanti e di cui le parti conservano la disponibilità. Vuoi che si pensi a un'azione di risoluzione o di annullamento di un contratto, all'effetto estintivo consegue certamente il diritto di pretendere quanto prestato secondo le regole della ripetizione dell'indebito, e dunque vi è anche qui una potenziale esigenza esecutiva della sentenza, ma non al punto da apparire indefettibile. In questi casi, è più difficile che una condanna implicita possa estrapolarsi dalla "funzione" della sentenza, trattandosi di norma di pretese restitutorie che si presentano come eventuali, reciproche e complesse (16). Donde la necessità non solo di una esplicita domanda condannatoria, con quel che ne consegue in punto di allegazione e prova del diritto alle restituzioni, quanto di una altrettanto esplicita statuizione condannatoria (17).

Occorre, insomma, che l'esigenza esecutiva discenda dalla struttura stessa della sentenza e dalla sua funzione, inequivocamente orientata alla tutela di un diritto anche sul piano materiale ed esecutivo (18).

---

(15) C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino 2023, 48.

(16) Correttamente, Cass. 30 gennaio 2013, n. 2204; conf. Trib. Como, 22 maggio 2013, in *Giur. it.* 2014, 330, con nota di A. Trinchi, affermano che si tratta di pretese che rientrano nella disponibilità delle parti sicché il giudice non ha il potere di disporre le restituzioni in assenza di specifica domanda. Tuttavia, non è sempre così. Nel caso della domanda di convalida di sfratto, la domanda di rilascio del bene è implicita, essendo essa finalizzata (oltre che all'estinzione del rapporto) proprio all'acquisizione di un titolo esecutivo, sicché il giudice che lo disponga non va mai al di là del "chiesto", trattandosi di domanda rientrante nella *res in iudicium deducta*: così, Cass. 12 febbraio 1982, n. 848, con riferimento alla sentenza di appello di rigetto del gravame avverso la sentenza di primo grado che aveva dichiarato risolto il contratto all'esito del mutamento del rito.

(17) Diversamente, vi potrebbe essere una violazione del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, come pure in dottrina si è rilevato (cfr. *retro* nota 5). Si consideri che alcune pretese restitutorie potrebbero risultare in concreto inattuabili, con conseguente necessità di accertare l'equivalente monetario e di condannare l'*accipiens* alla sua restituzione ai fini della *restitutio in integrum*, come nel caso del contratto di appalto (il che difficilmente potrà avvenire in forma implicita): ad es. Cass. 30 giugno 2015, n. 13405. Si pensi anche all'annullamento per incapacità, dove l'azione di ripetizione incontra un limite nel fatto che il contraente incapace non è tenuto a restituire la prestazione ricevuta se non nei limiti in cui essa è stata rivolta a proprio vantaggio (art. 1443 c.c.).

(18) Non è in contrasto con quanto sostenuto nel testo la possibilità che la statuizione

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

In questi termini può dunque ritenersi legittimo il ricorso alla condanna implicita. È infatti solo in tal modo che si potranno ritenere superati non solo i dubbi legati al rispetto del principio della domanda e del correlato principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, quanto anche quelli relativi alla compatibilità della condanna implicita con l'art. 474 c.p.c. Se deve ritenersi "certo", ai fini di tale disposizione, soltanto il titolo che contempli in modo chiaro l'oggetto della prestazione, il soggetto che ha diritto di richiederla e quello che ha il dovere di eseguirla, il capo condannatorio potrà ricavarsi in via interpretativa con certezza solo là dove l'oggetto della prestazione si ponga come indefettibile in rapporto all'azione (costitutiva o dichiarativa) espletata.

In linea con tali rilievi si era posta anche una recente sentenza, la quale riconosceva la natura di condanna, seppure implicita, alla sentenza che dispone lo scioglimento di una comunione coniugale, da un lato assegnando l'immobile a uno dei due coniugi, dall'altro riconoscendo all'altro un conguaglio. E ciò, in funzione dell'affermata corrispettività del conguaglio rispetto all'assegnazione del bene «nel nuovo assetto di interessi realizzato dalla complessiva pronuncia» (19).

L'odierno pronunciamento della Cassazione sembra invece porsi in contrasto con questo più espansivo orientamento (20), risultando altresì non in linea con quanto la stessa Corte mostra di ritenere a proposito della funzione esecutiva dell'azione e della sentenza *ex* art. 2932 c.c.

---

condannatoria non si rinvenga nel dispositivo ma risulti in maniera chiara e univoca dalla motivazione della sentenza. Qui, infatti, la statuizione condannatoria vi sarebbe sia pure in assenza di una (non necessaria) formula "sacramentale": cfr. S. Satta, *Diritto processuale civile*, cit., 437.

(19) Cass. 30 gennaio 2019, n. 2537, in *Judicium* 30 ottobre 2020, con nota di M.L. Guarnieri, *Sinallagmaticità, corrispettività e dipendenza nei rapporti tra capi condannatori e capi costitutivi. Precisazioni in tema di esecutività provvisoria della sentenza*; si veda anche, sulla stessa sentenza, U. Corea, *Condanna implicita e provvisoria esecutività della sentenza di scioglimento di comunione*, in *Rass. esec. forzata* 2021, 893 ss. Tale sentenza va segnalata anche per aver ulteriormente esteso le ipotesi di non esecutorietà (provvisoria) dei capi di condanna (ivi ritenuti impliciti) accessori alla pronuncia costitutiva fino al passaggio in giudicato della stessa, dai casi di c.d. "sinallagmaticità" a tutti i casi in cui si possa ravvisare una interdipendenza tra capo costitutivo e condannatorio che rischi di minare l'equilibrio dell'assetto di interessi anteriore alla pronuncia. Sul punto, la sentenza segna dunque una regressione rispetto all'indirizzo, confermato da Cass., Sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, che esprimeva la necessità di riconoscere una certa immediata efficacia a tutte le sentenze di primo grado. Su questa pronuncia si tornerà a breve al § 3.

(20) Il precedente del 2019 sulla sentenza di divisione non viene invero menzionato nella decisione in rassegna.

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

3. – Come rilevato, nel caso di specie la Corte di cassazione ha escluso ogni automatismo nel riconoscere la possibilità che la sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c. possa sempre contenere un implicito capo condannatorio, idoneo a instaurare un processo esecutivo per il rilascio del bene compromesso.

A tal fine, essa ha distinto il caso della revoca della assegnazione della casa familiare, in cui la necessità di adeguare la realtà al *decisum* è intrinseca alla funzione della sentenza costitutiva, da quello della sentenza che tiene luogo del contratto, in cui l'assetto determinato dalla pronuncia è esattamente quello che si sarebbe verificato con la prestazione del consenso, e dunque il trasferimento della proprietà non anche quello della disponibilità o del possesso del bene. Questi saranno conseguibili con gli ordinari rimedi a presidio degli obblighi conseguenziali al trasferimento del diritto.

Il responso negativo, peraltro, non si è basato solo su un'astratta comparazione tra "tipi" di sentenze e relative "funzioni", ma anche su una valutazione in concreto della decisione impugnata, avendo verificato la Suprema Corte come essa non contesse alcun elemento tale da far ritenere che alla pronuncia costitutiva dovesse o potesse accompagnarsi un capo di condanna, per quanto implicito, anche in ragione della mancanza di una domanda di rilascio del bene. Se ne può dedurre che, qualora la sentenza impugnata avesse dato atto dell'esistenza di una siffatta domanda o, comunque, della necessità manifestata dall'attore di ottenere non solo il trasferimento della proprietà ma anche quello della disponibilità del bene, la Corte avrebbe potuto legittimamente pervenire ad opposta conclusione. Ma così non è stato, avendo la Cassazione più volte escluso che la statuizione condannatoria implicita potesse ritenersi coessenziale alla funzione rivestita dalla sentenza che produce gli effetti di un contratto non concluso.

Al riguardo, appare pertanto utile richiamare gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in merito alla natura e alla funzione della sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c.

Come noto, l'azione prevista da questa disposizione ha risolto positivamente la questione della ammissibilità di una tutela specifica verso l'inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto, apprestando un rimedio che consente alla parte non inadempiente di ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Senza voler entrare nel merito del complesso dibattito che aveva preceduto e seguito l'emanazione di tale norma, l'ambiguità della sua natura, resa evidente dalla scelta topografica del legislatore, si ritrova nelle parole del Guardasigilli secondo cui

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

tale rimedio «avrebbe potuto più propriamente ricondursi alla categoria dell'art. 2908 c.c. (sentenze costitutive) ma è parso più opportuno inserirlo nel quadro dell'esecuzione in vista della sua finalità» (21).

Se la riconduzione al novero delle sentenze costitutive costituisce la tesi da sempre prevalente in dottrina (22), dall'altro la scelta del legislatore di inserire la norma tra le disposizioni sull'esecuzione forzata è stata comunque interpretata come rivelatrice della sua spiccata funzione esecutiva e satisfattiva (23).

Al di là di diatribe nominalistiche e volendo guardare alla sostanza dei fenomeni, si è condivisibilmente ritenuto che, nonostante le sentenze costitutive non siano di regola espressione di tutela esecutiva, nondimeno possono esserlo quando si intenda per tutela esecutiva non solo quella tipizzata nelle forme del Libro III del codice di rito, ma anche la predisposizione da parte dell'ordinamento di un meccanismo idoneo a garantire «la produzione del risultato dell'osservanza mancata». Ed in tal senso si è

---

(21) Relazione al Re del Guardasigilli, n. 1187. In dottrina, si è ritenuto che la "singolare collocazione della norma", che completa il "catalogo" delle situazioni soggettive suscettibili di tutela specifica, si spiega con la scelta di principio del legislatore di conferire piena tutela alle obbligazioni pecuniarie, a quelle aventi a oggetto la consegna di una cosa mobile determinata o il rilascio di un bene immobile, nonché alle obbligazioni relative a un facere fungibile o di non fare. In tutti questi casi, dal mancato o inesatto adempimento di cui discorre l'art. 1218 c.c., discende il diritto del creditore a conseguire la prestazione dovuta, mentre il risarcimento del danno costituisce una prestazione accessoria rispetto a quella originaria, che il processo esecutivo assicura al creditore, avendo la funzione di reintegrare la sfera lesa per il tempo necessario a che questo raggiunga i suoi risultati. Tutte le altre obbligazioni, aventi a oggetto prestazioni diverse da quelle sopra indicate, sarebbero invece tutelate "esclusivamente" attraverso il risarcimento del danno per equivalente: R. Vaccarella, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forzata* 2007, 1 ss. Un opposto indirizzo ha invece ritenuto, anche alla luce di una più ampia lettura dei principi costituzionali, di poter affermare la priorità dell'adempimento in forma specifica sulla tutela risarcitoria per equivalente. Il quadro normativo è poi cambiato con l'introduzione dell'art. 614-*bis* c.p.c. (per un approfondimento, mi permetto nuovamente di rinviare al mio, *Condanna civile e misure coercitive*, cit.). Sulla possibilità di un cumulo delle domande *ex* art. 2932 c.c. e di condanna alla prestazione del consenso assistita da misura coercitiva, cfr. C. Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360* bis *e 614* bis*) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giur.* 2009, 740 ss.; la tesi è stata riproposta anche a seguito della riforma del 2015: C. Consolo, F. Godio, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614* bis *c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corriere giur.* 2018, 372.

(22) La quale ha recepito in tal modo l'impostazione chiovendiana: cfr. R. Muroni, *L'azione* ex *art. 2932 c.c.*, Napoli 2018; parla di esecuzione dell'obbligo "per equivalente giuridico", C. Consolo, *Spiegazioni*, *cit*., 39.

(23) Esaltata per primo da P. Calamandrei, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli 1983, IX, 344 ss.; *contra*, S. Satta, *L'esecuzione forzata*, Torino 1954, 178, sul rilievo che l'esecuzione qui non riguarda attività materiali ma è realizzata da un provvedimento reso in sede di cognizione.

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

indicato proprio nell'art. 2932 c.c. il modello normativo di tale tecnica esecutiva (24).

In analoga direzione, si è rilevato come l'art. 2932 c.c. dimostri una "insospettata coerenza", evidenziando l'aspetto costitutivo quale tecnica assimilabile all'esecuzione *stricto sensu*, attraverso la quale si realizza una tutela satisfattoria del diritto al contratto, consentendo in tal modo di recuperare anche in via analogica i principi e le regole proprie dell'esecuzione forzata, a iniziare dai poteri "determinativi" del giudice *ex* art. 612 c.p.c. (25).

La funzione esecutiva della sentenza *ex* art. 2932 c.c. rispetto all'originario assetto costituito dal contratto preliminare appare, dunque, generalmente accettata, per quanto occorra verificare se la stessa si limiti alla realizzazione dell'effetto del contratto non concluso o possa intendersi estesa ai conseguenti obblighi, dal pagamento del prezzo (che, ai sensi

---

(24) B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano 1997, 68: in tal caso, ed in funzione del tipo di situazione da tutelare, l'attività dovuta e mancata non consiste in un'attività materiale ma in una dichiarazione produttiva dell'effetto giuridico. In precedenza, discorreva di esecuzione specifica ma non forzata, C. Mandrioli, *L'azione esecutiva*, Milano 1955, 561 ss. Vi è anche chi ha sostenuto, ribaltando la ricostruzione prevalente, che l'effetto costitutivo sarebbe a sua volta solo la conseguenza della natura esecutiva del rimedio in esame, posto che ogni tutela esecutiva presenta un carattere costitutivo: A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., Napoli 2014, 171; ancora, nel quadro di una peculiare ricostruzione in chiave negoziale (anziché costitutiva) degli effetti della sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c., nel senso di valorizzare la funzione esecutiva rispetto al diritto di modificazione rimasto insoddisfatto, A. Di Majo, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.* 1964, I, 373 ss.

(25) S. Mazzamuto, *Esecuzione forzata*, Bologna-Roma 2020, 686 ss., il quale rinviene nel binomio concettuale "forme e tecniche di tutela" un inquadramento dogmatico dell'istituto più soddisfacente di quello tradizionale: «ciò determina il connubio di attuazione in natura e di esecuzione forzata nell'inedita forma di una tutela sostanziale di attuazione in natura dell'obbligazione erogata tramite una pronuncia costitutiva, per sua intrinseca conformazione *self-executing*». Di conseguenza, la "vocazione" esecutiva del rimedio non sarebbe espressione della sua funzione, radicata invece nell'alveo dell'attuazione in forma specifica, né della sua natura esecutiva, trattandosi di meccanismo sostanziale, bensì proprio della particolare «tecnica costitutiva prescelta per la realizzazione di tale tutela in natura». Aggiunge, poi, l'a. che tale efficacia esecutiva si arresta all'instaurazione del rapporto giuridico non concluso spontaneamente, dal quale discendono a sua volta obbligazioni (quali, ad esempio, la consegna o il rilascio del bene) rispetto ai quali soccorrono gli ordinari rimedi contro l'inadempimento. In tal senso, v. anche R. Muroni, *L'azione* ex *art. 2932 c.c.*, cit., spec. 181 ss., dove si afferma che la fattispecie contemplata da tale disposizione combina due diverse norme di "modificazione giuridica", l'una corrispondente alla originaria fattispecie di modificazione risalente al contratto preliminare, l'altra, che viene applicata dal giudice al caso concreto, di modo che quest'ultima sia "in funzione esecutiva ed attuativa" della prima nella misura in cui ne "ri-produce" gli effetti mancati. Ciò nonostante, la struttura della sentenza rimane quella tipica delle sentenze costitutive, dovendo il giudice accertare le condizioni previste dalla norma per la produzione della modificazione giuridica.

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

del secondo comma della norma, è ritenuto rivestire carattere "sinallagmatico" rispetto al trasferimento del diritto) alla consegna o al rilascio del bene oggetto di compromesso (26).

A tale ultimo riguardo, ci vengono in soccorso le sentenze emesse dalla Cassazione sull'attiguo, ma distinto, tema dell'esecutività provvisoria delle pronunce costitutive o dei loro capi condannatori accessori.

Giova richiamare, anzitutto, la celebre sentenza delle Sezioni unite del 2010, con la quale si affermò il principio secondo cui non è possibile scindere, quanto alla anticipata produzione degli effetti, i capi costitutivi principali e i capi condannatori consequenziali là dove gli stessi siano legati da un nesso di sinallagmaticità, ponendosi come parte "corrispettiva" del nuovo rapporto oggetto della domanda costitutiva (27). Secondo la Corte, «occorre differenziare le statuizioni condannatorie meramente dipendenti dal detto effetto costitutivo, dalle statuizioni che invece sono a tale effetto legate da un vero e proprio nesso sinallagmatico ponendosi come parte – talvolta "corrispettiva" del nuovo rapporto oggetto della domanda costitutiva». Così, «nel caso di condanna del promissario acquirente al pagamento del prezzo della vendita, non è possibile riconoscere effetti esecutivi a tale condanna altrimenti si verrebbe a spezzare il nesso tra il trasferimento della proprietà derivante in virtù della pronuncia costitutiva ed il pagamento del prezzo della vendita» (28).

La Corte non menziona direttamente, in motivazione, il capo condannatorio di rilascio. Tuttavia, quando poco dopo si tratta di individuare i capi "meramente dipendenti" e perciò immediatamente esecutivi, viene fatto riferimento solo alla condanna alle spese; mentre nel principio di

---

(26) Cfr. nota che precede.

(27) Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4059, in questa *Rivista* 2011, 171, con nota di F. Marelli.

(28) La dottrina che si è occupata del tema ha ritenuto che con questa pronuncia la Corte abbia superato «la figura della sentenza condizionata ed al contempo confermato la figura della condanna implicita relativamente all'obbligo di pagamento del prezzo»: R. Muroni, *L'azione* ex *art. 2932 c.c.*, cit., 218. Secondo l'a. però, nonostante la funzione *lato sensu* esecutiva della sentenza rispetto alla pretesa della parte a essere soddisfatta «non tanto con la mera produzione della modificazione giuridica, ma proprio con il soddisfacimento dell'interesse sostanziale che segue alla produzione di detto effetto», l'effetto esecutivo deve essere ricondotto a un distinto capo condannatorio da emettersi solo «su esplicita domanda di parte»; Id., in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino 2016, *sub* art. 2932 c.c., 492, dove l'a. manifesta perplessità in merito alla possibilità di far valere come titolo esecutivo il capo implicito di condanna al pagamento del prezzo, in assenza di una domanda di parte, «a meno che si torni a valorizzare l'assoluta specificità di tale tutela, che lo stesso legislatore ha voluto immediatamente satisfattiva per entrambe le parti in ordine ai due effetti in relazione sinallagmatica».

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

diritto enunciato ai sensi dell'art. 384 c.p.c. si legge chiaramente che non è ravvisabile «l'esecutività provvisoria della condanna implicita al rilascio dell'immobile, in danno del promittente venditore».

Nelle successive pronunce, la carenza di provvisoria esecutività anche del capo relativo alla condanna al rilascio è stata chiaramente ribadita proprio in funzione della complessiva sinallagmaticità dei capi condannatori rispetto a quello costitutivo (29).

Ancora, come già rilevato, un capo condannatorio implicito è stato ravvisato anche nella sentenza costitutiva di scioglimento di comunione, con riferimento al riconoscimento del diritto al conguaglio in capo al condividente non assegnatario dell'unico bene da dividere, sul chiaro rilievo che un siffatto riconoscimento non ha altra funzione «se non quella di consentirne l'adempimento anche coattivo, ovvero in via esecutiva, a perequare (...) l'altro capo della pronuncia» (30). In tale decisione il Supremo Collegio, dopo aver richiamato il proprio orientamento per cui la condanna implicita viene sovente «ricavata dalla struttura stessa della pronuncia» (31), affronta il tema della produzione di effetti della sentenza costitutiva e dei suoi capi condannatori, estendendo il principio affermato dalle Sezioni unite nel 2010 a tutti i casi in cui «fra un capo costitutivo e un capo condannatorio si ravvisi un nesso di corrispettività, quand'anche di intensità minore rispetto a quella sinallagmatica, per non essere la prestazione oggetto del secondo in grado di condizionare l'operatività del primo». Ciò che accade, appunto, nel caso della sentenza di scioglimento della comunione, in cui il diritto oggetto di assegnazione si trasferisce in capo all'assegnatario al momento della definitività della pronuncia senza essere condizionato all'adempimento delle obbligazioni, come il pagamento del conguaglio, poste in capo a lui.

Anche in tal caso, infatti, secondo la Corte, occorre evitare di alterare l'equilibrio preesistente alla pronuncia fino al passaggio in giudicato di quello derivante dal nuovo assetto di interessi conseguente alla divisione, sicché anche l'obbligo di versare il conguaglio – benché non costituisca un capo "sinallagmatico" con quello costitutivo e non condizioni il trasferimento del diritto, che si produce anche in caso di inadempimento del

---

(29) In particolare, si v. Cass. 22 aprile 2013, n. 9714; Cass. 12 giugno 2015, n. 12236; da ultima, Cass. 3 maggio 2016, n. 8693, sul rilievo che la condanna al rilascio è «connessa al trasferimento della proprietà derivante dall'effetto traslativo della sentenza *ex* art. 2932 c.c.».

(30) Cass. 30 gennaio 2019, n. 2537, cit.

(31) Anche in relazione alla costituzione di servitù coattiva, come nel caso citato di Cass. n. 1619/2005.

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

primo – «costituisce parte integrante del nuovo assetto di interessi» disegnato dalla pronuncia di scioglimento della comunione e come tale non può ritenersi esecutivo prima del passaggio in giudicato della sentenza costitutiva.

Al di là delle critiche che è possibile muovere a tale orientamento (32), appare chiaro che per la Cassazione ciò che conta è "l'interdipendenza" dei capi costitutivi e condannatori, rapporto che viene ritenuto sussistente tanto nel caso di scioglimento della comunione che della sentenza produttiva degli effetti del contratto non concluso ai sensi dell'art. 2932 c.c., senza poter distinguere, nell'ottica di preservare il giusto equilibrio tra i contrapposti interessi, tra il capo di condanna al pagamento del prezzo (ritenuto in relazione di diretta sinallagmaticità con quello costitutivo) e quello di condanna al rilascio del bene (relativo ad un effetto del rapporto contrattuale prodotto dalla sentenza) (33).

Se è così, le conclusioni cui perviene la sentenza in rassegna non appaiono così solide.

Non vi è dubbio che la sentenza che tiene luogo del contratto concerne il trasferimento del diritto di proprietà e non anche direttamente del possesso. Tuttavia, non solo di regola i contratti preliminari prevedono il trasferimento del possesso contestualmente alla stipula del definitivo ma, come si è visto, l'obbligo di consegna del bene è considerato strettamente interdipendente rispetto al trasferimento del diritto attuato con la sentenza costitutiva, al pari di quello di pagamento del prezzo, al fine di preservare il complessivo equilibrio degli assetti di interesse delle parti. Su queste basi, appare allora più che legittimo far derivare dalla sentenza costitutiva un capo anche implicito di condanna, i cui effetti non potranno che prodursi unitariamente al momento del passaggio in giudicato della sentenza (34).

---

(32) Si v. la precedente nota 19: si tratta di un tema, quello dell'efficacia della sentenza impugnabile o impugnata, che non possiamo qui affrontare, avendolo trattato diffusamente negli scritti già citati.

(33) Peraltro, se è vero che il comma 2° dell'art. 2932 c.c. fonda la natura c.d. sinallagmatica del capo condannatorio al pagamento del prezzo rispetto a quello costitutivo del trasferimento del diritto, è altrettanto vero, sul piano sostanziale, che l'obbligo di pagare il prezzo costituisce obbligo del compratore, così come quello di consegnare il bene è obbligo del venditore, entrambi conseguenti al perfezionamento della vendita che si attua con il consenso, donde la loro assoluta simmetria.

(34) Conf. sul punto, F. Messineo, in *Enc. dir.*, Milano 1962, voce *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, X, 186; in termini più netti di "inscindibilità" tra i vari capi si esprime C. Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970, 221; in senso contrario invece, si è visto, R. Muroni, *L'azione* ex *art. 2932 c.c.*, cit.,

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

In questa prospettiva, la funzione esecutiva e satisfattiva della sentenza *ex* art. 2932 c.c., ben messa in evidenza dalla dottrina, ha modo di realizzarsi con modalità che preservano l'equilibrio del nuovo assetto giuridico proprio grazie alla contestualità della produzione di effetti dei diversi capi, costitutivi e condannatori. Se ne trae che, anche in mancanza di una esplicita domanda e a prescindere da particolari elementi testuali, non viene meno la natura coessenziale al capo costitutivo dei conseguenti capi condannatori, essendo essa ricavabile dalla struttura stessa della sentenza e dell'azione in esame non meno che dalla loro funzione. La statuizione condannatoria rimane dunque desumibile dal "contesto" della pronuncia ovvero dall'esistenza obiettiva di una necessità di tutela esecutiva o di adeguamento della realtà materiale a quella giuridica, salvo che risultino inequivoci elementi che lascino intendere il contrario, ovverosia che una siffatta tutela condannatoria non sia voluta, né risulti utile in concreto (35). Esattamente come affermato con riferimento alla costituzione di servitù coattiva o di revoca dell'assegnazione della casa coniugale o, da ultimo e *a fortiori*, alla sentenza di scioglimento della comunione con implicita domanda di condanna al pagamento del conguaglio.

In tutti questi casi, infatti, può intravedersi una esigenza esecutiva nella struttura stessa della sentenza e nella sua funzione, obiettivamente orientate alla tutela di un diritto anche sul piano materiale ed esecutivo. E la stessa logica con cui la Corte affronta il tema della provvisoria efficacia della sentenza *ex* art. 2932 c.c. si presta a risolvere anche la diversa questione dell'ammissibilità di una condanna implicita, garantendo maggiore coerenza agli argomenti utilizzati dai giudici di legittimità per ricomporre il non facile inquadramento normativo dell'istituto.

ULISSE COREA
Professore associato nell'Università di Roma Tor Vergata

218, ove richiama a sostegno Cass. 16 gennaio 2006, n. 690, sebbene tale sentenza fosse ancora legata alla figura della sentenza "condizionata", superata dalle Sezioni unite del 2010.

(35) E dunque con un approccio opposto a quello della sentenza in commento, che non aveva rinvenuto negli atti del giudizio elementi da cui desumersi la necessità di una statuizione condannatoria accessoria.

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

Corte di Cassazione, sez. un. civ., sentenza 13 dicembre 2023, n. 34851

Pres. D'Ascola – Rel. Mercolino

Fueltruck S.r.l. c. Agenzia delle Entrate

Anche il giudice tributario può disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione ex *art. 363*-bis *c.p.c.* (massima non ufficiale).

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 363-bis *c.p.c., può avere ad oggetto una questione di diritto relativa alle norme disciplinatrici del riparto di giurisdizione* (massima non ufficiale).

(*Omissis*). *Ragioni della decisione*. – Come rilevato dalla Prima Presidente, la risoluzione della questione di diritto sollevata dalla CGT di primo grado, avente ad oggetto l'interpretazione del complesso delle norme che disciplinano il contributo a fondo perduto, ai fini dell'individuazione della giurisdizione competente a decidere le controversie riguardanti il rigetto delle richieste dei potenziali beneficiari, postula l'esame di due ulteriori quesiti, anch'essi chiaramente formulati nell'ordinanza di rinvio ed aventi carattere logicamente e giuridicamente preliminare, concernenti rispettivamente l'utilizzabilità dello strumento processuale nomofilattico-deflattivo previsto dall'art. 363-*bis* c.p.c. da parte del Giudice tributario e l'applicabilità dell'istituto anche per le questioni assoggettabili al paradigma di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 oltre che a quello di cui ai nn. 3 e 4 della medesima disposizione. (*Omissis*).

2. Come correttamente rilevato dalla CGT di primo grado, la legittimazione del Giudice tributario a sollevare la questione pregiudiziale d'interpretazione è stata negata da una parte della dottrina in virtù della duplice considerazione della mancanza di un'espressa norma di rinvio all'art. 363-*bis* c.p.c., nella disciplina dettata dal D.lgs. n. 546 del 1992, e dell'avvenuta soppressione, in sede di approvazione della L. n. 130 del 2022, di un'analoga disposizione originariamente contenuta nel D.D.L. n. 2636 del 2022, art. 2, comma 1, lett. g), avente ad oggetto la riforma della giustizia e del processo tributario; si è osservato inoltre che un'applicazione generalizzata dell'art. 363-*bis* avrebbe richiesto un'apposita delega legislativa, non presente nella L. 26 novembre 2021, n. 206, in attuazione della quale è stato emanato il D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, evidenziandosi altresì la distinzione tra giustizia ordinaria e giustizia tributaria, già prevista dal nostro ordinamento ed ulteriormente valorizzata dalla legge n. 130 cit., che ha modificato il D.lgs. 21 dicembre 1992, n. 545, attraverso la professionalizzazione del giudice tributario di merito e la modifica delle norme che disciplinano il reclutamento, la nomina alle funzioni direttive e le progressioni in carriera dei componenti delle corti di giustizia tributaria.

Tali obiezioni non appaiono tuttavia insuperabili, ove si tenga conto del generale rinvio alle norme del c.p.c. contenuto nel D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 1, comma 2, che ne consente l'applicazione anche al processo tributario, per quanto non disposto dalle relative disposizioni e nei limiti della compatibilità con le stesse, dell'unicità della disciplina del giudizio di cassazione, applicabile anche al processo tributario, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 62, comma 2 D.Lgs. n. 546 cit., e della collocazione topografica dell'art. 363-*bis* c.p.c., inserito proprio tra le disposizioni che disciplinano il giudizio di cassazione, nonché del tenore letterale della norma in esame, che nell'individuare l'organo legittimato a sol-

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

levare la questione pregiudiziale d'interpretazione fa riferimento al "giudice di merito", senza ulteriori specificazioni. Neppure può ritenersi ostativa all'applicazione dell'art. 363-*bis* c.p.c. la distinzione della giurisdizione tributaria da quella civile, avuto riguardo alla comune individuazione, quale organo di vertice dell'ordinamento processuale, della Corte di cassazione, cui è attribuita la funzione di giudice di legittimità, con il compito di assicurare l'esatta osservanza, l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo: finalità, queste, alla cui realizzazione contribuisce indubbiamente anche l'istituto del rinvio pregiudiziale, in quanto volto a sollecitare un responso anticipato della Corte in ordine ad una questione di diritto, sostanziale o processuale, non ancora risolta dalla giurisprudenza di legittimità ed avente carattere seriale, che presenti gravi difficoltà interpretative ed appaia rilevante ai fini della decisione della controversia sottoposta all'esame del giudice remittente.

In realtà, è proprio la funzione nomofilattico-deflattiva assegnata al rinvio pregiudiziale ad avvalorarne la riferibilità anche al giudizio tributario di merito, non potendosi disconoscere l'utilità di tale strumento proprio in una materia come quella tributaria, nell'ambito della quale si rivela particolarmente pressante l'esigenza di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto, anche al fine di contenere la proliferazione di un contenzioso notoriamente assai consistente sotto il profilo quantitativo e spesso connotato da caratteri di serialità, nonché di consentire una più rapida definizione delle controversie pendenti. Non a caso, la relazione di accompagnamento del citato D.D.L. n. 2636 del 2022, nell'illustrare il contenuto dell'art. 2, comma 2, lett. g), recante la previsione del rinvio pregiudiziale, individuava nella sua introduzione una novità di tipo processuale volta a "rendere più tempestivo l'intervento nomofilattico, con auspicabili benefici in termini di uniforme interpretazione della legge, quale strumento di diretta attuazione dell'art. 3 Cost., prevedibilità delle decisioni e deflazione del contenzioso" (*Omissis*). L'identità delle motivazioni sottese all'inserimento di tale disposizione nel D.D.L. n. 2636 rispetto a quelle che hanno determinato l'introduzione dell'art. 363-*bis* c.p.c. consente di escludere che l'intervenuta soppressione della prima, in sede di approvazione della L. n. 130 del 2022, possa produrre l'effetto di impedire l'applicazione del secondo anche nel processo tributario, rispetto alla quale, d'altronde, non può attribuirsi una portata ostativa neppure alla diversa formulazione delle due norme: è pur vero, infatti, che il testo dell'art. 363-*bis* c.p.c. non risulta interamente sovrapponibile a quello del D.D.L. n. 2636, art. 2, comma 2, lett. g), il quale richiedeva che la questione sollevata con il rinvio pregiudiziale fosse non solo idonea alla definizione anche parziale della controversia, caratterizzata da particolari difficoltà interpretative e suscettibile di presentarsi in numerose controversie, ma anche "nuova" o comunque "non trattata" dalla Corte di cassazione, e "di particolare rilevanza per l'oggetto o per la materia", nonché oggetto di pronunce contrastanti dei giudici tributari di merito; peraltro, indipendentemente dal significato che avrebbe potuto essere attribuito a tali ulteriori requisiti, l'esclusione della necessità degli stessi, per effetto della espunzione di tale disposizione dalla legge di riforma del processo tributario, non consente di ravvisare alcun profilo d'incompatibilità tra l'istituto in esame, così come disciplinato dal codice di rito civile, e la disciplina del processo tributario di merito.

3. Parimenti non decisive appaiono le obiezioni formulate da una parte della dottrina in ordine alla possibilità di sollevare, mediante il rinvio pregiudiziale, una questione di diritto incidente sulla giurisdizione del Giudice adito.

Benvero, la disciplina dettata dal codice di rito in materia di giurisdizione sembra delineare un sistema compiuto, nell'ambito del quale è affidato al Giudice di legittimità il compito di dirimere le relative questioni, operando come giudice anche del fatto, e procedendo quindi direttamente all'individuazione del giudice cui spetta la giurisdizione in ordine alla

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

controversia, sulla base del *petitum* sostanziale della domanda e delle norme che disciplinano la fattispecie (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 20/11/2007, n. 24009; 11/07/ 2006, n. 15661; 10/01/2003, n. 261). Tale sindacato può essere esercitato non solo successivamente, in sede di ricorso per cassazione avverso le decisioni adottate dai giudici di merito, ma anche in via preventiva, attraverso gli strumenti di cui all'art. 41 c.p.c. e alla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59, comma 3, senza tuttavia che sia prevista, almeno in prima battuta, un'iniziativa ufficiosa dal giudice adito, al quale è consentito soltanto di reagire alla rimessione della causa da parte di altro giudice ritenutosi carente di giurisdizione (*Omissis*).

Rispetto al predetto sistema, lo strumento introdotto dall'art. 363-*bis* c.p.c. presenta rilevanti differenze, essendo rimesso all'iniziativa del giudice, il quale può avvalersene non soltanto nel giudizio di primo grado, ma anche in appello, e quindi dopo che sia già intervenuta una decisione, e potendo essere utilizzato soltanto per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto. In sede di rinvio pregiudiziale, resta pertanto precluso il compimento d'indagini di fatto, anche nel caso in cui la questione sollevata rivesta carattere processuale, dovendo questa Corte limitarsi a prendere in esame il quesito di diritto formulato dal giudice di merito, rispetto al quale la situazione di fatto dallo stesso prospettata viene in considerazione esclusivamente ai fini della valutazione in ordine alla rilevanza della questione, che costituisce una delle condizioni di ammissibilità individuate dall'art. 363-*bis*, comma 1.

Tali differenze non possono ritenersi tuttavia sufficienti ad escludere la compatibilità del nuovo istituto con la disciplina dettata per la risoluzione delle questioni di giurisdizione, configurandosi lo stesso, piuttosto, come uno strumento complementare a quelli già previsti dal codice di rito, rispetto ai quali svolge una funzione diversa, orientata non solo e non tanto tanto alla definizione della singola controversia pendente dinanzi al giudice che dispone il rinvio, quanto all'enunciazione di un principio di diritto suscettibile di applicazione in un numero indefinito di giudizi, già pendenti o futuri, nei quali si ponga la medesima questione. La *ratio* dell'art. 41 c.p.c. consiste infatti nell'accelerare la definizione della controversia, consentendo di dissipare in *limine litis* i dubbi eventualmente insorti in ordine alla giurisdizione del giudice adito, attraverso la sollecitazione di una pronuncia immediata di questa Corte regolatrice sulla relativa questione, in modo tale da evitare che la decisione della stessa da parte del giudice di merito possa essere modificata in sede d'impugnazione, con la conseguente regressione del giudizio alla fase precedente. Tale finalità acceleratoria risulta estranea alla funzione dell'istituto previsto dall'art. 363-*bis* c.p.c., la quale consiste invece nel deflazionare il contenzioso inerente ad una determinata materia, favorendo la definizione dei giudizi pendenti e prevenendo l'instaurazione di giudizi futuri mediante la sollecitazione di una pronuncia nomofilattica di questa Corte, avente efficacia vincolante soltanto nell'ambito del giudizio in cui è adottata, ma idonea, per l'autorevolezza della fonte da cui promana e la sua capacità persuasiva, ad orientare le successive decisioni dei giudici di merito e le scelte degli operatori economici e giuridici in ordine alla convenienza dell'instaurazione di ulteriori giudizi. Non a caso, tra le condizioni di ammissibilità del rinvio la norma in esame richiede, oltre alla necessarietà della questione ai fini della definizione anche parziale del giudizio ed alla mancata risoluzione della stessa da parte della Corte di cassazione, l'esistenza di gravi difficoltà interpretative, che il giudice remittente è tenuto a dimostrare anche mediante la specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili, e l'idoneità della questione a porsi in numerosi giudizi, in tal modo escludendo la possibilità di rimettere al Giudice di legittimità la soluzione di questioni che non richiedano un particolare sforzo ermeneutico o rivestano una portata meramente episodica, in quanto strettamente collegate alla peculiarità della situazione di fatto sottoposta all'esame del giudice di merito.

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

In effetti, relativamente all'istituto in esame, la funzione acceleratoria riveste una portata meramente secondaria ed eventuale rispetto a quella nomofilattico-deflattiva, essendo l'utilità del rinvio apprezzabile non solo e non tanto in relazione al singolo giudizio nello ambito del quale viene disposto, la cui durata non risulta necessariamente abbreviata, quanto e soprattutto in relazione all'intero contenzioso nel quale si pone il quesito di diritto formulato dal giudice di merito, la cui definizione è destinata sicuramente ad essere agevolata dalla risoluzione immediata della questione interpretativa.

Non merita d'altronde consenso l'osservazione formulata da una parte della dottrina, secondo cui l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale ai fini della risoluzione di una questione di giurisdizione troverebbe ostacolo nella natura stessa di tali questioni, nell'ambito delle quali i profili di diritto risultano inscindibilmente connessi a quelli di fatto, giacché l'individuazione del giudice cui spetta la giurisdizione in ordine alla controversia presuppone necessariamente la valutazione della vicenda da cui trae origine la posizione giuridica fatta valere con la domanda giudiziale, che costituisce quindi un aspetto essenziale dell'apprezzamento demandato al Giudice di legittimità (ed ancor prima, al giudice di merito). Per un verso, infatti, tale inscindibilità contraddistingue, in linea di principio, tutte le questioni di carattere processuale, per la cui risoluzione, com'è noto, questa Corte è chiamata ad operare come giudice anche del fatto, provvedendo al riscontro del vizio lamentato attraverso l'esame diretto degli atti di causa, indipendentemente dalla correttezza giuridica e dalla coerenza e logicità della motivazione adottata dal giudice di merito (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. lav., 5/08/2019, n. 20924; 21/04/2016, n. 8069; Cass., Sez. II, 13/08/2018, n. 20716): sicché, ove si condividesse la predetta opinione, l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale dovrebbe essere esclusa per tutte le questioni interpretative riguardanti norme processuali, e ciò in contrasto con la lettera dell'art. 363-*bis* c.p.c., la quale individua l'oggetto del rinvio in una "questione esclusivamente di diritto", senza distinguere tra norme sostanziali e norme processuali. Per altro verso, anche in riferimento a tali questioni, è ben possibile distinguere concettualmente tra l'interpretazione della norma giuridica astrattamente destinata a regolare la fattispecie, che può essere demandata al Giudice di legittimità attraverso il rinvio pregiudiziale, e la ricostruzione della concreta vicenda processuale, che resta affidata al giudice di merito, sia in via preventiva, ai fini della motivazione in ordine alla rilevanza della questione, che in via successiva, ai fini dell'applicazione del principio di diritto enunciato da questa Corte: sebbene, infatti, ai sensi dell'art. 363-*bis*, u.c. tale principio rivesta carattere vincolante nel giudizio a quo, dev'essere riconosciuta al giudice di merito la facoltà di escluderne l'applicazione, non solo alla luce di modificazioni normative eventualmente sopravvenute alla sua enunciazione, ma anche alla luce degli elementi risultanti da un'istruttoria più approfondita, ove dagli stessi emerga una situazione di fatto difforme da quella tenuta presente nella formulazione del quesito.

Tali precisazioni devono ritenersi riferibili anche alle questioni di giurisdizione, in ordine alle quali occorre distinguere tra i profili fattuali rimessi in via esclusiva al giudice di merito, consistenti nell'individuazione della vicenda sostanziale sottoposta al suo esame e delle domande e delle eccezioni proposte dalle parti, e quelli giuridici demandati al Giudice di legittimità, consistenti non già nell'individuazione del giudice cui spetta la giurisdizione in ordine alla controversia, ma nell'interpretazione delle norme sostanziali e processuali dalle quali dipende il riparto di giurisdizione: in quest'ottica, non possono ritenersi interamente condivisibili le modalità di formulazione del quesito di diritto proposto dalla CGT remittente e le stesse conclusioni formulate dal Procuratore generale, con cui viene chiesto a questa Corte di stabilire direttamente se spetti al Giudice tributario la giurisdizione in ordine alla controversia riguardante il diniego del contributo a fondo perduto previsto dal D.L.

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

n. 34 del 2020, art. 25 dovendo l'oggetto della questione essere individuato, piuttosto, nell'interpretazione delle disposizioni che disciplinano i requisiti per la fruizione di tale beneficio e ne determinano le modalità di erogazione e recupero, ai fini dell'individuazione della sua natura, che costituisce il criterio fondamentale di collegamento tra la controversia e la giurisdizione tributaria. (*Omissis*).

Ammissibili i rinvii pregiudiziali alla Corte di cassazione proposti dai giudici tributari e su questioni di giurisdizione

1. – La sentenza annotata costituisce l'esito di una delle prime applicazioni del rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. La Corte di Giustizia Tributaria di Agrigento, con ordinanza del 28 marzo 2023, rimetteva alla Cassazione il quesito attinente all'individuazione della giurisdizione competente in relazione a cause in cui l'Agenzia delle Entrate abbia negato a potenziali beneficiari il contributo a fondo perduto di cui all'art. 25, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77) (1).

Tuttavia, il giudice *a quo* riteneva che la Corte di cassazione avrebbe dovuto preliminarmente risolvere due ulteriori questioni, attinenti all'operatività del neo-introdotto art. 363-*bis* c.p.c.

La prima riguarda la legittimazione a disporre il rinvio pregiudiziale. Alla luce del riconoscimento della facoltà al (semplice) "giudice di merito", ci si è interrogati se questa potesse ritenersi accordata non solo al giudice ordinario, bensì anche ad altri giudici e, segnatamente, al giudice tributario.

La seconda questione concerne, invece, la possibile coesistenza del rinvio pregiudiziale avente ad oggetto una questione di giurisdizione con il regolamento preventivo di giurisdizione *ex* art. 41 c.p.c. Il quesito sorge per la apparente sovrapponibilità degli istituti, che ne farebbe presumere la alternatività con conseguente inutile aggravio del carico lavorativo della Corte.

Ritenute "*prima facie*" ammissibili dalla Prima Presidente (2), le questioni sono state sottoposte all'attenzione delle Sezioni Unite, che si sono

(1) Per i commenti relativi alla questione principale, si rinvia a F. Pistolesi, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione in materia tributaria*, in *www.giustiziainsieme.it* 2023, § 3; G. Glendi, *Le Sezioni Unite non risolvono ex art. 363-bis c.p.c. la questione della natura del contributo "ristoro COVID"*, in *GT – Riv. giur. Trib.* 2024, 380 ss.; D. Cané, *Contributo a fondo perduto e giurisdizione tributaria*, in *Dir. prat. tribut.* 2024, 261 ss.

(2) Concorda con la valutazione di ammissibilità, A. Briguglio, *Esperienze applicative*

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

pronunciate in entrambi i casi con esito favorevole. La sentenza ha, infatti, ritenuto ammissibili il rinvio pregiudiziale che venga proposto dal giudice tributario, nonché quello avente ad oggetto questioni di riparto di giurisdizione.

2. – La Corte di Giustizia Tributaria ha portato dinanzi alla Cassazione uno dei dubbi che ha assillato la dottrina sin dalla proposta formulata dalla Commissione Luiso (3). La generica locuzione utilizzata dall'art. 363-*bis* c.p.c. ha condotto gli interpreti a chiedersi quali fossero i "giudici di merito" legittimati alla rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di cassazione (4).

Il dibattito (per molti versi ancora attuale) non riguarda solo il processo ordinario – in relazione al quale ci si domanda rispetto a quali gradi, fasi processuali, riti e giudizi possa ritenersi applicabile il nuovo istituto – ma altresì la sua possibile estensione ai giudici speciali.

La dottrina è tendenzialmente uniforme nell'escludere l'applicabilità del rinvio pregiudiziale ai giudici amministrativi e contabili. La ragione concerne il fatto che alcuna funzione nomofilattica (5) è svolta nei loro

---

del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. – Prima Puntata, in *www.judicium.it* 2023, § 2, il quale elogia il «buon senso concreto e l'equilibrio della Prima Presidente». *Contra*, D. Corraro, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione ex art. 363-bis c.p.c. e la sua possibile estensione al processo tributario*, in *Riv. dir. tribut.* 2024, 76 ss., spec. 77; R. Tiscini, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione dell'art. 363-bis c.p.c.*, in *Giust. civ.* 2023, 355, secondo la quale sarebbe stata competenza della Prima Presidente pronunciarsi sulla questione preliminare – sollevando la Corte di cassazione da tale onere – attraverso un provvedimento di ammissibilità (o inammissibilità), quale suo preciso compito.

(3) La Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti allo stesso alternativi (la c.d. Commissione Luiso) – istituita affinché proponesse «interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, al fine di ridurre i tempi dei processi e ottenere una miglior efficienza dell'amministrazione della giustizia» – ha elaborato un progetto di riforma, presentato il 24 maggio 2021 (Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. Francesco Paolo Luiso), *Proposte normative e note illustrative*, 2021).

(4) Si è interrogato al riguardo – a fronte della proposta di riforma formulata dalla Commissione Luiso – G. Scarselli, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in *www.giustiziainsieme.it* 2021, § 4. Dopo la l. 26 novembre 2021, n. 206, cfr. F. De Stefano, *La Riforma prossima ventura del giudizio di legittimità – note a lettura immediata sulla legge 206/21*, in *www.giustiziainsieme.it* 2021. Il dubbio permane a séguito della promulgazione del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Cfr. F. De Stefano, *Riforma processo civile: il nuovo rinvio pregiudiziale interpretativo*, in *IUS* 2023; A. Fabbi, *Il rinvio pregiudiziale "alla Corte"*, in *www.judicium.it* 2023, § 2; M.A. Comastri, *La pregiudiziale interpretativa innanzi alla Corte di cassazione*, in C. Cecchella (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna 2023, 147 ss.

(5) F.P. Luiso, *Commento all'art. 363-bis c.p.c.*, in Id., *Il nuovo processo civile, Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano 2023, 194. Nello

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

confronti da parte della Cassazione, dinanzi alla quale le relative pronunce risultano ricorribili solo per motivi attinenti alla giurisdizione (6).

La questione si rivela più complessa con riguardo al processo tributario. Le perplessità sorgono a fronte del tentativo (fallito) di introduzione del rinvio pregiudiziale ad opera della l. 31 agosto 2022, n. 130 che ha riformato il processo tributario. Invero, la Commissione Della Cananea e il d.d.l. 1° giugno 2022, n. 2636 (7) contemplavano uno strumento *ad hoc* per il giudizio tributario. Secondo un meccanismo non del tutto coincidente (8) con quello previsto dal codice di rito civile, la commissione tributaria provinciale o regionale avrebbe potuto rimettere alla Corte di cassazione "una questione di diritto idonea alla definizione anche parziale della controversia", al ricorrere di almeno una delle condizioni ivi enumerate.

La soppressione della previsione dal testo di legge ad opera del Senato ha alimentato la rottura in dottrina (9) relativa all'àmbito applicativo del

---

stesso senso, Prima Presidente M. Cassano, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023*, in *www.cortedicassazione.it*, 31.

(6) Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, *Relazione su novità normativa n. 110*, 1° dicembre 2022, in *www.cortedicassazione.it*, 108; F. Santagada, *Commento all'art. 363-bis*, in R. Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa 2023, 536; R. D'Angiolella, *Riflessi sulla riforma del processo tributario in Cassazione. La nuova Sezione Tributaria della Cassazione, la pace fiscale ed il rinvio pregiudiziale*, in *www.giustiziainsieme.it* 2022, § 3; M.A. Comastri, *La pregiudiziale interpretativa*, cit., 147, per il quale, ove la definizione del giudizio dipenda da questione attinente alla giurisdizione, «lo strumento per adire direttamente la Corte di cassazione esiste ed è il regolamento di giurisdizione, che trova applicazione anche nel processo amministrativo (...) e contabile (...)». R. Tiscini, *Il rinvio*, cit., 352, individua, invece, quale spartiacque tra le contrapposte posizioni dottrinali il considerare l'àmbito applicativo del rinvio pregiudiziale alla Cassazione come coincidente o meno con «lo spazio riservato al controllo di legittimità».

(7) L'art. 2, comma 2°, lett. g), d.d.l. 1° giugno 2022, n. 2636 prevedeva l'introduzione del rinvio pregiudiziale alla Cassazione nel d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 all'art. 62-*ter*.

(8) Le differenze concernevano l'àmbito applicativo, più ampio nel giudizio tributario per l'alternatività tra i presupposti (pressoché uguali a quelli del rito civile, in cui però devono sussistere congiuntamente) imposti dalla norma, il procedimento di attivazione, con particolare riguardo alla formulazione del quesito, nonché il momento di confronto scritto con le parti, anticipato nel giudizio tributario. Per un esame più dettagliato delle discrepanze, cfr. C. Glendi, *Rinvio pregiudiziale in Cassazione secondo la progettata riforma della giustizia tributaria*, in *GT – Riv. giur. Trib.* 2022, 568; D. Corraro, *Il rinvio*, cit., 72, spec. nt. 10.

(9) Nel senso dell'operatività del rinvio pregiudiziale nell'àmbito del giudizio tributario, *ex plurimis*, cfr. Corte Suprema di cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, *Relazione su novità normativa n. 110*, 1° dicembre 2022, cit., 107 ss.; F. Santagada, *Commento all'art. 363 bis*, cit., 536; V. Capasso, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il "vincolo" di troppo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, 594; A. Briguglio, *Esperienze applicative*, cit., § 4; D. Corraro, *Il rinvio*, cit., 73; L. Tria, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione*, in *Lav. dir. Eur.* 2023, 9; E. D'Alessandro, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione*, in *Il Processo* 2023, 55; A.M. Comastri, *La pregiudiziale interpretativa*, cit., 147; F.P. Luiso, *Commento all'art. 363-*

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

rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. e in particolare alla sua utilizzabilità nel contesto del processo tributario.

Secondo alcuni, lo stralcio della disposizione dalla riforma deve essere interpretato come la volontà del legislatore di escludere la fattispecie dal giudizio tributario (10). Tale affermazione si giustificherebbe in forza della asserita incompatibilità (11) del rinvio pregiudiziale alla Cassazione con il rito tributario, del suo presunto contrasto con princìpi costituzionali (12), nonché dell'invasivo controllo verticistico (13) che in questo modo verreb-

---

bis c.p.c., cit., 194; C. Romano, D. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione nel processo tributario*, in *Corr. trib.* 2023. Così anche l'allora Primo Presidente Pietro Curzio, *Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2022*, in *www.cortedicassazione.it*, 283. *Contra*, cfr. A. Mondini, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, in *www.judicium.it* 2022; C. Glendi, *Rinvio pregiudiziale nel processo tributario? Antinomie ai vertici, da risolvere presto e bene*, in *Dir. prat. tribut.* 2023, 602; F. Tundo, *Giustizia tributaria: una riforma perfettibile, ma con interventi non negoziabili*, in *Riv. tel. dir. trib.* 2022, 9; G. Glendi, *Dal principio di diritto nell'interesse della legge al rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione nell'ambito della giustizia tributaria riformata: il rischio di cortocircuito tra "astratti principi di diritto" e "concrete fattispecie impositive"*, in *Dir. prat. tribut.* 2023, 91 ss.

(10) C. Glendi, *Rinvio pregiudiziale nel processo tributario?*, cit., 602 aveva definito l'eliminazione del rinvio pregiudiziale dalla riforma tributaria un «felice "aborto"».

(11) C. Glendi, *Rinvio pregiudiziale nel processo tributario?*, cit., 604 ss. rimprovera all'Ufficio del massimario – che con la Relazione del 1° dicembre 2022, n. 110 ha sostenuto l'applicabilità dell'art. 363-*bis* c.p.c. da parte dei giudici tributari – uno stato «di "smarrimento" o "confusa incertezza"» affermando essere chiara la incompatibilità dell'istituto previsto in àmbito civile con il giudizio tributario, la cui struttura dovrebbe essere necessariamente modificata per poter accogliere un tale istituto. Il rito tributario si caratterizza, infatti, per il divieto di frazionamento del giudizio e per la non riproponibilità della domanda a séguito di estinzione. In relazione al primo, C. Glendi, *Rinvio pregiudiziale nel processo tributario?*, cit., 604 evidenzia che nel rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. la questione di diritto viene estrapolata dall'oggetto del giudizio, con suo trasferimento dinanzi al giudice di legittimità e sospensione automatica del giudizio di merito, il quale può però proseguire nelle «attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale». Tuttavia, evidenzia come «alcun frazionamento di domande e/o parcellizzazione di questioni» è ammesso nel processo tributario a norma dell'art. 35, d.lgs. n. 546/1992. Con riguardo al secondo aspetto, cfr. C. Glendi, *Rinvio pregiudiziale in Cassazione*, cit., 567, il quale evidenzia come l'estinzione determina «l'inoppugnabilità dell'atto impugnato» se si verifica in primo grado, o «il passaggio in giudicato della sentenza di 1° grado» laddove intervenga in secondo grado.

(12) L'operare del rinvio pregiudiziale causerebbe il presunto contrasto con l'art. 101, comma 2°, Cost., assoggettando il giudice di merito al dettame della Cassazione, con "*menomazione*" della sua autonomia. Contrasterebbe, altresì, con il principio del giudice naturale *ex* art. 25, comma 2°, Cost., in quanto la risoluzione della questione di diritto viene rimessa ad un giudice diverso rispetto a quello designato come competente dalla legge. L'istituto rischierebbe poi di violare il principio della ragionevole durata del processo *ex* art. 111, comma 2°, Cost. (e art. 6 CEDU), nonché di intasare ulteriormente il ruolo della Cassazione, scontrandosi perciò con gli obiettivi perseguiti con la sua introduzione. Cfr. F. Tundo, *Giustizia tributaria*, cit., 9-10; C. Glendi, *Rinvio pregiudiziale in Cassazione*, cit., 568.

(13) Ciò costringerebbe «i giudici di merito ad un ruolo potenzialmente "ancillare"

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

be esercitato dalla Corte sui (nuovi) (14) magistrati tributari. Per tali ragioni, lo strumento non potrebbe trovare ingresso nei contenziosi fiscali nemmeno mediante l'applicazione dell'istituto previsto per il giudizio civile, non essendo stata peraltro prevista alcuna delega in tal senso dalla l.d. 26 novembre 2021, n. 206. Si era pronunciato in questo senso anche l'Ufficio del massimario e del ruolo, che, con la Relazione del 21 ottobre 2021, n. 98, avrebbe assunto come scontata l'inapplicabilità dell'art. 363-*bis* c.p.c. ai giudici tributari (15).

Al contrario, vi è chi ne ha sostenuto sin dall'inizio l'opportunità di applicazione da parte dei magistrati tributari per motivazioni condivise dalla Corte di cassazione, che ha dato responso positivo al quesito.

È, dunque, in tale dibattito che incide la sentenza delle Sezioni Unite che si annota.

Secondo la Corte, l'operatività del rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. è assicurata dal generale richiamo operato dall'art. 1, comma 2°, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (16), per il quale trovano applicazione nel processo tributario le norme dettate dal codice di rito civile in quanto compatibili.

---

rispetto al ruolo egemonicamente apicale della Corte di cassazione» (C. Glendi, *Rinvio pregiudiziale in Cassazione*, cit., 568 ss.). Inoltre, i giudici tributari di merito verrebbero vincolati da un principio di diritto proveniente da un collegio composto da magistrati ordinari, non aventi specifica competenza in materia. G. Glendi, *Dal principio di diritto*, cit., 91 ss., denuncia in questi termini il «rischio di cortocircuito tra "astratti principi di diritto", modellati da un *modus operandi* di diritto civile, e "concrete fattispecie impositive" di natura tributaria». A tale controllo si sommerebbe altresì la dipendenza dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF). Cfr. F. Tundo, *Giustizia tributaria*, cit., 10; C. Glendi, *Riforma della giustizia tributaria: perché è a rischio di incostituzionalità*, in *Dir. prat. tribut.* 2022, 1358.

(14) Il riferimento è alla professionalizzazione dei magistrati tributari e alla modificazione delle norme relative al loro reclutamento, alla nomina per le funzioni direttive nonché per le progressioni in carriera, introdotte con la l. 31 agosto 2022, n. 130.

(15) Tale posizione si giustificava in forza della previsione da parte della Commissione Della Cananea dell'introduzione (all'art. 62-*ter*, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546) di una specifica disciplina del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per il giudizio tributario. Tant'è che l'Ufficio del massimario e del ruolo cambia opinione proprio a fronte della soppressione della disposizione dalla riforma tributaria, affermando, con la Relazione del 6 ottobre 2022, n. 96, che tra i giudici di merito potessero essere annoverati i giudici tributari.

(16) Sosteneva già l'inopportunità di prevedere e disciplinare due istituti sostanzialmente analoghi in relazione ai giudizi civile e tributario, L. Salvato, *Verso la riforma del processo tributario: il "rinvio pregiudiziale" ed il ricorso del PG nell'interesse della legge*, in *www.giustiziainsieme.it* 2021, § 3. In senso conforme, *ex plurimis*, cfr. R. D'Angiolella, *Il rinvio pregiudiziale: nodi problematici in sede di prima applicazione*, in *www.giustiziainsieme.it* 2023, § 2; F. Pistolesi, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale*, cit., § 2; A. Fabbi, *Il rinvio*, cit., § 2.

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

La norma, secondo il dato letterale, riconosce al "giudice di merito" la facoltà di servirsi del rinvio pregiudiziale alla Cassazione, con una "previsione assai ampia, priva di limitazioni" (17). In assenza di specificazioni, non può, dunque, esserne circoscritta l'applicazione ai soli giudici ordinari.

Fa propendere in tal senso altresì la unitarietà del rito dinanzi alla Cassazione – quale organo di vertice comune alle due giurisdizioni – tra le cui norme si colloca topograficamente quella disciplinante l'istituto in questione. Escluderne l'operatività nel giudizio tributario significherebbe legittimare "una disparità di regime assolutamente irragionevole" (18).

Inoltre, la Corte sottolinea come le motivazioni che hanno condotto alla previsione dell'istituto nel contesto processual-civilistico siano le medesime che si ponevano a fondamento del d.d.l. 1° giugno 2022, n. 2636 ("disposizioni in materia di giustizia e di processo tributari") (19). In entrambi i casi, il legislatore intendeva assicurare un tempestivo intervento nomofilattico a garanzia di tempi processuali più brevi e della certezza del diritto. Il giudizio tributario risente, invero, di un consistente arretrato nella decisione delle pendenze fiscali, soprattutto dinanzi alla Cassazione (20), spesso causato dalla "normativa alluvionale" (21) e dalla "spiccata serialità delle cause" (22). È, dunque, in un tale contesto che l'interpreta-

---

(17) F. De Stefano, *Riforma processo civile: il nuovo rinvio pregiudiziale*, cit.

(18) F. Pistolesi, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale*, cit., § 2.

(19) Con riguardo al processo tributario, la Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria (c.d. Commissione Della Cananea), con la Relazione finale del 30 giugno 2021, evidenziava che «l'incertezza nell'interpretazione della legge (...) costituisce un ulteriore motivo di incremento del contenzioso e soprattutto dei ricorsi in Cassazione» e che «il ritardo nella definizione dei ricorsi si riverbera anche sul giudizio di merito, in quanto, il definitivo affermarsi di una determinata interpretazione di una norma avviene quando oramai un determinato contenzioso si è prodotto con centinaia, se non migliaia di cause che potevano non nascere o essere celermente decise». Nello stesso senso, il d.d.l. 1° giugno 2022, n. 2636 e da prima il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Pnrr).

In relazione al giudizio civile, Commissione Luiso, *Proposte normative e note illustrative*, 2021, affermava che l'istituto sarebbe servito a «permettere che la Cassazione affermi celermente, prevenendo un probabile contenzioso su una normativa nuova o sulla quale non si è ancora pronunziata la giurisprudenza di legittimità, una regola ermeneutica chiara, capace di fornire indirizzi per il futuro ai tribunali di merito».

(20) Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza riporta come, al termine del 2020, risultassero pendenti dinanzi alla Sezione specializzata della Cassazione «più di 50.000 ricorsi».

(21) P. Coppola, *Il rinvio pregiudiziale dipende dalla riforma del processo civile*, in *Dir. prat. tribut*. 2023, 173. A. Vozza, *Rilevanza nella giurisdizione tributaria della riforma del giudizio di cassazione*, in *il fisco* 2023, 844 sottolinea come la «continua produzione di nuove norme» determini la «facilità di individuare questioni di diritto ancora non risolte dalla Corte di cassazione».

(22) F. Pistolesi, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale*, cit., § 4, per il quale, proprio a

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

zione preventiva della Corte potrebbe dirimere contrasti altrimenti destinati a risolversi troppo tardi. Chiarendo in anticipo il significato di disposizioni di frequente applicazione, consentirebbe di evitare l'ingente proliferare di contenziosi.

Altresì, le Sezioni Unite non ravvisano alcuna incompatibilità tra il rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. e il rito tributario (23), affermando non essere ostativa neppure la "diversa formulazione delle due norme" (24) (quella prevista dal d.d.l. 1° giugno 2022, n. 2636 e dall'art. 363-*bis* c.p.c.).

Alla luce di tali argomenti, si può sostenere che lo stralcio del rinvio pregiudiziale alla Cassazione dal testo della riforma è stato un atto di razionalizzazione della normativa, che ha evitato una insensata duplicazione. Invero, la introduzione dell'istituto in relazione sia al giudizio civile sia a quello tributario – con discipline sostanzialmente analoghe – la avrebbe resa in relazione a quest'ultimo "del tutto inutile e distonica, ben potendo i giudici tributari avvalersi della disposizione processualcivilistica" (25).

3. – L'ulteriore quesito preliminare sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite concerne la proponibilità del rinvio pregiudiziale in relazione a questioni inerenti a profili di giurisdizione. La pregressa esistenza di plurimi strumenti atti alla risoluzione di tali questioni (26) e la sussistenza di

---

fronte di tale caratteristica del giudizio tributario, «Se la Cassazione risolvesse anche poche questioni giuridiche controverse in materia tributaria, l'innovazione avrebbe comunque conseguito un effetto decisamente positivo, concorrendo a rafforzare la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici in una materia di così significativa rilevanza economica e sociale qual è quella tributaria, evitando i relativi contenziosi e consentendo risparmi di denari e risorse sia per gli Enti impositori che per i privati». In senso conforme, cfr. A. Fabbi, *Il rinvio*, cit., § 2; A. Vozza, *Rilevanza nella giurisdizione tributaria*, cit., 844.

(23) Con riguardo al divieto di frazionamento, è vero che nel giudizio tributario non sono ammesse sentenze parziali, ma la questione potrebbe riguardare anche solo una delle molteplici domande proposte. Cfr. F. Pistolesi, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale*, cit., § 2; A. Fabbi, *Il rinvio*, cit., § 2. In relazione alla non riproponibilità della domanda a fronte dell'estinzione del giudizio, A. Fabbi, *Il rinvio*, cit., § 2 evidenzia che «se non maturata la decadenza, si riconosce, per giurisprudenza consolidata, la riproponibilità della domanda».

(24) Cass., sez. un., 13 dicembre 2023, n. 34851. D. Corraro, *Il rinvio*, cit., 72 descrive le discrepanze tra i presupposti imposti dai due testi come «differenze di carattere semantico».

(25) Cfr. F. Pistolesi, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale*, cit., § 2; A. Fabbi, *Il rinvio*, cit., § 2. Ritiene che lo stralcio della disposizione sia conseguenza propria della introduzione del rinvio pregiudiziale alla Corte nel codice di rito civile, Corte Suprema di cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, *Relazione su novità normativa n. 110*, 1° dicembre 2022, cit., 108.

(26) Il riferimento è al regolamento di giurisdizione *ex* art. 41 c.p.c., al rilievo officioso del giudice *ex* art. 37 c.p.c. e al suo potere di dichiarare il difetto di giurisdizione, nonché al

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

discrepanze tra la disciplina di questi e del rinvio pregiudiziale farebbero dubitare circa l'opportunità della loro coesistenza (27).

Si ritiene, *in primis*, ostativa all'ammissibilità del rinvio pregiudiziale in tale àmbito, la circostanza che, quando si pronuncia sulla giurisdizione, la Cassazione è anche "giudice del fatto" (28). È, infatti, oggi pacifico che il criterio di riparto giurisdizionale sia quello del c.d. *petitum* sostanziale (29). Al fine della immediata identificazione del giudice avente giurisdizione sulla causa, la Cassazione vaglia l'oggetto della domanda e la natura della controversia, attraverso l'esame degli atti e delle risultanze processuali.

Un tale vaglio esula, però, dai poteri riconosciuti alla Suprema corte dall'art. 363-*bis* c.p.c., in forza del quale il fatto viene esaminato al solo scopo di accertare la rilevanza della questione per la decisione della causa pendente dinanzi al giudice *a quo*. Da qui, l'asserita impossibilità che dubbi attinenti alla designazione del plesso giurisdizionale competente per una determinata controversia possa essere fatto oggetto di rinvio pregiudiziale. La questione di giurisdizione si caratterizzerebbe, invero, per «un groviglio inestricabile di fatto e diritto che non si può ragionevolmente pensare di filtrare l'uno (il "fatto") separandolo dall'altro (il "diritto")» (30), in quanto in caso contrario la soluzione risulterebbe puramente astratta.

Tuttavia, ciò di cui non si tiene conto è che con il rinvio pregiudiziale, la Cassazione non risolve propriamente la questione, in quanto non indi-

---

regolamento di giurisdizione d'ufficio a norma dell'art. 59, comma 3°, l. 18 giugno 2009, n. 69.

(27) Elenca in modo chiaro e sintetico gli elementi ostativi all'ammissibilità del rinvio pregiudiziale su questioni attinenti al riparto di giurisdizione la ordinanza della Prima Presidente di ammissibilità del rinvio pregiudiziale, pubblicata l'8 aprile 2023.

(28) C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, 29ª ed., Torino 2024, I, 185; C. Consolo, in *Codice di procedura civile, commentario*, 6ª ed., a cura di C. Consolo, Milano 2018, II, *sub* art. 386, 1785 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., sez. un., 9 gennaio 2020, n. 156; Cass., sez. un., 10 settembre 2019, n. 22575; Cass., sez. un., 5 novembre 2019, n. 28332.

(29) Cfr. F. Cipriani, voce *Regolamento di giurisdizione, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.* 2010, 8; G. Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino 2009, 140 ss.; G. Flore, voce *Giurisdizione (regolamento di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 324 ss.

(30) D. Corraro, *Il rinvio*, cit., 82. V. anche E. D'Alessandro, *Il rinvio*, cit., 59, secondo cui la questione sulla giurisdizione non potrebbe essere oggetto di rinvio pregiudiziale, non avendo in tale contesto la Cassazione «poteri di accertamento del fatto». *Contra*, A. Briguglio, *Esperienze applicative*, cit., § 5.4, sostiene che la Cassazione sarebbe anche in tal caso «giudice del fatto», di cui viene a conoscenza dalla lettura della «ordinanza di rinvio e dagli atti eventualmente allegati», al fine di pronunciarsi sulla rilevanza. Con posizione intermedia, F. Pistolesi, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale*, cit. §3, ritiene che il rinvio sarebbe possibile solo ove «i profili fattuali non sono controversi o sono già stati accertati».

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

vidua il giudice avente giurisdizione nel caso concreto. Lo confermano le Sezioni Unite che chiariscono come tale esito si raggiunga attraverso due distinti passaggi. Alla Corte è rimessa «l'interpretazione della norma giuridica astrattamente destinata a regolare la fattispecie», la cui applicazione al caso concreto viene riservata al giudice di merito. Quest'ultimo, pur risultandone vincolato, può, peraltro, decidere di disapplicare il principio di diritto «non solo alla luce di modificazioni normative eventualmente sopravvenute alla sua enunciazione, ma anche alla luce degli elementi risultanti da un'istruttoria più approfondita, ove dagli stessi emerga una situazione di fatto difforme da quella tenuta presente nella formulazione del quesito» (31), che lo renda inapplicabile.

Del fatto, perciò, si occupa il giudice di merito: in via preventiva, quando nella ordinanza di rinvio ne opera la ricostruzione al fine di dimostrare la rilevanza della questione per il giudizio pendente; successivamente, quando applica (o non applica) il principio di diritto enunciato dalla Cassazione.

Una tale ripartizione di ruoli consente anche alle questioni di carattere processuale di essere oggetto di rinvio pregiudiziale, nonostante il loro collegamento inscindibile con la fattispecie oggetto del giudizio (32).

Al giudice di legittimità non va, invero, demandato il compito di individuare – nel caso che qui ci occupa – il plesso giurisdizionale competente (per il quale è generalmente richiesto l'esame del merito). La Corte chiarisce che dovrà, bensì, essere indagata la natura della fattispecie sottesa alla norma, attraverso la sua interpretazione. Sarà in applicazione di tale criterio che il giudice *a quo* identificherà il giudice avente giurisdizione in materia.

4. – A ciò si aggiunga che, come rammentato nell'ordinanza della Prima Presidente, le Sezioni Unite sarebbero già "organo regolatore della giurisdizione" a norma dell'art. 360, n. 1, c.p.c. Esisterebbero poi sufficienti istituti idonei alla definizione – anticipata o accelerata – sulla giurisdizione (33). Tra questi riscontriamo il regolamento preventivo di giurisdizione *ex* art. 41 c.p.c., il rilievo officioso del giudice *ex* art. 37 c.p.c. e il

---

(31) Cass., sez. un., 13 dicembre 2023, n. 34851. Così anche, R. D'Angiolella, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., § 2.2.

(32) Le Sezioni Unite sottolineano che la norma fa generico riferimento ad una «questione esclusivamente di diritto», a prescindere dal fatto che essa riguardi una norma sostanziale o processuale.

(33) D. Corraro, *Il rinvio*, cit., 78; G. Glendi, *Le Sezioni Unite*, cit., 389. *Contra*, F. Pistolesi, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale*, cit., § 3, afferma che l'esistenza di altri

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

suo potere di dichiarare il difetto di giurisdizione, oltre al regolamento di giurisdizione d'ufficio a norma dell'art. 59, comma 3°, l. 18 giugno 2009, n. 69. La disciplina relativa alla giurisdizione, previgente al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 poteva, dunque, dirsi già delineare un "sistema compiuto" (34), rispetto al quale il rinvio pregiudiziale costituirebbe elemento ultroneo e distorsivo.

Inoltre, la rimessione della questione *ex* art. 363-*bis* c.p.c. dinanzi alla Cassazione determina la necessaria sospensione del giudizio *a quo*, perciò distinguendosi dal regolamento preventivo di giurisdizione, rispetto al quale la sospensione è meramente facoltativa. Questo frustrerebbe le aspettative acceleratorie riposte nel rinvio, risultando il regolamento di giurisdizione più celere nella definizione della questione di giurisdizione (35).

Tali affermazioni non sono tuttavia ritenute decisive dalle Sezioni Unite. La Corte, al fine di dimostrare la complementarità del rinvio pregiudiziale ai menzionati istituti (e così la sua ammissibilità), evidenzia gli elementi che lo distinguono da essi e, segnatamente, dal regolamento di giurisdizione.

È diversa, infatti, la titolarità del potere d'impulso. Se il regolamento *ex* art. 41 c.p.c. può essere promosso solamente dalle parti, il rinvio pregiudiziale è strumento rimesso alla volontà del giudice di merito.

Sono, inoltre, distinti i presupposti, al cui ricorrere gli istituti possono operare. L'art. 363-*bis* c.p.c. impone – al fine della rimessione alla Cassazione della questione, anche di giurisdizione – requisiti stringenti (36). Non coglie, perciò, nel segno la critica secondo cui da eccezionale, l'istituto di cui all'art. 363-*bis* c.p.c. diverrebbe di applicazione ricorrente, in considerazione del fatto che le questioni di giurisdizione avrebbero «*ipso iure* il carattere della grave difficoltà interpretativa» (37). Quest'ultima non è l'unica condizione la cui sussistenza è richiesta perché i dubbi interpretativi si considerino sottoponibili all'attenzione della Suprema corte mediante rin-

---

strumenti non può «indurre a negare il riscorso al rinvio pregiudiziale per chiarire la questione di giurisdizione»; A. Briguglio, *Esperienze applicative*, cit., § 5.4.

(34) Cass., sez. un., 13 dicembre 2023, n. 34851.

(35) D. Corraro, *Il rinvio*, cit., 84. *Contra*, A. Briguglio, *Esperienze applicative*, cit., § 5.1; F. Pistolesi, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale*, cit., § 3.

(36) La norma, invero, richiede che la questione – ancorché attinente al riparto di giurisdizione – sia esclusivamente di diritto, necessaria alla definizione (anche parziale) del giudizio, presenti gravi difficoltà interpretative e non sia ancora stata risolta dalla Corte di cassazione, nonché sia suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

(37) D. Corraro, *Il rinvio*, cit., 84.

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

vio pregiudiziale. La Corte, infatti, afferma che non sarà possibile rimettere «la soluzione di questioni che non richiedano particolare sforzo ermeneutico o rivestano una portata meramente episodica».

Le Sezioni Unite evidenziano, infine, la differente *ratio* alla base delle due fattispecie: acceleratoria per il regolamento preventivo di giurisdizione, nomofilattico-deflattiva (oltre che eventualmente acceleratoria) per il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione. È, perciò, più ampia la funzione rivestita dall'art. 363-*bis*, volta a «deflazionare il contenzioso inerente ad una determinata materia, favorendo la definizione dei giudizi pendenti e prevedendo l'instaurazione dei giudizi futuri» (38), attraverso l'attività chiarificatrice della Cassazione. La sua utilità – contrariamente agli altri istituti – non si esaurisce nel singolo giudizio. L'interpretazione sulla questione esclusivamente di diritto è destinata a «orientare le successive decisioni dei giudici di merito e le scelte degli operatori economici e giuridici in ordine alla convenienza dell'instaurazione di ulteriori giudizi» (39).

Le Sezioni Unite definiscono così il rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. come mezzo complementare agli istituti sopramenzionati, rispetto ai quali si pone in un rapporto di "complementare concorrenza" (40) e non di alternatività. Ritengono, per questo, ammissibile il rinvio pregiudiziale avente ad oggetto profili di giurisdizione.

5. – La dottrina contraria all'ammissibilità del rinvio pregiudiziale in materia giurisdizionale avanza ulteriori argomentazioni che, in quanto non sollevate né dal giudice *a quo* né dalla Prima Presidente, non vengono affrontate dalle Sezioni Unite. Anche tali ulteriori rilievi peraltro non inficiano, a mio avviso, la correttezza del ragionamento della Corte.

Viene, innanzitutto, rilevato che l'istituto consentirebbe di sollevare le questioni giurisdizionali oltre i termini decadenziali imposti dal codice di rito. La dottrina è, infatti, pacifica nel ritenerlo ammissibile anche in appello (41), con termini di decadenza più ampi rispetto agli altri istituti (42).

---

(38) Cass., sez. un., 13 dicembre 2023, n. 34851.

(39) Cass., sez. un., 13 dicembre 2023, n. 34851.

(40) A. Briguglio, *Esperienze applicative*, cit., § 5.1.

(41) Cfr., tra i molti, Commissione Luiso, *Proposte normative e note illustrative*, 2021, 75; G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della giustizia civile*, cit., § III; F. Santagada, *Commento a art. 363 bis*, cit., 536; V. Capasso, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 595 ss.

(42) Invero, il regolamento di giurisdizione *ex* art. 41 c.p.c. è proponibile «finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado», quale limite inteso da giurisprudenza ormai costante coincidente con qualsiasi pronuncia che definisce il giudizio, sia essa di merito o di

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

Si osserva, tuttavia, che vi sono in ogni caso dei limiti da rispettare, dovuti dall'operare di fondamentali princìpi processuali concernenti la materia giurisdizionale. Il riferimento è in particolare alla recente modifica dell'art. 37 c.p.c. (43), con cui il legislatore ha recepito l'ormai consolidato orientamento, secondo il quale il difetto di giurisdizione può essere rilevato d'ufficio solo entro il primo grado ed oggetto di esame del secondo solo per impugnazione del relativo capo in appello. In caso contrario, la questione sarà coperta dal c.d. giudicato implicito, a preclusione del suo riesame. Ecco che, alla luce del principio di intangibilità del giudicato, non si può accordare al giudice di appello la facoltà di riaprire d'ufficio la questione, consentendogli di superare le preclusioni imposte dal codice di rito. Sebbene il rinvio *ex* art. 363-*bis* risponda a un interesse pubblicistico, non per ciò si può consentire che il suo operare si ponga in contrasto con i fondamenti del processo civile.

Tenuto conto dei suddetti limiti, però, laddove il capo sulla giurisdizione sia fatto oggetto di impugnazione, dovrà consentirsi anche al giudice di secondo grado, che constati la sussistenza di un grave dubbio interpretativo al riguardo, di poter adire la Cassazione per la sua preventiva risoluzione.

Si è, inoltre, paventato il rischio che, a fronte delle caratteristiche proprie del rinvio pregiudiziale, quest'ultimo potrebbe risultare in qualche modo maggiormente appetibile, con conseguente accantonamento (44) degli ulteriori strumenti previsti dal codice di rito. È stato, ad esempio, prospettato il pericolo che l'istituto venga preferito dalla parte avente intento dilatorio (45). A fronte della necessaria sospensione sancita dall'art.

---

rito. Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. un., 27 luglio 2016, n. 15542; Cass., sez. un., 4 marzo 2016, n. 4249. In dottrina, cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano 2023, I, 91; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, cit., 187, nt. 112. Il conflitto di giurisdizione è, invece, proponibile, *ex* art. 59, l. 18 giugno 2009, n. 69, entro la prima udienza di trattazione e il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio entro il primo grado, ai sensi dell'art. 37 c.p.c.

(43) L'art. 37 c.p.c., *ante* Riforma Cartabia, sanciva che «Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo». Tuttavia, giurisprudenza e dottrina sono costanti nel ritenere che, in assenza di un'apposita censura, il difetto di giurisdizione non avrebbe potuto essere oggetto di rilievo officioso da parte del giudice dell'impugnazione. Sul punto, cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino 2023, I, 390.

(44) D. Corraro, *Il rinvio*, cit., 78, secondo cui diverrebbero «strumento secondario».

(45) D. Corraro, *Il rinvio*, cit., 84, per il quale quello previsto dall'art. 363-*bis* c.p.c. diverrebbe «strumento "goloso" nelle mani dei difensori di parte che, con argomenti che potrebbero in potenza convincere il giudice a disporre il rinvio, potrebbero preferire questo

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

363-*bis* c.p.c., la parte potrebbe rinunciare a proporre istanza ai sensi dell'art. 41 c.p.c. (che prevede una sospensione facoltativa), per convincere il giudice di merito alla rimessione d'ufficio del dubbio alla Cassazione.

Tuttavia, tali asserzioni non tengono conto dei seguenti aspetti. Nel caso del regolamento preventivo di giurisdizione la sospensione – una volta automatica – viene oggi disposta dal giudice, a norma dell'art. 367 c.p.c., laddove il giudice «non ritiene l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata» (46). La valutazione circa la sospensione viene rimessa al giudicante, per dissuadere le parti dal promuovere il regolamento con intento puramente dilatorio. Nel contesto del rinvio pregiudiziale, in cui il potere di rimettere la questione alla Cassazione è riconosciuto al giudice, la sospensione non ha bisogno di essere disposta, essendo la valutazione circa l'opportunità di rimessione della questione già operata dal giudice stesso. Ciò accade altresì quando siano le parti (anche a scopi dilatori) a suggerire al giudice la rimessione della questione, il quale procederà solo ove convinto della sua effettiva necessità e fondatezza.

Non è, inoltre, dato comprendere come si possa arrivare alla conclusione per la quale il nuovo istituto potrebbe inibire l'impiego dei distinti mezzi già previsti dal codice di procedura civile. Le parti che intendano portare dinanzi alla Cassazione la questione – per la sua anticipata e definitiva risoluzione – potranno continuare a farlo mediante l'istanza di cui all'art. 41 c.p.c. Allo stesso modo, il giudice che si ritenga incompetente a séguito di *translatio iudicii* chiederà alla Corte di risolvere il conflitto di giurisdizione attraverso il regolamento di giurisdizione d'ufficio a norma dell'art. 59, comma 3°, l. 18 giugno 2009, n. 69. Ma non si vede perché si dovrebbe precludere al giudice di merito di avvalersi del rinvio *ex* art. 363-*bis* c.p.c. tutte quelle volte che gli altri istituti non operano, con applicazione, dunque, residuale.

Peraltro, in assenza di iniziative ad opera delle parti, il rinvio pregiudiziale consentirebbe di risolvere la questione di giurisdizione con tempi certamente più rapidi di quelli che verrebbero impiegati per la proposizione del regolamento di giurisdizione d'ufficio. Si pensi al caso in cui il

---

strumento al regolamento di giurisdizione con tattiche dilatorie del giudizio». Si spinge oltre R. Tiscini, *Il rinvio*, cit., 358 ss., la quale insinua che potrebbe essere il giudice – sulla cui volontà di rimessione le parti non possono in alcun modo incidere, nemmeno attraverso l'impugnazione dell'ordinanza – a impiegare il rinvio pregiudiziale per la «gestione del proprio ruolo».

(46) Tale condizione è stata introdotto dalla l. 26 novembre 1990, n. 353, perché resa necessaria dalle abusive condotte dilatorie perpetrate dalle parti.

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

giudice, invece che sottoporre sin da subito il persistente dubbio interpretativo alla Cassazione, si limitasse a dichiarare il difetto di giurisdizione. La grave difficoltà interpretativa verrebbe a questo punto rilevata dal giudice dinanzi al quale le parti hanno riassunto il giudizio, il quale procederebbe dunque a sollevare il conflitto negativo di giurisdizione, con uno spreco di attività processuale non indifferente e che avrebbe potuto benissimo essere evitato.

6. – Affermato il rapporto di complementarità tra il rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. sulle questioni di giurisdizione e il regolamento preventivo di giurisdizione, è consequenziale interrogarsi sulla possibilità del loro cumulo. Il tema concerne il potere delle parti di proporre regolamento preventivo di giurisdizione, nonostante l'attivazione dello strumento del rinvio pregiudiziale da parte del giudice di merito da un lato, e dall'altro, la possibilità per il giudice di adire la Corte di cassazione ai sensi dell'art. 363-*bis* c.p.c., ove già interpellata dalle parti *ex* art. 41 c.p.c.

Le Sezioni Unite non si sono interrogate al riguardo, limitandosi ad affermare la proponibilità del rinvio pregiudiziale in materia giurisdizionale. Tuttavia, ci si può legittimamente attendere che tali situazioni trovino in futuro riscontro nella realtà. La domanda è, dunque, lecita.

L'elemento dirimente per la risoluzione del quesito va indagato, a mio avviso, nella sussistenza (o meno) dell'interesse sotteso alle rispettive istanze.

Si parta dall'ipotesi in cui il giudice adìto – riscontrate gravi difficoltà interpretativa della norma disciplinante il riparto di giurisdizione con riguardo all'oggetto di causa – intenda rimettere la questione alla Cassazione. Tuttavia, lo stesso viene anticipato da una delle parti, la quale nel frattempo ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione al fine di chiarire *in limine litis* quale giudice abbia giurisdizione sulla controversia pendente. Il rinvio pregiudiziale, sussistendone le condizioni, è di per sé ancora proponibile non incontrando preclusioni temporali. Mancherà, però, la condizione della necessità della (e, dunque, l'interesse alla) risoluzione della questione ai fini della decisione della causa, in quanto la stessa è già stata prospettata alla Cassazione. La proposizione ad opera delle parti del regolamento di giurisdizione *ex* art. 41 c.p.c. rende, perciò, inammissibile il rinvio pregiudiziale che interroghi la Corte su profili attinenti alla giurisdizione.

Altra ipotesi è quella della proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione ad opera delle parti, dopo che la relativa questione sia stata rimessa alla Cassazione con rinvio pregiudiziale dal giudice di merito.

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

Come si è avuto modo di riscontrare, con il rinvio pregiudiziale, alla Cassazione è riservata la sola pronuncia del principio di diritto. La individuazione del giudice avente giurisdizione è rimessa al giudice *a quo*, che potrà anche decidere di disapplicare il principio a fronte di sopravvenuto mutamento di fatti o di completamento della fase istruttoria. Al contrario, attraverso il regolamento preventivo di giurisdizione, la Corte procede alla diretta identificazione del plesso giurisdizionale competente a decidere la causa, che vincola pienamente il giudice *a quo*. Le parti hanno, perciò, tutto l'interesse di fare ricorso alla Cassazione, in considerazione della immediata definitività della pronuncia sulla giurisdizione resa *ex* art. 41 c.p.c.

Non sarà poi a ciò ostativo la emissione della ordinanza di rinvio, in quanto non può qualificarsi come pronuncia ai sensi dell'art. 41 c.p.c., non avendo "carattere definitivo e decisorio" (47). Non lo sarà nemmeno la sospensione del giudizio *a quo* che deriva automaticamente a fronte del rinvio. Alla stregua di quanto si afferma con riguardo alle ipotesi di sospensione necessaria *ex* art. 295 c.p.c., o di sospensione impropria per incidente costituzionale o rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (48), si deve considerare pendente ai fini della proposizione del regolamento *ex* art. 41 c.p.c. il processo sospeso per rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione *ex* art. 363-*bis* c.p.c. Dunque, l'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione dovrà ritenersi ammissibile a fronte del già proposto rinvio pregiudiziale, dovendosi a tal punto coordinare o, meglio, riunire, i due procedimenti, al fine della loro unitaria risoluzione.

7. – In conclusione, è da condividersi la posizione adottata dalle Sezioni Unite in relazione ad entrambe le preliminari questioni pregiudiziali.

Proprio per la sua conformazione, il giudizio tributario si rivela essere terreno fertile per l'operatività e il successo del rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. (49). Si tratta, invero, di una realtà connotata dalla continua proliferazione di norme sulle quali si fonda un considerevole numero di

---

(47) Cfr. A. Fabbi, *Del regolamento di giurisdizione e di competenza*, in F. Auletta (a cura di), *Regolamento di giurisdizione e competenza. Composizione del tribunale. Vol. 1: Disposizioni generali art. 41-50 quater*, Bologna 2019, 39, che per ciò esclude siano ostative alla proposizione del regolamento di giurisdizione le ordinanze revocabili e modificabili.

(48) Cfr. A. Fabbi, *Del regolamento di giurisdizione*, cit., 35, spec. nt. 140-142.

(49) V. Capasso, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 594, afferma che il giudizio tributario potrebbe essere il campo in cui riscontrare più frequentemente le condizioni legittimanti il rinvio pregiudiziale. Presidente Pietro Curzio, *Relazione sull'amministrazione della giusti-*

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

identici atti impositivi, destinati ad essere oggetto di impugnazioni spesso concernenti le stesse questioni. Il volume delle pendenze tributarie risulta per questo assai consistente, ma altresì più agevolmente deflazionabile proprio grazie all'istituto del rinvio pregiudiziale.

È altrettanto condivisibile l'affermata possibile coesistenza tra rinvio pregiudiziale avente ad oggetto profili di giurisdizione e il regolamento preventivo di giurisdizione. Alla luce dell'analisi condotta, il rinvio pregiudiziale costituisce, con riguardo alla materia giurisdizionale, uno strumento di applicazione concorrente ai già previsti istituti. Esso garantisce un'ulteriore occasione di dialogo con la Cassazione, che conduce in tempi rapidi all'enunciazione di un principio di diritto, dalla cui applicazione potranno trarne beneficio non solo il giudizio *a quo*, bensì anche quelli futuri. Ciò, in particolare, in termini di economia processuale. Le difficoltà incontrate nella identificazione della giurisdizione competente sono, invero, considerate uno dei fattori maggiormente incidenti sulla durata del processo.

Gli ermellini ammettono così il rinvio pregiudiziale ad opera di un giudice speciale (quello tributario) e in relazione a profili di giurisdizione. Tali conclusioni pongono le premesse al riconoscimento di un più ampio àmbito applicativo dell'istituto. Parrebbe, invero, potersi così affermare l'impiego del rinvio pregiudiziale, ove concernente questioni di giurisdizione, anche da parte dei giudici amministrativi e contabili. Il tema è, tuttavia, molto controverso, come lo sono altri tanti aspetti che connotano il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione. Paradossalmente, invero, lo strumento, con il quale il legislatore vorrebbe garantire una più rapida e stabile interpretazione delle norme, pone a sua volta difficoltà interpretative e di sistema.

Ci si auspica, dunque, che i futuri interventi della Corte (e del Primo presidente) possano essere, al pari di questo, dirimenti dei numerosi dubbi insorti al riguardo, al fine di una efficace applicazione del rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c.

PAMELA CHIARANDA
Dottoranda nell'Università di Udine

---

zia dell'anno 2022, cit., 283 ss., afferma l'istituto trovi «sede "di elezione"» nel giudizio tributario.

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

Corte di Cassazione, sez. un. civ., sentenza 10 aprile 2024, n. 9611

Pres. D'Ascola – Rel. Scarpa

Lanari c. Lanari

*Nel procedimento ai sensi dell'art. 380-*bis *c.p.c., come disciplinato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, il presidente della sezione o il consigliere delegato, che abbia formulato la proposta di definizione accelerata, può far parte, ed eventualmente essere nominato relatore, del collegio che definisce il giudizio ai sensi dell'art. 380-*bis.*1, non versando in situazione di incompatibilità agli effetti degli artt. 51, comma 1°, n. 4 e 52 c.p.c., atteso che tale proposta non rivela una funzione decisoria e non è suscettibile di assumere valore di pronuncia definitiva, né la decisione in camera di consiglio conseguente alla richiesta del ricorrente si configura quale fase distinta, che si sussegue nel medesimo giudizio di cassazione con carattere di autonomia e con contenuti e finalità di riesame e di controllo sulla proposta stessa* (massima non ufficiale).

(*Omissis*) 12. – La questione rimessa a queste Sezioni Unite con decreto del 19 settembre 2023 della Prima Presidente, va risolta nel senso che, nel procedimento ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c., come disciplinato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, il presidente della sezione o il consigliere delegato, che abbia formulato la proposta di definizione accelerata, può far parte, ed eventualmente essere nominato relatore, del collegio che definisce il giudizio ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c., ove il ricorrente abbia chiesto la decisione.

12.1. – Il novellato art. 380-*bis* c.p.c. prevede che il presidente della sezione, o il consigliere da questo delegato, può formulare una sintetica proposta di definizione del giudizio, recante la sintetica indicazione delle ragioni dell'inammissibilità, dell'improcedibilità o della manifesta infondatezza del ricorso ravvisata (secondo quanto precisato dalla legge delega 26 novembre 2021, n. 206). Tale proposta va comunicata ai difensori delle parti. Entro quaranta giorni dalla comunicazione, la parte ricorrente può chiedere la decisione del ricorso con apposita istanza. Questa istanza non apre una nuova «fase» del giudizio di cassazione pendente e non provoca, perciò, una frammentazione del procedimento, non potendosi imporre che, per la medesima fase del giudizio, vi siano tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere.

Non depone per l'esaurimento di una fase del giudizio di cassazione e per l'apertura di una distinta ed autonoma fase il dato che l'art. 380-*bis* c.p.c. richiede che l'istanza di decisione, a seguito della comunicazione della proposta di definizione, sia sottoscritta dal difensore munito di nuova procura speciale.

(*Omissis*) L'istanza sottoscritta dal difensore del ricorrente *ex* art. 380-*bis*, co. 2°, c.p.c., pur necessitando di nuova procura speciale, ha, dunque, soltanto effetto dichiarativo del permanente interesse alla decisione del ricorso già incardinato nel processo mediante la richiesta di cassazione della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 366, co. 1°, n. 4, c.p.c. La Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 definisce l'istanza di decisione come necessario «atto di impulso processuale che coinvolga personalmente la parte ricorrente».

12.3. – Ciò porta a ritenere che nessuna differenza funzionale sussiste, quanto al rapporto con la decisione finale del collegio, tra la «relazione» o la «proposta» delle precedenti formulazioni dell'art. 380-*bis* c.p.c. e la attuale proposta di definizione accelerata del giudizio: quest'ultima, al pari delle sue predecessore, è rivolta alle parti, evita loro «sorprese» nell'ottica della collaborazione, assicura la dialetticità della procedura e provoca l'eventuale contraddittorio, non costituisce alcun vincolo né alcuna preclusione per il giudizio del collegio, è priva di autonomia, non «decide» anticipatamente, non definisce il procedimento,

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

né si colloca in una fase diversa e compiuta rispetto a quella che poi porta la Corte a procedere ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c.

12.4. – La vera novità del novellato art. 380-*bis* c.p.c. sta nell'aver previsto che la mancata dichiarazione del permanente interesse alla decisione del ricorso, da esprimere con l'istanza di cui al secondo comma, lascia «intendere rinunciato» il ricorso, sicché la Corte provvede ai sensi dell'art. 391 c.p.c. (ovvero con decreto del presidente, anziché secondo la regola di costituzione del collegio giudicante imposta dall'art. 67 ord. giud. e garantita ove sia chiesta la decisione).

(*Omissis*) Nella disciplina del procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati, si è inteso piuttosto attribuire significatività legale ad un determinato comportamento processuale omissivo del ricorrente, quale la mancata richiesta di decisione entro quaranta giorni dalla comunicazione della proposta, intendendolo come equipollente alla manifestazione di una volontà abdicativa, e cioè di una tacita rinuncia, dell'impugnazione.

12.5. – Il tenore letterale del vigente art. 380-*bis* c.p.c., al pari delle formulazioni previgenti, se non depone nel senso della obbligatorietà della partecipazione al collegio del magistrato autore della proposta, neppure lascia inferire un suo obbligo di astensione e la possibilità di una sua ricusazione. Adoperando, allora, gli indici operativi selezionati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale, nel procedimento ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c., come disciplinato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, non sussiste l'obbligo di astensione di cui all'art. 51, co. 1°, n. 4, c.p.c. (né perciò spetta alle parti il diritto di ricusazione), nei confronti del presidente della sezione o del consigliere delegato che abbia formulato la proposta, con riguardo al collegio che definisce il giudizio ai sensi dell'art. 380-*bis*.1. La decisione in camera di consiglio conseguente alla richiesta della parte ricorrente non si configura quale fase distinta, che si sussegue nel medesimo giudizio di cassazione con carattere di autonomia e con contenuti e finalità di riesame e di controllo sulla proposta di definizione accelerata, e non può dunque tramutarsi in «meccanismo di reiterazione provvedimentale». Tale proposta non rivela una funzione decisoria e non è suscettibile di assumere valore di pronuncia definitiva, né la decisione del collegio rivela una intrinseca natura impugnatoria rispetto a quella. La proposta e l'ordinanza del collegio non danno luogo, cioè, a «due decisioni» sulla stessa causa, rimanendo unico il convincimento decisorio espresso nel provvedimento finale reso ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c. Che l'ordinanza del collegio debba avere ad oggetto la decisione sul ricorso e non la legittimità della proposta di definizione anticipata è ulteriormente confermato dal generico rinvio operato dal terzo comma dell'art. 380-*bis* al procedimento in camera di consiglio, ove si accorda alle parti soltanto la facoltà di depositare sintetiche memorie illustrative inerenti alle censure già proposte. La considerazione che non si apre, invece, un apposito contraddittorio sulla proposta di definizione del giudizio, consentendo o richiedendo alle parti di prendere posizione su di essa, appare in linea con la constatazione che la medesima proposta non entra innovativamente nell'oggetto del processo di cassazione, né può in alcun modo essere posta dal collegio a fondamento della decisione. La proposta di cui al vigente art. 380-*bis* c.p.c. realizza un assetto meramente strumentale e interinale, e rimane, quindi, prodromica alla decisione conclusiva che spetta al collegio; se ad essa non segue la richiesta di cui al secondo comma, il giudizio viene definito dal decreto che dichiara l'estinzione del giudizio emesso a norma dell'art. 391 c.p.c. (il che ne spiega la forma monocratica), e non con una statuizione confermativa della inammissibilità, della improcedibilità o della manifesta infondatezza del ricorso ipotizzate dal proponente. La previsione secondo cui «la Corte provvede ai sensi dell'articolo 391» comporta l'operatività altresì del terzo comma di tale norma, in forza del quale «(i)l decreto ha

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

efficacia di titolo esecutivo se nessuna delle parti chiede la fissazione dell'udienza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione». Tale richiesta, da svolgersi nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto, si spiega come sollecitazione alla fissazione dell'udienza per la decisione collegiale, non avente natura di impugnazione del provvedimento, quanto di atto che rimette alla Corte di valutare se l'estinzione sia stata correttamente dichiarata e, in caso contrario, di elidere qualsiasi valore del decreto di estinzione ai fini della definizione del giudizio di cassazione (Cass., sez. un., 23 settembre 2014, n. 19980).

13. – La partecipazione quale componente o la nomina quale relatore del presidente della sezione o del consigliere delegato proponente, *ex* art. 380-*bis* c.p.c., al collegio che definisce il giudizio, ove il ricorrente abbia chiesto la decisione, non rilevano, pertanto, quali ragioni di incompatibilità, ai sensi dell'art. 51, co. 1°, n. 4, e dell'art. 52 c.p.c. Il proponente *ex* art. 380-*bis* c.p.c. non ha di certo neppure manifestato indebitamente il proprio convincimento sul merito della *res iudicanda*. La sua partecipazione al collegio che definisce il giudizio può, anzi, contribuire ad assicurare sia un maggiore rendimento dell'attività giurisdizionale, sia una maggiore celerità della decisione, e perciò una migliore qualità dell'accertamento sui cui la stessa deve poggiare. Tale conclusione non è frutto di un bilanciamento tra il canone oggettivo di efficienza dell'amministrazione della giustizia e il diritto delle parti ad un processo che si svolge in contraddittorio davanti ad un giudice terzo e imparziale, in quanto tali valori non possono entrare in comparazione, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie: ai fini dei principi dettati sia dall'art. 111, co. 2°, Cost., sia dall'art. 6 della CEDU, ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo (Corte cost. 9 maggio 2022, n. 111; Corte cost. 4 dicembre 2009, n. 317). L'interpretazione qui prescelta dell'art. 380-*bis* c.p.c., quanto alla possibile partecipazione del magistrato autore della proposta al collegio che decide sul ricorso, poggia, piuttosto, sulla convinzione che detta partecipazione non confligge con il principio di terzietà del giudice e non costituisce affatto alcuna deroga all'attuazione del principio del giusto processo, sia pur ritenuta utile allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti di cassazione.

14. – Può pertanto enunciarsi il seguente principio di diritto: nel procedimento ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c., come disciplinato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, il presidente della sezione o il consigliere delegato, che abbia formulato la proposta di definizione accelerata, può far parte, ed eventualmente essere nominato relatore, del collegio che definisce il giudizio ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c., non versando in situazione di incompatibilità agli effetti degli artt. 51, co. 1°, n. 4, e 52 c.p.c., atteso che tale proposta non rivela una funzione decisoria e non è suscettibile di assumere valore di pronuncia definitiva, né la decisione in camera di consiglio conseguente alla richiesta del ricorrente si configura quale fase distinta, che si sussegue nel medesimo giudizio di cassazione con carattere di autonomia e con contenuti e finalità di riesame e di controllo sulla proposta stessa. (*Omissis*).

Sulla tassatività delle ipotesi di astensione obbligatoria quali disposizioni a tutela dell'accettabilità del risultato della giurisdizione

1. – Con un provvedimento particolarmente atteso, le Sezioni Unite hanno risolto la questione di massima di particolare importanza afferente

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

alla possibilità che l'estensore della proposta di definizione accelerata *ex* art. 380-*bis* c.p.c. partecipi all'adunanza decisoria in camera di consiglio nella veste di relatore o, comunque, in quella di semplice consigliere membro, per l'ipotesi in cui sia stata chiesta la decisione dalla parte interessata all'accoglimento del ricorso (1).

Come è noto, il legislatore della riforma ha attribuito ad un singolo magistrato, il presidente di sezione o un consigliere da questo delegato, il potere di formulare, qualora ravvisi l'inammissibilità, l'improcedibilità ovvero la manifesta infondatezza del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, «una sintetica proposta di definizione del giudizio», la quale, una volta comunicata ai difensori delle parti costituite, condiziona irrimediabilmente il successivo svolgimento del giudizio di legittimità (2).

Alla parte effettivamente destinataria del provvedimento viene infatti imposto di optare, a sua discrezione ed entro il termine di quaranta giorni, tra la prosecuzione del giudizio nelle modalità di cui all'art. 380-*bis*.1 c.p.c., da richiedersi mediante proposizione di apposita istanza ad opera del difensore munito di nuova procura speciale (conferita a quest'unico e

---

(1) Cass., Prima Presidente M. Cassano, 19 settembre 2023.

(2) Il sistema tracciato dall'art. 380-*bis* c.p.c. è profondamente mutato rispetto a quello vigente prima della riforma da ultimo intervenuta con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Ai sensi del vecchio testo dell'art. 380-*bis* c.p.c. veniva infatti previsto che, nelle ipotesi di cui all'art. 375, comma 1°, nn. 1 e 5, c.p.c., il presidente – ravvisata un'ipotesi di inammissibilità, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza del ricorso su proposta del relatore della sezione indicata nell'art. 376, comma 1°, c.p.c. – dovesse fissare con decreto la data dell'adunanza camerale, la quale veniva comunicata alle parti almeno venti giorni prima della stessa, con contestuale attribuzione della possibilità di depositare memorie scritte sino a cinque giorni prima. Anche in relazione al meccanismo da ultimo descritto, la Suprema corte è stata investita di dubbi sulla compatibilità del relatore con ruolo di membro del collegio decidente in camera di consiglio, il quali, però, sono stati agevolmente fugati sul presupposto che la proposta dalla stesso formulata non rivestisse carattere decisorio, «essendo destinata a fungere da prima interlocuzione fra il relatore e il presidente del collegio, senza che risulti in alcun modo menomata la possibilità per il collegio, all'esito del contraddittorio scritto con le parti e della discussione in camera di consiglio, di confermarla o modificarla», Cass., sez. VI, 16 marzo 2019, n. 7541, in *Foro it. Rep.* 2019, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 15; similmente, cfr. Cass., sez. VI, 5 febbraio 2020, n. 2720. Analoghe conclusioni sono state raggiunte dalla Suprema Corte anche rispetto alla versione vigente anche prima della riforma intervenuta con l'art.1-*bis*, d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in legge con l. 25 ottobre 2016, n. 197 (cfr. Cass. 16 aprile 2007, n. 9094, in questa *Rivista* 2008, con nota di R. Tiscini, *La relazione nel procedimento camerale in Cassazione e i manifestamente infondati sospetti di incostituzionalità per violazione delle garanzie di terzietà e imparzialità del giudice*; rispetto a tale formulazione, sul tema non si può fare a meno di citare il pregevole contributo di N. Picardi, *L'ordinanza 'opinata' nel rito camerale in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 321 ss.).

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

specifico fine) (3), e l'estinzione dello stesso ai sensi dell'art. 391 c.p.c., che verrà pronunciata con decreto a seguito del semplice decorso del suddetto termine senza che venga chiesta la decisione (4).

Tuttavia, in un'ottica di deterrenza sanzionatoria di iniziative processuali prive di fondamento, l'opzione per l'ottenimento della pronuncia collegiale non è esente da conseguenze. La parte che insiste per l'accoglimento del ricorso rischia, infatti, di essere condannata al pagamento di somme in favore della cassa delle ammende e delle controparti costituite ai sensi dell'art. 96, commi 3° e 4°, c.p.c. – che si aggiungono e non si sostituiscono alle comunque dovute spese di lite e al c.d. «raddoppio del contributo unificato» – qualora il collegio adotti una decisione dal contenuto conforme alla proposta (5).

L'intenzione del legislatore processuale è, dunque, evidentemente quella di disincentivare il più possibile il raggiungimento della decisione collegiale, una volta che sia già stata effettuata una valutazione di segno negativo rispetto alla possibilità di accogliere l'impugnazione, ancorché ciò avvenga ad opera di un singolo consigliere.

A fronte di tale architettura normativa, parte della dottrina ha recisamente escluso che l'estensore della proposta di definizione accelerata possa partecipare all'adunanza decisoria in camera di consiglio, atteso che, a voler concedere ciò, la decisione finale risulterebbe inevitabilmente condizionata dal convincimento già maturato dallo stesso al momento dell'ado-

---

(3) Da ultimo, la giurisprudenza di legittimità (Cass. 15 aprile 2024, n. 13555) ha escluso la necessità, pur paventata da parte della dottrina (B. Capponi, *Dei giudici monocratici in cassazione*, in *judicium.it* 20 gennaio 2023, 2, nt. 10), che la nuova procura debba esser rilasciata con forma notarile.

(4) Sul punto, particolare rilevanza assume la pronuncia Cass. 15 novembre 2023, n. 31839, che ha escluso che l'irrituale proposizione dell'istanza di prosecuzione *ex* art. 380-*bis*, comma 2°, c.p.c. possa determinare l'estinzione del giudizio, atteso che, in tal caso, non si potrebbe presumere la volontà contraria del ricorrente all'ottenimento della decisione.

(5) Sulle modalità applicazione dell'art. 380-*bis*, comma 3°, c.p.c., cfr. Cass., sez. un., 13 ottobre 2023, n. 28540, in *Foro it. Rep.* 2023, voce *Spese giudiziali in materia civile*, n. 70; Cass., sez. III, 4 ottobre 2023, n. 27947, in *Foro it. Rep.* 2023, voce *Cassazione civile*, n. 190; Cass., sez. un., 27 settembre 2023, n. 27433, in *Foro it. Rep.* 2023, voce *Spese giudiziali in materia civile*, n. 19; Cass., sez. un., 22 settembre 2023, n. 27195, in *Foro it. Rep.* 2023, voce *Cassazione civile*, n. 191; sul tema cfr. anche S. Rusciano, *La decisione conforme alla proposta definitoria* ex *art. 380* bis*, comma terzo, c.p.c.: una forma codificata di abuso del processo o una mera presunzione?*, in *judicium.it* 9 gennaio 2024. In particolare, rilevanti appaiono i principi da ultimo espressi da Cass., sez. un., 27 dicembre 2023, n. 36069, la quale ha specificato che, pur essendo prevista da tale disposizione un'ipotesi legale tipica di abuso del processo, la Corte non deve procedere all'irrogazione automatica delle sanzioni ivi disciplinate, essendo comunque tenuta a valutare la ricorrenza in concreto dei presupposti per disporre la condanna al pagamento di tali somme.

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

zione del provvedimento a sua sola firma (6). L'esito del giudizio sarebbe, infatti, influenzato dalla, pur incosciente, ritrosia di tale soggetto a mutare le proprie convinzioni già raggiunte (7) e poste a fondamento di un provvedimento dotato di efficacia decisoria, per quanto anomala, tanto da risultare «opponibile» a cura della parte interessata (8) (mediante il deposito dell'istanza di cui all'art. 380-*bis*, comma 2°, c.p.c. e delle memorie illustrative di cui all'art. 380-*bis*.1, comma 1°, alinea 3°, c.p.c.) in una fase

(6) La dottrina, sostanzialmente unanime, condivide questo ordine di idee; cfr. A. Graziosi, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in questa *Rivista* 2023, 681, il quale, preliminarmente, suggerisce che tale lacuna debba essere colmata attraverso l'adozione di criteri tabellari che impediscano la partecipazione al collegio decidente al magistrato che ha formulato la proposta ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c.; B. Capponi, *Il giudice monocratico in Cassazione*, in *Foro it.* 2023, V, 23; Id., *Dei giudici monocratici in cassazione*, cit.; Id., *L'art. 380*-bis *c.p.c. sotto la lente delle sezioni unite*, in *judicium.it*, 3 ottobre 2023; Id., *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento "accelerato" (art. 380*-bis *c.p.c.*), in *Legittimità, interpretazione, merito. Saggi sulla Cassazione civile*, Napoli 2023, 261 ss.; C. Besso, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) – le modifiche al giudizio di cassazione*, in *Giur. it.* 2023, 474; F. Santagada, *Commento all'art.* 380-*bis*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa 2023, 582 ss.; R. Tiscini, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite*, in *judicium.it* 2023; R. Vaccarella, *Note sull'art. 380-bis c.p.c.*, in *judicium.it* 2023. Una delle poche voci contrarie è quella di F. De Stefano, *La riforma del processo civile in Cassazione. Note a prima lettura*, in *giustiziainsieme.it* 2023.

(7) L. Dittrich, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in questa *Rivista* 2002, 1150, evidenzia come tale condizione sia intollerabile per il giudice penale del dibattimento (il quale deve auspicabilmente arrivare a toccare l'oggetto del processo in uno stato di «verginità cognitiva»). Invece, B. Cavallone, *Ancora sulla "precognizione" del giudice civile come preteso motivo di astensione*, in questa *Rivista* 2012, 1002 ss.; Id., *"Un frivolo amor proprio". Precognizione e imparzialità del giudice civile*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2005, 19 ss. fa correttamente notare come la formazione progressiva del convincimento del giudice sia addirittura un valore perseguito dalla giurisdizione civile, che giustifica alle volte la manifestazione anticipata del convincimento maturato, a seguito di un primo scambio di attività processuale, da parte di colui che è chiamato a decidere.

(8) Per B. Capponi, *Il giudice monocratico in Cassazione*, cit., 23; Id., *Dei giudici monocratici in cassazione*, cit., 3; Id., *L'art. 380*-bis *c.p.c. sotto la lente delle sezioni unite*, cit., 3; Id., *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento "accelerato" (art. 380*-bis *c.p.c.*), cit., 261 ss. la proposta di definizione accelerata costituisce una «decisione vera e propria, una anticipazione di giudizio (perfettamente idonea a definirlo)». Molteplici gli indici atti ad orientare l'interprete in questo senso, tra i quali si possono citare, senza pretesa di esaustività, la necessità del conferimento di una nuova procura per la prosecuzione del giudizio, l'estinzione del giudizio determinata dal semplice «silenzio» della parte interessata all'accoglimento del ricorso ovvero l'automatica applicazione dell'art. 96, commi 3° e 4°, c.p.c. in caso di decisione assunta in conformità con il contenuto della proposta.

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

del giudizio di cassazione avente sostanzialmente ad oggetto l'impugnazione (9) di tale «decisione».

Al fine di garantire il rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e di terzietà del giudice, dovrebbe, dunque, trovare applicazione la causa di incompatibilità funzionale di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c. (che impone l'obbligo di astensione del giudicante che ha «conosciuto [della lite] come magistrato in altro grado del processo»),versandosi in «una chiara ipotesi di precognizione sulla materia oggetto del contendere» (10), rilevante, per autorevole dottrina, anche in ragione dell'«interesse nella causa» maturato dal magistrato, il quale, partecipando al collegio, sarebbe di fatto chiamato a difendere il proprio precedente operato (11).

Nonostante la sicura rilevanza degli argomenti appena evidenziati, le Sezioni Unite – con una decisione che, in conformità alla *ratio* ispiratrice della riforma, agevola la realizzazione di un processo di Cassazione ispirato al principio della «ragionevole durata» – hanno sconfessato la correttezza di tale impostazione, sostanzialmente negando che la partecipazione dell'estensore della proposta *ex* art. 380-*bis* c.p.c. all'adunanza decisoria in camera di consiglio possa determinare una lesione dei principi costituzionali in materia di imparzialità e di terzietà del giudice.

Nel dettaglio, con tale pronuncia è stato essenzialmente escluso che nel caso di specie ricorrano le condizioni per applicare l'art. 51, n. 4, c.p.c., anche se interpretato nella portata estensiva allo stesso riconosciuta dalla Corte costituzionale (la quale, in estrema sintesi, ha affermato che il sintagma «altro grado» ricomprende anche la «fase» di un processo civile in cui, a prescindere dall'esercizio dei mezzi di impugnazione, il giudice sia chiamato a rendere una nuova decisione sulla medesima *res iudicanda* – *i.e.*, dopo aver già adottato un provvedimento, *lato sensu*, decisorio che presupponga una valutazione nel merito della lite – dovendo quindi ripercorre l'itinerario logico già seguito) (12).

---

(9) Per R. Vaccarella, *ult. op. cit.*, 4 la fase successiva alla comunicazione della proposta dovrebbe considerarsi un'impugnazione, quantomeno funzionalmente.

(10) A. Graziosi, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., 681.

(11) R. Vaccarella, *ult. op. cit.*, 3 s.

(12) Corte Cost. 15 ottobre 1999, n. 387, in *Foro it. Rep.* 1999, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 32; e in *Foro it.* 1999, I, 3441, con nota di G. Scarselli, *La Consulta detta le nuove regole sull'incompatibilità del giudice nel processo civile*; e in *Corriere giur.* 2000, 40 ss., con nota di R. Tiscini, e 56 ss., con commento di C. Consolo, *Una benvenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51, n. 4 (in relazione all'art. 28 st. lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri*, e in questa *Rivista* 1999, 1188 ss., con nota di M.C. Giorgetti, *L'incompatibilità del giudice civile da precedente provvedimento*

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

Ad opinione delle Sezioni Unite, da una parte, la proposta di definizione accelerata non sarebbe qualificabile a mo' di un provvedimento realmente dotato di efficacia decisoria, non producendo nessun condizionamento, in termini di minore ampiezza, sul potere spettante al collegio, il quale di fatto rimane sempre libero di decidere secondo il suo intendimento, senza essere vincolato a recepire, neppure parzialmente, il contenuto di tale atto; dall'altra, la successiva fase del giudizio di legittimità deputata alla decisione collegiale – peraltro introdotta sulla base di un semplice atto di impulso processuale (*i.e.*, l'istanza presentata ad opera del difensore munito di nuova procura speciale) – non costituirebbe un riesame della correttezza in punto di fatto e di diritto di quanto in precedenza già deciso, avendo la stessa ad oggetto semplicemente la bontà del ricorso per come originariamente formulato ed al più arricchito delle precisazioni illustrative eventualmente fornite mediante le memorie *ex* art. 380-*bis*.1 c.p.c.

2. – La pronuncia resa dalle Sezioni Unite, seppur condivisibile negli esiti e, per buona parte, anche nelle argomentazioni (13), stimola alcune brevi riflessioni in relazione alla *ratio* sottostante alle fattispecie di astensione obbligatoria di cui all'art. 51, comma 1°, c.p.c. – normalmente qualificate come disposizioni poste a presidio dell'imparzialità e della terzietà del giudice – nei termini in cui una differente individuazione della stessa possa consentire di demarcare più correttamente i limiti entro i quali sia possibile applicare analogicamente o interpretare estensivamente siffatte ipotesi di incompatibilità funzionale.

Le Sezioni Unite, come sopra esplicitato, hanno risolto la questione sottoposta alla loro attenzione, negando la possibilità di sussumere la figura dell'estensore *ex* art. 380-*bis* c.p.c. nel dettato normativo di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c.

Ad un identico risultato, però, si può pervenire, ad opinione di chi scrive, anche rovesciando l'oggetto di indagine, ossia chiedendosi se effettivamente le disposizioni in materia di astensione obbligatoria possano essere interpretate, in una prospettiva costituzionalmente orientata, fino a ricomprendere – al fine di assicurare la miglior tutela dei principi di terzietà e di imparzialità – tutte le fattispecie che possano dar luogo ad una pur minima

---

decisorio. Una delle prime prospettazioni in questo senso si deve, invece, a G. Scarselli, *Terzietà del giudice e processo civile*, in *Foro it.* 1996, I, 3616 ss., spec. 3636 ss.

(13) Mi permetto di rinviare a F. Nicolai, *Sulla partecipazione dell'estensore della proposta di definizione accelerata* ex *art. 380*-bis *c.p.c. all'adunanza in camera di consiglio*, in *www.judicium.it* 2024.

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

ovvero apparente parzialità del giudice. Al riguardo, ancor oggi sembrano invece sussistere molteplici argomenti atti a corroborare l'idea che tali disposizioni impositive di limiti alla capacità speciale del giudice diano luogo a fattispecie normative tassative nonché di stretta interpretazione (14), fatta sola eccezione per le ipotesi di irremovibile contrasto con disposizioni di rango costituzionale, il quale, però, non pare avere come primi e principali parametri di riferimento i principi di cui all'art. 111, comma 2°, Cost.

L'intero reticolato normativo in materia di astensione e ricusazione, invero, appare improntato a garantire solamente una tutela indiretta e mediata dei principi di imparzialità e di terzietà, radicando, invece, la propria ragion d'essere principalmente nella diversa e più generale esigenza di salvaguardare l'accettabilità del risultato della decisione da parte di chi è costretto a subirne gli effetti.

Le disposizioni in materia di astensione e ricusazione mirano, infatti, a realizzare un delicato equilibrio tra l'esigenza di assicurare che la decisione sia il più possibile conforme a giustizia (consentendo l'estromissione dalla decisione del soggetto il cui processo decisionale si deve, secondo ragione, presumere gravemente condizionato) e la necessità di garantire, salvaguardando altresì la ragionevole durata del processo, l'inverarsi dell'ordinamento giuridico (cosa che sarebbe evidentemente impedita se fosse attribuito alle parti il potere di ricusare il giudice, o a quest'ultimo di astenersi, ogniqualvolta vi sia anche il più lieve presentimento della mancanza di una piena libertà di pensiero).

Nel ricercare tale equilibrio, l'interprete – come a monte lo stesso legislatore – non deve favorire, in nome della più ampia indipendenza

---

(14) S. Satta, voce *Astensione e ricusazione del giudice*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, 947, in giurisprudenza Cass., sez. un., 8 ottobre 2001, n. 12345, in *Foro it. Rep.* 2002, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 31, in *Foro it.* 2002, I, 1613, con nota di G. Scarselli, *La ricusazione tra terzietà del giudice e indipendenza della magistratura*; *contra* L. Dittrich, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice*, Padova 1991, *passim*; Id., *L'astensione e la ricusazione del giudice*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Torino 2019, 502 ss.; A. Tedoldi, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2015, 53 ss. spec. 58, che ritiene che l'idea della tassatività delle fattispecie di astensione obbligatoria e di ricusazione sia affetta da «fallacia descrittivista», in quanto, al contrario, si dovrebbe perorare un'«interpretazione elastica» delle fattispecie elencate all'art. 51, comma 1°, c.p.c., in ragione del fatto che le stesse non sarebbero altro se non «fattispecie paradigmatiche», «che rilevano ed esprimono, con metodo induttivo, sottostanti principii normativi e indicano criteri applicativi, nello stesso modo in cui i codici deontologici, fissato il principio generale, contemplano alcune ipotesi tipiche, i c.d. canoni, in funzione concretizzante ed esemplificativa»; cfr. anche E. Allorio, *In tema di ricusazione di giudici e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, in *Giur. it.* 1950, I, 2, 514 ss.

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

di giudizio, l'incontrollata estensione delle casistiche atte a dar luogo all'obbligo di astensione; ma, al contrario, deve dare rilevanza solamente a quei casi, non così frequenti, in cui il risultato della giurisdizione appaia aprioristicamente inaccettabile se reso, senza possibilità di pervenire alla sostituzione del giudicante, da un determinato soggetto il quale – per qualsivoglia ragione anche diversa dalla parzialità – possa dirsi gravemente condizionato nell'adottare la decisione. In tale ottica, i principi di imparzialità e di terzietà sembrano assumere un diverso rilevo, nei termini per cui gli stessi consentono di valutare e circoscrivere alcune delle più numerose casistiche in cui si realizzi la appena descritta situazione.

3. – Suffragano quest'ordine di idee quantomeno tre diversi argomenti.

In primo luogo, le ipotesi previste dall'art. 51, comma 1°, c.p.c. non costituiscono null'altro se non presunzioni *iuris et de iure* (peraltro aventi per loro natura carattere di disposizioni «eccezionali» ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c.), che producono l'effetto di privare il giudice della potestà decisoria semplicemente in virtù dell'accertamento del fatto posto alla base dell'inferenza, senza alcuna indagine, gnoseologicamente impossibile, rispetto al concreto condizionamento effettivamente vissuto da colui che deve decidere il caso concreto.

Il difetto di parzialità o di terzietà del giudicante, afferendo ad uno stato d'animo, o comunque intellettivo, della singola persona fisica, non è una questione che possa essere resa oggetto di accertamento e, difatti, appare irrilevante per l'applicazione di tali disposizioni. L'accertamento giudiziale ricade esclusivamente sulla sussistenza di una delle ipotesi tipiche regolate dall'art. 51, comma 1°, c.p.c., al cui riscontro segue necessariamente l'estromissione del magistrato dalla lite, anche se quest'ultimo non soffra alcun condizionamento. A mero titolo esemplificativo, non sembra infatti che, a prescindere dalle evenienze del caso concreto, si possa con certezza affermare che la causa in cui è coinvolto il pronipote del coniuge del giudice (parente, per quest'ultimo, in linea collaterale di 4° grado, fattispecie rilevante ai sensi dell'art. 51, n. 2, c.p.c.) sia maggiormente esposta a rischi di parzialità rispetto a quella controversia in cui invece sia parte il figlio di un cugino (parente in linea collaterale di 5° grado, che, al contrario, costituisce una figura di legame soggettivo ininfluente rispetto all'eventuale ricusabilità del giudice) (15). Tuttavia, agli

(15) Analogamente, per addurre un altro esempio, non è certamente detto che il giudice sia realmente influenzato dal fatto che il proprio coniuge viva una «grave inimicizia» con il difensore di una delle parti, rilevante ai sensi dell'art. 51, n. 3, c.p.c.

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

occhi della collettività ad un grado di parentela più vicino sembra corrispondere con maggior probabilità un condizionamento nell'animo del giudice; maggiore è la vicinanza, minore è l'accettabilità della decisione.

In secondo luogo, occorre evidenziare che, nell'ipotesi in cui il giudice non si sia autonomamente astenuto (ipotesi alla quale si accompagna la sola sanzione disciplinare di cui all'art. 2, comma 1°, lett. c, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109), il diritto alla ricusazione è un'attribuzione che ricade nella piena disponibilità della parte interessata, il cui mancato o intempestivo esercizio, se consapevole o semplicemente colpevole, non produce nessuna conseguenza in termini di invalidità degli atti processuali (16). A meno di non voler dubitare della tenuta costituzionale del sistema di cui agli artt. 51 ss. c.p.c., per come applicato fino ad oggi, pare quindi potersi escludere che dette disposizioni tutelino, se non mediatamente, i valori costituzionali di cui all'art. 111, comma 2°, Cost., atteso che, se così fosse, la miglior difesa di tali principi probabilmente dovrebbe giungere fino all'interdizione della possibilità per lo stesso legislatore processuale di introdurre meccanismi di sanatoria dei provvedimenti adottati da colui che, al ricorrere di determinati presupposti in fatto, non possa quindi dirsi terzo e imparziale. L'apparato normativo, viceversa, pur integrati i fatti costitutivi dell'obbligo di astensione, sembra affidarsi alla rettitudine di chi deve rendere giustizia, non facendo mai seguire un'automatica sottrazione del potere di decidere in assenza di un atto volitivo dello stesso giudice ovvero del soggetto interessato, il quale ultimo può scegliere, in caso di mancata astensione, se accettare o meno che la decisione pervenga da un soggetto la cui inidoneità a rendere la decisione nel caso concreto è presunta dal legislatore.

In ultimo, alcune delle fattispecie causative dell'obbligo di astensione non sembrano aver punti di contatto, neanche indirettamente, con la tutela dei principi di imparzialità o di terzietà del giudice. In particolare, è stato, a ragione, rilevato che il citato obbligo di astensione di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c. (che esclude il giudice che ha «conosciuto [della lite] come magistrato in altro grado del processo») sia posto a garanzia non già dell'imparzialità e terzietà del giudicante, ma semplicemente della coeren-

---

(16) Cass. 9 settembre 2016, n. 17864; Cass. 24 aprile 2015, n. 8392, in *Foro it. Rep.* 2015, voce *Astensione, Ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 50; Cass. 12 dicembre 2014, n. 26223, in *Foro it. Rep.* 2014, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 28; Cass., sez. un., 23 aprile 2001, n. 170, in *Foro it. Rep.* 2001, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 31; in dottrina si può certamente rinviare a A. Tedoldi, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, cit., 493 ss., spec. 495 s.

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

za e della razionalità del sistema delle impugnazioni civili. Tale previsione mira, infatti, ad evitare l'inutilità (o l'apparente inutilità) dell'impugnazione o, in genere, di un nuovo riesame, a causa del rischio che l'ingiustizia del provvedimento lamentata dalla parte tramite i mezzi approntati dall'ordinamento non sia correttamente percepita dal giudicante, il quale, non già per difetto di imparzialità (o terzietà), ma per semplice coerenza, ritenga di aver già giustamente giudicato (17). In estrema sintesi, il legislatore, in un'ottica di garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, sembra voler semplicemente assicurare un'ulteriore e concreta possibilità di ottenere la soddisfazione delle proprie pretese a chi ritenga che le stesse siano state ingiustamente negate. Esclusa la ricorrenza di un problema in punto di parzialità, è piuttosto agevole notare che, secondo la comune esperienza, risulterebbe difficile a chiunque accettare che a dargli torto, con effetti pregiudizievoli, possa essere chi già ha definitivamente dimostrato di pensarla diversamente da lui; nulla osta, invece, a che ciò avvenga per libera scelta.

4. – In ragione di quanto appena riportato, le disposizioni in materia di astensione obbligatoria, anche in un'ottica di garantire la pace sociale, sembrano ergersi a tutela della «giustizia» della decisione, nei termini in cui la parte costretta a subire il risultato della giurisdizione possa aprioristicamente accettarlo in quanto giusto, a prescindere poi dal futuro esito della lite.

Pertanto, la definizione delle ipotesi di astensione obbligatoria deve essere attribuita alla sola discrezionalità del legislatore processuale, il quale – nell'ottica della miglior realizzazione del «giusto processo» – assume su di sé il compito (ed è l'unico a poterlo fare) di veicolare il comune sentire sociale nella definizione di quelle casistiche in cui non si possa consentire

---

(17) B. Cavallone, *"Un frivolo amor proprio". Precognizione e imparzialità del giudice civile*, cit., 30, il quale, in relazione alla causa di astensione in argomento, afferma: «(...) nel caso di cui si discute si "teme" invece che il giudice, dopo avere deciso la causa *imparzialmente* (come deve pur presumersi) in un precedente grado di giudizio, la decida di nuovo *nello stesso modo*; cioè, paradossalmente, si finisce per temere proprio *la sua imparzialità*!» (Id., *Ancora sulla 'precognizione' del giudice civile come preteso motivo di astensione*, cit., 1002 ss.). Tale conclusione, ad opinione di chi scrive sembra, peraltro, confermata dall'idea, accolta anche in giurisprudenza, che riconosce, al fine dell'applicabilità della disposizione in commento, la necessità che il giudice nel grado precedente abbia partecipato alla decisione, non essendo invece sufficiente che lo stesso si sia limitato ad istruire la causa senza deciderla (Cass. 9 maggio 2024, n. 12676; Cass. 18 novembre 2016, n. 23520, in *Foro it. Rep.* 2016, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 20; Cass. 27 marzo 2001, n. 4412, in *Foro it. Rep.*, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, 30).

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

che sia un determinato soggetto a condurre e a decidere la lite se non a fronte, in caso di mancata astensione, di una cosciente diversa volontà delle parti.

Tale conclusione appare rafforzata dall'ulteriore considerazione che tali disposizioni non costituiscono null'altro se non limiti all'esercizio della giurisdizione nel caso concreto, i quali – pena la lesione delle attribuzioni di altro potere dello Stato per il pregiudizio ingenerato all'autonomia e all'indipendenza della magistratura – devono essere contenuti secondo la più rigorosa necessità, non essendo in nessun caso possibile, neanche per lo stesso legislatore, scadere in arbitrarie restrizioni del dovere di giudicare (18). Ne consegue che l'interpretazione, anche se costituzionalmente orientata, delle norme in materia di astensione obbligatoria e di ricusazione deve essere improntata ad una seria restrittività, dovendosi, conseguentemente, escludere la sufficienza, ai fini di un'estensione ermeneutica oltre il tenore letterale loro proprio, di un «mero presentimento» di parzialità, in quanto la valutazione della aprioristica accettabilità di una decisione giudiziale non può che essere attribuita in via esclusiva all'organo costituzionale rappresentativo della collettività di riferimento (19).

Nel caso di specie, quindi, il novellato art. 380-*bis* c.p.c. – introducendo un provvedimento (la proposta di definizione accelerata) avente il semplice effetto di anticipare, in ottemperanza ad un'esplicita previsione di legge, il convincimento del giudice sull'oggetto del decidere in modo similare a molti altri modelli processuali disseminati all'interno del nostro ordinamento (si pensi all'ordinanza di cui all'art. 186-*quater* c.p.c.) (20) –

---

(18) G. Scarselli, *La ricusazione tra terzietà del giudice e indipendenza della magistratura*, in *Foro it.* 2002, I, 1615.

(19) Sembra, invero, che neppure l'art. 51, n. 1, c.p.c. possa essere interpretato fino a sconfinare in un'interpretazione così ampia da coprire le «gravi ragioni di convenienza» poste alla base dell'istituto dell'astensione facoltativa; *contra* L. Dittrich, *L'astensione e la ricusazione del giudice*, in *Diritto processuale civile*, cit., 504. Tuttavia, ad opinione di chi scrive, rimane comunque vero che, essendo il giudice l'unico conoscitore del proprio animo e del proprio intelletto, dovrà essere quest'ultimo a veicolare ogni serio dubbio quanto alla propria capacità di giudicare facendo il più ampio ricorso all'astensione «facoltativa» di cui all'art. 51, co. 2°, c.p.c.: in tal caso, infatti, non c'è necessità di ricorrere a presunzioni. Non si può, però, far a meno di evidenziare che autorevole dottrina E. Allorio, *In tema di ricusazione dei giudici e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, cit., 518, sia portata ad affermare che la disposizione si riferisca: «a casi in cui, nonostante l'imparzialità del giudice, sia opportuno che egli non partecipi alla decisione per ragioni di convenienza diverse dalla parzialità (...)»; concordi anche L. Dittrich, *Incompatibilità, astensione e ricusazione*, cit., 205; C. Glendi, *Ancora sull'astensione del giudice*, in *Corriere trib.* 2002, 1740.

(20) In relazione a tale istituto, peraltro, prima della l. 28 dicembre 2005, n. 263 che ha introdotto sostanziali modifiche, la Corte costituzionale ha ritenuto manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 51, n. 4), c.p.c. nella parte in cui non

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

non dovrebbe esser interpretato nel senso di escludere la possibilità che l'estensore partecipi all'adunanza decisoria in camera di consiglio. In fin dei conti non sembra inaccettabile, anche sulla base della mera ragionevolezza, che la decisione sia resa da un soggetto che – espressa e condivisa con le parti una prima valutazione sull'esito della controversia – possa mutare poi il proprio convincimento grazie agli ulteriori sviluppi del contraddittorio in vista dell'adozione della decisione finale.

O, quantomeno, questa è la conclusione a cui siamo stati abituati nel corso del tempo dal nostro legislatore processuale.

FILIPPO NICOLAI
Dottorando nell'Università Roma Tre

---

prevedeva l'obbligo di astensione dal pronunciare sentenza per il giudice che abbia già statuito nel merito, pronunciando tale provvedimento «anticipatorio», Corte cost. 31 maggio 2000, n. 168, in *Foro it. Rep.* 2000, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 29; e in *Foro it.* 2000, I, 2425; e in *Giust. civ.* 2000, I, 1915, con nota di R. Tiscini, *Pronuncia dell'ordinanza* ex *art. 186*-quater *c.p.c. e della sentenza da parte dello stesso giudice: inesistenza dell'obbligo di astensione*; e in *Corriere giur.* 2000, con nota di C. Onniboni, *L'ordinanza n. 168/2000 della Corte costituzionale e la compatibilità del giudice istruttore a pronunciare la sentenza*.

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

OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE (PROCESSO CIVILE: 1° LUGLIO – 30 SETTEMBRE2024) (1)

Nel periodo indicato non sono stati emessi provvedimenti da segnalare.

NICCOLÒ NISIVOCCIA
Avvocato in Milano

(1) Questa rubrica tiene conto delle Gazzette Ufficiali pubblicate nel periodo indicato, salve deroghe eccezionali.

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

OSSERVATORIO SULLA CASSAZIONE CIVILE

SOMMARIO: 1. Domanda giudiziale. *Mutatio* ed *emendatio libelli*. – 2. Estinzione della società e crediti controversi. – 3. Prove. Presunzioni. – 4. Cessazione della materia del contendere. — 5. Mancato rispetto dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. e nullità della sentenza. – 6. Impugnazioni. Potere di rilievo officioso del giudice dell'impugnazione. – 7. Rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. e contraddittorio. – 8. Titolo esecutivo e riforma della sentenza. – 9. Opposizione agli atti esecutivi. – 10. Procedimento di ingiunzione. Opposizione per incompetenza e spese processuali. – 11. Arbitrato. – 12. Difensore. Cancellazione volontaria dall'albo. – 13. Patrocinio a spese dello Stato. – 14. Fallimento e procedure concorsuali. – 15. Fallimento. Omessa comunicazione al creditore da parte del curatore. Domanda di insinuazione al passivo ultratardiva. – 16. Traslazione *ex* art. 622 c.p.p. dell'azione civile esercitata in sede penale. Rapporti tra domanda di condanna generica e domanda di condanna specifica contestualmente proposte.

1. – Cass., sez. II, 2 agosto 2024, n. 21821, Pres. Di Virgilio, Rel. Amato, affronta la questione se la domanda *ex* art. 2041 c.c. costituisca, ove proposta dall'attore in guisa subordinata alla domanda principale con la prima memoria *ex* art. 183 c.p.c., *emendatio* o *mutatio libelli* e se e in che termini la proposizione di una tale domanda incorra nelle preclusioni previste dal codice di rito.

La pronuncia effettua una puntuale ricognizione del panorama giurisprudenziale formatosi sul tema della *mutatio libelli* e della *emendatio libelli*. In particolare, dapprima, si richiama il principio enunciato da Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, Pres. Rovelli, Rel. Di Iasi (segnalata sempre in questa *Rivista* 2015, 1333, *sub* § 4, nell'*Osservatorio* a cura di A. Mastantuono), a tenore del quale il confine fra una domanda «nuova» ed una domanda «modificata» – quest'ultima ammissibile anche con la prima memoria *ex* art. 183 c.p.c.– va identificato nell'unitarietà della domanda, nel senso che, affinché possa opinarsi di domanda «modificata», deve trattarsi della stessa domanda iniziale, emendata eventualmente anche in alcuni elementi fondamentali, o di una domanda diversa che, comunque, non si aggiunga a quella originaria ma la sostituisca, ponendosi in rapporto di alternatività (le cc.dd. «domande complanari»). La pronuncia segnalata richiama poi Cass., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, Pres. Rodorf, Rel. Scrima (segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2018, 1695, *sub* § 10, a cura di L. Costantino) la quale, nel ribadire quanto già affermato nell'arresto delle Sezioni Unite del 2015, precisa che l'ambito delle domande «modificate» non è limitato solo a quelle alternative, che non si aggiungono ma sostituiscono quella originaria, bensì si estende anche alle domande connesse a quella originaria per incompatibilità (sul punto v.

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

anche Cass., sez. VI, 1 luglio 2020, n. 18546, Pres. Scaldaferri, Rel. Campese).

Sulla scorta degli enunciati principi di diritto, la Suprema Corte si esprime nel senso della ammissibilità della domanda di restituzione *ex* art. 2041 c.c., proposta dall'attore, in via subordinata, con la prima memoria *ex* art. 183, comma 6°, c.p.c., nel corso di un giudizio introdotto con domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà di talune quote societarie. Ciò, in quanto, a detta della Suprema Corte, la domanda di restituzione *ex* art. 2041 c.c. è riconducibile alla nozione di «domanda modificata», e come tale ammissibile, giacché, per un verso, essa si riferisce alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio e, per altro verso, la stessa si pone, rispetto alla domanda principale, in rapporto di connessione per incompatibilità logica (cfr. Cass., sez. III, 9 febbraio 2021, n. 3127, Pres. Vivaldi, Rel. Scarano; Cass., sez. III, 31 ottobre 2019, n. 28037, Pres. Armano, Rel. Scoditti; Cass., sez. III, 11 febbraio 2021, n. 3571, Pres. Travaglino, Rel. Scrima).

Sul problema specifico della connessione per alternatività, in dottrina v. C. Consolo, *Le sezioni unite aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.* 2015, 961; E. Merlin, *Ammissibilità della* mutatio libelli *da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in questa *Rivista*, 2016, 807 ss.; G. Palazzetti, *Domanda nuova – Ammissibilità dei* nova ex *art. 183, comma 5°*, in *Giur. it.* 2015, 2101.

2. – Cass., sez. I, 13 giugno 2024, n. 16477, Pres. De Chiara, Rel. Terrusi, sottopone al Primo Presidente, ai fini dell'eventuale rimessione alle sezioni unite, la questione afferente alla possibilità di configurare la tacita rinuncia ai crediti della società, *sub iudice* ed illiquidi, non compresi nel bilancio finale di liquidazione, ove questa, in pendenza del giudizio teso a farli accertare, venga cancellata dal registro delle imprese, con conseguente sua estinzione ed impossibilità di trasferimento di detti crediti ai soci, anche ai fini dell'art. 110 c.p.c.

Al riguardo si registrano due orientamenti contrastanti. Per il primo, all'estinzione della società, successiva alla sua cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponde il venir meno di ogni rapporto giuridico in capo alla società estinta, bensì si determina un fenomeno di tipo successorio, in virtù del quale, dal lato attivo, i diritti ed i beni non facenti parte del bilancio finale di liquidazione, si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità, «con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o

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

azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato, a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo» (così Cass., sez. un., 12 marzo 2013, nn. 6070, 6071, 6072, Pres. Preden, Rel. Rordorf, segnalate nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2013, 776 ss., *sub* § 4, a cura di C. Rizza). Nel solco di detto indirizzo, Cass., sez. III, 29 luglio 2016, n. 15782, Pres. Amendola, Rel. Barreca, ha rimarcato che la cancellazione della società dal registro delle imprese (e, dunque, la sua estinzione) in pendenza del giudizio, determina l'automatica rinuncia al credito controverso. Da tale presunzione deriva, pertanto, l'inoperatività della successione dei soci, ai sensi dell'art. 110 c.p.c., rispetto ai crediti illiquidi ed inesigibili che, per l'appunto, si presumono oggetto di tacita rinuncia da parte della società. Da ultimo, l'indirizzo interpretativo inaugurato dalle Sezioni Unite del 2013 è stato ribadito da Cass., sez. III, 18 luglio 2023, n. 21071, Pres. Scarano, Rel. Cirillo.

Per il secondo orientamento, al contrario, la cancellazione dal registro delle imprese e la successiva estinzione della società, avvenuta in pendenza di un giudizio intrapreso dalla stessa, non comporta anche l'estinzione della relativa pretesa azionata, a meno che il creditore non abbia manifestato, sia pure con comportamenti concludenti, la volontà di rimettere il debito e, per contro, il debitore abbia dichiarato di non volersene avvantaggiare (cfr. Cass., sez. I, 22 maggio 2020, n. 9464, Pres. De Chiara, Rel. Nazzicone; Cass., sez. VI, 31 dicembre 2020, n. 30075, Pres. Scaldaferri, Rel. Nazzicone).

3. – In tema di prove, si segnala Cass., sez. III, 17 giugno 2024, n. 16780, Pres. Travaglino, Rel. Scoditti, che, richiamando la recente Cass., sez. un., 6 luglio 2023, n. 19129, Pres. Spirito, Rel. Cirillo, ha inteso dare applicazione al principio di diritto ivi sancito per il quale, in un giudizio risarcitorio promosso per danni derivanti da una trasfusione di sangue infetto, il provvedimento amministrativo di riconoscimento al danneggiato dell'indennizzo, ai sensi della l. 25 febbraio 1992, n. 210, pur non costituendo una confessione stragiudiziale, rappresenta un elemento grave e preciso, di per sé sufficiente a giustificare il ricorso alla prova presuntiva *ex* art. 2729 c.c. e far ritenere provato, in tal guisa, il nesso causale fra la emotrasfusione infetta e l'insorgenza della patologia.

Attesa la valenza probatoria riconosciuta al provvedimento che dispone la liquidazione dell'indennizzo, il convenuto nel giudizio risarcitorio

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

promosso dal danneggiato, che intenda contestare l'eziologia della patologia contratta, non può limitarsi alla generica contestazione del nesso causale, ma è tenuto a fornire la prova contraria, allegando specifici elementi fattuali non apprezzati in sede di liquidazione dell'indennizzo o sopravvenute acquisizioni della scienza medica, idonei a privare la prova presuntiva, offerta dal danneggiato, dei requisiti di gravità, precisione e concordanza che la caratterizzano.

4. – Degna di nota è Cass., sez. I, 30 agosto 2024, n. 23396, Pres. Valitutti, Rel. Mercolino, la quale afferma che la declaratoria della cessazione della materia del contendere è una pronuncia di carattere processuale, di sopravvenuta carenza di interesse, idonea a formare giudicato sostanziale processuale, limitato al solo aspetto della sopravvenuta mancanza di interesse alla prosecuzione del giudizio.

Sul punto, la pronuncia si pone in linea con il principio enunciato da Cass., sez. III, 24 febbraio 2015, n. 3598, Pres. Segreto, Rel. Scrima, ma in contrasto con quanto affermato dal più recente arresto delle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 11 aprile 2018, n. 8980, Pres. Rordof, Rel. Frasca), a detta delle quali la declaratoria della cessazione della materia del contendere è una pronuncia che attiene al «merito» della controversia, in quanto attesta che è venuta meno la posizione di contrasto fra le parti in causa, essendo sopraggiunti, nel corso del procedimento, eventi estintivi della controversia. Nell'ordinanza in segnalazione, invece, si ritiene che il giudice debba pervenire ad una pronuncia di merito solo nell'ipotesi in cui tra le parti in causa vi sia divergenza in ordine all'intervenuto regolamento negoziale della *res controversa* dedotta in giudizio. In questo caso, infatti, secondo la Suprema Corte, non può esservi declaratoria di cessazione della materia del contendere, ma occorrerà decidere nel merito la domanda, la quale verrà rigettata laddove si accerti che il rapporto contenzioso sia stato oggetto di regolamentazione negoziale fra le parti in causa.

5. – Cass., sez. III, 30 agosto 2024, n. 23380, Pres. Scotti, Rel. Garri, ribadisce il principio secondo cui il mancato rispetto o la mancata concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c., laddove non rinunciati dalle parti, comportano di per sé la nullità della sentenza. In particolare, la pronuncia, allineandosi alle recenti Sezioni Unite (Cass., sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2022, 366, *sub* § 9, a cura di A. Angelini), ritiene che il vizio di nullità della sentenza, resa in tal guisa, scaturisca dal solo fatto di essere stato impedito l'esercizio del diritto difesa nella sua completezza e dalla violazione del

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

principio del contraddittorio, il quale deve realizzarsi in piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo, senza che occorra allegare e dimostrare la sussistenza di un pregiudizio concretamente derivatone (cfr. Cass., sez. III, 13 novembre 2019, n. 29354, Pres. De Stefano, Rel. Rubino, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2020, 457, *sub* § 6, a cura di B. De Santis).

6. – Cass., sez. III, 28 giugno 2024, n. 17925, Pres. Travaglino, Rel. Scoditti, ha rimesso gli atti al Primo Presidente affinché valuti l'opportunità di investire le Sezioni Unite della questione relativa all'individuazione dei limiti del potere del giudice dell'impugnazione di rilevare d'ufficio la questione pregiudiziale di rito (o preliminare di merito) non rilevata nel grado precedente, in cui la domanda è stata rigettata nel merito, in difetto di un'impugnazione incidentale della parte.

Nonostante la rimessione della Terza Sezione involga la risoluzione della questione *de qua*, è d'uopo constatare che vi è una ulteriore questione di diritto, che emerge dall'ordinanza interlocutoria segnalata, su cui si auspica altrettanto un intervento delle Sezioni Unite.

All'uopo, occorre richiamare, in sintesi, la vicenda processuale di riferimento. La pronuncia trae origine dalla proposizione di una domanda risarcitoria *ex* art. 96 c.p.c. in via autonoma, cioè non dinnanzi al giudice della controversia durante la quale si assume essersi tenuta la condotta causativa del danno, ma in un successivo processo.

Il Tribunale rigettava la domanda nel merito, ritenendola infondata e veniva, quindi, adita la Corte d'Appello che, piuttosto, riteneva che la domanda risarcitoria, di cui all'art. 96 c.p.c., «era da disattendere perché inammissibile e non perché infondata nel merito», giacché la sua proposizione in via autonoma è ammissibile solo nel caso di impossibilità assoluta di esercitarla nel processo in cui la condotta dannosa si era manifestata.

A ben vedere, dunque, la prima questione di diritto che si pone afferisce alla proponibilità dell'azione ai sensi dell'art. 96 c.p.c. fuori dal processo in cui si assume essersi verificata la condotta causativa dei danni di cui si richiede il risarcimento.

La seconda concerne la possibilità del giudice del gravame di rilevare d'ufficio una questione, sia essa pregiudiziale di rito che preliminare di merito, non rilevata nel giudizio di *prime cure*, allorquando quest'ultimo si sia chiuso con un rigetto della domanda nel merito. In altre parole, il quesito che si pone è se il rigetto della domanda nel merito comporti che la questione (pregiudiziale di rito o preliminare di merito), comunque

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

logicamente antecedente alla disamina del merito, debba o meno intendersi implicitamente decisa. Con il corollario che, laddove detta questione dovesse ritenersi implicitamente decisa, risulterebbe inibito al giudice del gravame pronunciarsi sulla stessa in difetto di una impugnazione incidentale della parte interessata.

Detta ultima questione, dunque, involge il più ampio discorso dell'ordine delle questioni e, in particolare, dell'ordine rito-merito e dell'operatività del principio della ragione più liquida fra questioni di rito e questioni di merito, oggetto di plurimi e discordanti arresti da parte della giurisprudenza di legittimità (cfr. *ex multis* Cass., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700, Pres. Rosselli, Rel. Frasca, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2016, 1387, *sub* § 11, a cura di A. Buonafede, e pubblicata in *Corr. giur.* 2016, 977 ss., con nota di C. Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*); Cass., sez. un., 12 maggio 2017, n. 11799, Pres. Canzio, Rel. Frasca, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2017, 1370, *sub* § 8, a cura di D. Noviello; Cass., sez. un., 21 marzo 2019, n. 7940, Pres. Petitti, Rel. Falaschi, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2019, 925 ss., *sub* § 8, a cura di F. Pinto).

7. – Cass., sez. un., 29 maggio 2024, n. 15130, Pres. D'Ascola, Rel. Lamorgese, esamina ed affronta la questione relativa alle conseguenze dell'omessa instaurazione del contraddittorio nella fase del rinvio pregiudiziale, *ex* art. 363-*bis* c.p.c., davanti al giudice di merito remittente.

Due sono gli orientamenti, di matrice dottrinale, formatisi *in subiecta materia*, ed efficacemente compendiati nel decreto del 7 settembre 2023 (in *Foro it*. 2023, I, 2787), con il quale la Prima Presidente ha rimesso alle Sezioni Unite la questione, sollevata dal Tribunale di Salerno con l'ordinanza *ex* art. 363-*bis* c.p.c. Per un primo orientamento, il difetto di contraddittorio rende l'ordinanza, con la quale il giudice di merito investe la Suprema Corte della questione controversa, insanabilmente nulla e, perciò, inammissibile il rinvio, in ragione della lesione *in re ipsa* determinata dall'effetto sospensivo automatico, connesso al deposito del provvedimento, e dall'impossibilità per le parti di interloquire con il primo presidente al quale, ai sensi dell'art. 363-*bis*, comma 3°, c.p.c., è demandato il compito, una volta ricevuto il rinvio pregiudiziale, di «assegna[re] la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara[re] con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma». (cfr. F.S. Damiani, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione*, in *Gius. proc. civ*. 2023, § 4;

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

A. Fabbi, *Il rinvio pregiudiziale «alla Corte»*, in *Judicium.it*, § 3.1; R. Tiscini, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione dell'art. 363*-bis *c.p.c. La disciplina. La casistica*, in *Gius. civ.* 2023, 343 ss.). Per l'opposta tesi, invece, l'omessa instaurazione del contraddittorio da parte del giudice di merito non determina la nullità dell'ordinanza di rinvio e, dunque, l'inammissibilità del rinvio stesso, stante, per un verso, la tassatività dei motivi di rinvio prescritti dall'art. 363-*bis*, comma 1°, c.p.c., per altro verso la possibilità di recuperare successivamente il contraddittorio dinnanzi la Suprema Corte, tramite il deposito di memorie o la discussione in pubblica udienza *ex* art. 363-*bis*, comma 4°, c.p.c. (cfr. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *Judicium.it*).

Il Collegio, investito della questione, recependo il secondo orientamento, esclude che possa opinarsi di nullità dell'ordinanza di rinvio e, dunque, di consequenziale inammissibilità del rinvio pregiudiziale, sulla scorta, innanzitutto, di quanto disposto, in materia di nullità, dall'art. 156, commi 1° e 2°, c.p.c.: la nullità dell'ordinanza *de qua*, per mancata instaurazione del contraddittorio dinnanzi al giudice di merito, non è espressamente comminata dalla legge e lo scopo dell'atto può comunque essere raggiunto mediante il recupero del contraddittorio – mancato nella prima fase – dinnanzi alla Suprema Corte, ove le parti hanno la facoltà di depositare memorie e discutere in udienza pubblica ogni aspetto di loro interesse afferente la questione devoluta dal giudice *a quo*.

In conclusione, dunque, le Sezioni Unite ritengono che l'omessa attivazione del contraddittorio dinnanzi al giudice di merito rimettente integri una «violazione meramente formale, inidonea a determinare una effettiva lesione del diritto di difesa o altri pregiudizi alla parte interessata». Si tratta di una affermazione, quest'ultima, che se per un verso ben si comprende alla luce delle argomentazioni spese, della Suprema Corte, nella pronuncia segnalata e protese ad escludere la nullità dell'ordinanza di rinvio in ragione della sostanziale recuperabilità del contraddittorio in un successivo momento, dinnanzi alla Corte di Cassazione, per altro verso, laddove decontestualizzata, potrebbe apparire svalutativa dell'importanza del principio del contraddittorio.

8. – In materia di esecuzione forzata basata su sentenza soggetta a gravame, Cass., sez. III, 30 luglio 2024, n. 21264, Pres. De Stefano, Rel. Rossi, enuncia il principio di diritto a tenore del quale la sentenza resa all'esito del giudizio di appello che dichiara la nullità, per vizio formale o per *error in procedendo*, della sentenza di primo grado, anche se confer-

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

mativa nel merito di quest'ultima, determina la caducazione del titolo esecutivo (rilevabile *ex officio* sia dal giudice dell'esecuzione, sia da quello dell'opposizione esecutiva) e non solo la sua trasformazione.

L'ordinanza segnalata si sofferma, dapprima, sulla distinzione fra «caducazione» e «trasformazione» del titolo, poi sulle ripercussioni dell'una e dell'altra nella (eventuale) procedura esecutiva attivata sulla base della sentenza di primo grado (in tema di differenze fra «caducazione» e «trasformazione» del titolo, cfr. Cass., sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3074 e 12 febbraio 2013, n. 3280, Pres. Carleo, Rel. Frasca, segnalate nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2013, 776 ss., *sub* § 13, a cura di C. Rizza). In particolare, la trasformazione del titolo «si realizza quando ad un titolo di formazione giudiziale intrinsecamente provvisorio [...] si sostituisce un altro provvedimento, recente una statuizione avente eguale idoneità alla coazione, ma affermativa di un diritto per contenuto o quantità diverso da quello riconosciuto nel titolo originario». Corollario della trasformazione del titolo (ma, soprattutto, elemento distintivo rispetto alla caducazione) è la conservazione dell'efficacia delle attività esecutive svolte in forza del titolo sostituito. La caducazione del titolo, che – a detta della Suprema Corte – viene in rilievo nel caso di specie, «consiste nel venir meno di un provvedimento giudiziale, contrassegnata dall'irreversibile privazione della sua idoneità esecutiva e dall'impossibilità di una sua reviviscenza», dalla quale discende, in automatico, la chiusura della procedura esecutiva avviata sulla base del titolo provvisorio.

La sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo, in pendenza del giudizio di opposizione all'esecuzione, non determina automaticamente l'accoglimento dell'opposizione, bensì la cessazione della materia del contendere per difetto di interesse, con conseguente regolazione delle spese di lite secondo il criterio della soccombenza virtuale (cfr. Cass., sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31955, Pres. Vivaldi, Rel. Porreca, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2019, 604 ss., *sub* § 8, a cura di P. Bonifacio; Cass., sez. III, 6 marzo 2020, n. 6422, Pres. De Stefano, Rel. Rubino, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2020, 1405 ss., *sub* § 17, a cura di G. Parisi).

È d'uopo, peraltro, rilevare come la ricostruzione della Corte, protesa a ravvisare una ipotesi di «caducazione» del titolo laddove la sentenza di *seconde cure*, pur confermando nel merito la pronuncia di primo grado, dichiari la sua nullità (per vizio formale o per *error in procedendo*), si ponga in discontinuità con l'effetto sostitutivo della sentenza di appello, che la giurisprudenza di legittimità ritiene pacificamente sussistente allorquando il giudice del gravame, entrando ad esaminare il merito della

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

controversia, renda una statuizione tanto riformativa quanto confermativa della sentenza di primo grado.

9. – Ad avviso di Cass., sez. III, 10 luglio 2024, n. 18899, Pres. De Stefano, Rel. Condello, è inammissibile il regolamento necessario, di cui all'art. 42 c.p.c., proposto avverso l'ordinanza resa dal giudice della esecuzione sulla propria competenza. In particolare, la segnalata pronuncia, conformandosi all'orientamento giurisprudenziale prevalente *in subiecta materia*, sostiene la non diretta impugnabilità dell'ordinanza *de qua*, dovendo, quest'ultima, essere preliminarmente censurata per il tramite di un'opposizione agli atti esecutivi, senza che, in tal guisa, debba intendersi sottratta la competenza del giudice dell'esecuzione al controllo della Suprema Corte, giacché la parte interessata può impugnare, con il regolamento di competenza, la sentenza, di accoglimento o di rigetto, dell'opposizione agli atti esecutivi, siccome desumibile dall'art. 187 disp. att. c.p.c.

L'individuazione dell'opposizione agli atti esecutivi quale rimedio per censurare l'ordinanza resa dal giudice dell'esecuzione sulla propria competenza si fonda su un due principali argomentazioni: detta ordinanza non può dirsi una «vera e propria» decisione sulla competenza, assolvendo piuttosto ad una funzione «ordinatoria del procedimento»; l'«errore» sulla competenza può ricomprendersi nel concetto di «irregolarità» di cui all'art. 617 c.p.c. (cfr. Cass., sez. III, 17 dicembre 2002, n. 18019, Pres. Giuliano, Rel. Di Nanni; Cass., 4 agosto 2001, n. 4989, Pres. Giustiniani, Rel. Di Nanni, in *Giur. it*. 2002, 940, con nota di B. Fratini, *Sull'esperibilità del regolamento di competenza avverso i provvedimenti del giudice dell'esecuzione*; Cass., sez. III, 30 agosto 2004, n. 17444, Pres. Vittoria, Rel. Talevi; Cass., sez. VI, 23 luglio 2010, n. 17462, Pres. Finocchiaro, Rel. Frasca; Cass., sez. VI, 26 luglio 2011, n. 16292, Pres. Finocchiaro, Rel. Frasca). Argomentazioni, quelle addotte dalla giurisprudenza di legittimità, non esenti da critiche da parte della dottrina (cfr. B. Sassani, *Giudice dell'esecuzione e declaratoria di incompetenza*, in *Judicium* 2021).

Nel caso, poi, in cui la parte interessata abbia (inammissibilmente) impugnato l'ordinanza resa dal giudice dell'esecuzione sulla propria competenza con il regolamento necessario, il decorso del termine per proporre opposizione agli atti esecutivi deve intendersi sospeso fino alla data di comunicazione del deposito dell'ordinanza di decisione del regolamento di competenza.

La Suprema Corte, infine, senza tuttavia approfondire la questione, giacché non rilevante nel caso di specie, ribadisce altresì che, quando in

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

seguito all'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione abbia declinato la propria competenza, il processo venga riassunto davanti ad altro giudice, non possa quest'ultimo, qualora si ritenga incompetente, sollevare d'ufficio il regolamento di competenza. Piuttosto, egli si può pronunciare, ai sensi dell'art. 487 c.p.c., con un'ordinanza, a sua volta impugnabile col rimedio oppositivo *ex* art. 617 c.p.c.

10. – Cass., sez. II, 30 luglio 2024, n. 21300, Pres. Di Virgilio, Rel. Bertuzzi, esamina ed affronta la questione della possibilità per il giudice adito, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, di decidere sulla competenza e di pronunciarsi sulle spese di lite relative alla fase svoltasi dinnanzi a lui, laddove la parte opposta abbia aderito all'eccezione di incompetenza territoriale formulata, ai sensi dell'art. 38, comma 2°, c.p.c., dalla parte opponente.

In particolare, la Corte ribadisce, dapprima, il principio secondo cui, nell'ipotesi prevista dall'art. 38, comma 2°, c.p.c., l'adesione dell'attore all'eccezione di incompetenza territoriale proposta dal convenuto comporta l'esclusione di ogni potere del giudice adito di decidere sulla competenza, risultando essa risolta dall'accordo formatosi *inter partes* nel processo, con il corollario che, mancando una pronuncia del giudicante sulla questione di competenza, lo stesso non può nemmeno pronunciarsi sulle spese processuali relative alla fase svoltasi davanti a lui, dovendo piuttosto provvedervi il giudice dinnanzi al quale è rimessa la causa (cfr. Cass., sez. VI, 11 maggio 2022, n. 15017, Pres. Scoditti, Rel. Valle). Si pone peraltro il quesito dell'applicabilità di detto principio al giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, giusta le peculiarità che lo connotano, dal momento che l'adesione della parte opposta all'eccezione di incompetenza territoriale comporta comunque la declaratoria di nullità del decreto ingiuntivo opposto, per essere stato reso da un giudice incompetente.

Sul punto, come evidenziato dalla stessa pronuncia, si rinviene un contrasto giurisprudenziale. In particolare, un primo orientamento risponde al suddetto quesito in senso affermativo, ritenendo che la declaratoria di nullità del decreto ingiuntivo non assuma valore di connotato distintivo, dovendo piuttosto ritenersi implicita al provvedimento con cui il giudice dell'opposizione, prendendo atto dell'adesione dell'opposto alla eccezione di incompetenza territoriale del giudice che lo ha emesso, dispone la cancellazione della causa dal ruolo e rimette le parti dinanzi al giudice competente (cfr. Cass., sez. VI, 8 novembre 2013, n. 25180, Pres. Segreto, Rel. Lanzillo; Cass., sez. III, 20 marzo 2006, n. 6106, Pres. Nicastro, Rel. Durante). Per un secondo orientamento, invece, il principio *de quo* risulta

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

inapplicabile al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, sicché il giudice, adito in sede di opposizione, è tenuto a pronunciarsi sulle spese di lite, sulla base di un duplice ordine di argomentazioni: per un verso, il giudizio di opposizione, con la declaratoria di invalidità del decreto ingiuntivo, deve intendersi definito e la causa (eventualmente) riassunta avrà ad oggetto l'accertamento del credito in precedenza fatto valere in via monitoria; per altro verso, occorre ovviare al rischio della mancata riassunzione del giudizio, che determinerebbe un pregiudizio in capo alla parte che ha, a ragione, eccepito l'incompetenza del giudice del monitorio (cfr. Cass., sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 4028, Pres. Lombardo, Rel. Scarpa).

L'adesione della Suprema Corte, nella sentenza in rassegna, al primo orientamento suscita qualche perplessità, tanto in punto di argomentazioni profuse per avvalorare l'applicazione del principio *de quo* al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, quanto in punto di obliterazione dell'ipotesi (comunque plausibile) di mancata riassunzione del giudizio dinnanzi al giudice competente.

11. – La questione sottoposta all'esame di Cass., sez. I, 5 agosto 2024, n. 22005, Pres. Valitutti, Rel, Mercolino, concerne la impugnabilità di un lodo espressamente qualificato dagli arbitri come rituale nelle forme e termini di cui agli artt. 827 ss. c.p.c. ovvero, affermandone l'impugnante la natura irrituale, l'impugnabilità nei modi propri di quest'ultimo.

La pronuncia segnalata, ponendosi in linea con l'orientamento giurisprudenziale oramai prevalente, afferma che, agli effetti dell'individuazione del regime impugnatorio del lodo, rileva solo la natura dell'atto posto in essere dall'arbitro e le concrete modalità di svolgimento del relativo procedimento. Più precisamente, la Suprema Corte afferma che, ogni qual volta gli arbitri abbiano qualificato la loro pronuncia, tale qualificazione deve considerarsi decisiva ai fini dell'individuazione del regime di impugnazione del lodo, rendendosi, a tal fine, irrilevante l'indagine sul tipo di arbitrato effettivamente voluto e prospettato dalle parti nella clausola compromissoria. Detta indagine rimane, invece, necessaria laddove non vi siano elementi esteriori che consentano di cogliere tale qualificazione: in tal caso – sostiene la Corte – deve presumersi che gli arbitri si siano attenuti al mandato ricevuto dalle parti, rendendo un lodo corrispondente alle loro aspettative. Sicché, solo in questa ultima ipotesi, sarà consentito al giudice dell'impugnazione procedere all'interpretazione dell'accordo compromissorio al fine di accertare la natura dell'arbitrato e, dunque, l'ammissibilità dell'impugnazione proposta (cfr. Cass., sez. I, 24 marzo 2011, n.

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

6842, Pres. Luccioli, Rel. De Chiaro, in questa *Rivista* 2012, 454, con nota di G. Canale, *Errore nella qualificazione dell'arbitrato ed impugnazione del lodo* e in *Riv. dir. arb.* 2013, 933, con nota di E. Debernardi, *Sull'impugnazione del lodo reso in seguito ad un accordo compromissorio per arbitrato irrituale ed erroneamente qualificato come rituale dagli arbitri*; Cass., sez. II, 8 novembre 2013, n. 25258, Pres. Triolo, Rel. Giusti; Cass., sez. II, 18 febbraio 2016, n. 3197, Pres. Bucciante, Rel. Giusti; Cass., sez. I, 20 maggio 2024, n. 13884, Pres. Valitutti, Rel. D'Orazio). Pertanto, ove gli arbitri, come nel caso di specie, abbiano attribuito all'arbitrato natura rituale ed abbiano provveduto nelle forme di cui agli artt. 816 ss. c.p.c., sebbene la convenzione arbitrale fosse stata redatta esprimendo l'inequivoca volontà delle parti di ottenere un lodo irrituale, l'impugnazione del lodo, pur se diretta a far valere la natura irrituale dell'arbitrato e la conseguente nullità del lodo (pronunciato fuori dai limiti della convenzione d'arbitrato), deve essere proposta dinnanzi alla Corte d'appello ai sensi degli artt. 827 ss. c.p.c.

12. – Cass., sez. un., 12 luglio 2024, n. 19197, Pres. D'Ascola, Rel. Marino, dubita della legittimità costituzionale dell'art. 57, l. 31 dicembre 2012, n. 247, nella parte in cui non contempla eccezioni al divieto di cancellazione di un avvocato dall'Albo in pendenza di un procedimento disciplinare, in presenza di condizioni preclusive per l'esercizio stesso dell'attività professionale.

La Suprema Corte, prima di argomentare circa la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, individua le *rationes* cui risponderebbe il divieto enunciato dalla menzionata disposizione: da una parte, far sì che l'incolpato, una volta instaurato il procedimento disciplinare, possa giovarsi delle prerogative difensive che la legge gli riserva; dall'altra, impedire che il professionista possa sottrarsi, per il tramite della cancellazione dall'Albo, alla valutazione disciplinare dell'ordine di appartenenza (cfr. sul punto Cass., sez. un., 20 ottobre 1993, n. 10382, Pres. Brancaccio, Rel. Taddeucci e Cass., sez. un., 15 ottobre 2003, n. 15406, Pres. Delli Priscoli e Rel. Criscuolo).

Di particolare interesse, in ragione del recente dibattito circa i limiti dell'interpretazione costituzionalmente orientata, è il rilievo secondo cui, a detta della Suprema Corte, lo stesso tenore letterale della disposizione in esame rappresenta un limite alla ricerca di una soluzione ermeneutica conforme al dettato costituzionale, stante l'impossibilità di ricavarvi un significato «che possa situarsi comunque nell'orizzonte di senso della lettera e dell'univoco tenore della norma».

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

13. – Cass., sez. II, 5 luglio 2024, n. 18383, Pres. Orilia, Rel. Oliva, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 143 del T.U. delle spese di giustizia, con riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede il diritto del difensore d'ufficio del genitore reperibile ma insolvente, che abbia svolto la sua opera nell'ambito di un procedimento di cui alla l. 4 maggio 1983, n. 184, di porre a carico dell'Erario le spese ed il compenso dovuto a fronte dell'attività prestata.

La pronuncia segnalata individua una irragionevole diversità di trattamento di due ipotesi del tutto sovrapponibili: mentre, infatti, il difensore d'ufficio del genitore irreperibile, che abbia prestato la sua opera nell'ambito di un procedimento di cui alla l. 4 maggio 1983, n. 184, può richiedere che le spese sostenute ed il compenso professionale siano posti a carico dell'Erario, giusta la sentenza additiva della Corte Costituzionale n. 135 del 2019, analogo diritto non è riconosciuto al difensore d'ufficio del genitore reperibile ma insolvente, nei cui confronti sia stato esperito un infruttuoso tentativo di recupero del credito. In quest'ultima ipotesi, a detta della Suprema Corte, è insostenibile ritenere che il difensore sia tenuto a prestare istanza di ammissione del proprio assistito d'ufficio al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, giacché «laddove il legislatore [ha] previsto la difesa di ufficio, non v'è spazio per ipotizzare l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato e viceversa». All'uopo, la pronuncia effettua una interessante sottolineatura delle differenze fra i due istituti, in punto di presupposti e finalità: la difesa d'ufficio è diretta ad assicurare una difesa effettiva ai soggetti destinatari di un procedimento penale o coinvolti in uno dei giudizi per i quali il legislatore ha previsto l'indefettibilità della difesa tecnica (tra i quali i procedimenti di cui alla l. 4 maggio 1983, n. 184); il patrocinio a spese dello Stato, è diretto ad assicurare ai non abbienti, in tutti i procedimenti, il diritto di azione e di difesa in giudizio.

14. – Non constano precedenti di legittimità con riferimento alla questione esaminata ed affrontata da Cass., sez. I, 19 agosto 2024, n. 22914, Pres. Cristiano, Rel. Crolla, afferente alla compatibilità tra il privilegio processuale fondiario, di cui all'art. 41, comma 2°, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (TUB) e le procedure concorsuali di liquidazione giudiziale e di liquidazione controllata, disciplinate dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza).

In particolare, la Suprema Corte giunge a sostenere che il creditore fondiario possa avvalersi del «privilegio processuale», di cui all'art. 41, comma 2°, TUB tanto nel caso di sottoposizione del debitore esecutato

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

alla procedura concorsuale di liquidazione giudiziale quanto alla procedura concorsuale di liquidazione controllata. La pronuncia segnalata risale, dapprima, alla compatibilità del privilegio fondiario con la procedura di liquidazione giudiziale attraverso una puntuale ricostruzione dello scenario normativo di riferimento: l'art. 150 CCII, dettato nella liquidazione giudiziale, ha riprodotto in modo fedele il disposto dell'art. 51 l. fall., a tenore del quale il divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive fa «salve le diverse disposizioni di legge», tra cui, per l'appunto, l'art. 41, comma 2°, TUB, il quale statuisce che «l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore». Dunque, secondo la Suprema Corte, la «diversa disposizione di legge» di cui all'art. 150 CCII deve intendersi immediatamente riferibile al privilegio processuale stabilito dall'art. 41, comma 2°, TUB, essendo irrilevante il dato testuale di quest'ultima disposizione che, pur dopo l'entrata in vigore del Codice della Crisi, continua a fare riferimento alla procedura fallimentare.

Parimenti, argomenta la pronuncia segnalata, deve ritenersi applicabile il privilegio fondiario alla liquidazione controllata, sempre sulla base del dato normativo: se, da un lato, l'art. 150 CCII ha riprodotto per la liquidazione giudiziale il disposto dell'art. 51 l. fall., per cui il divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive fa «salve le diverse disposizioni di legge», dall'altro lato il legislatore ha introdotto nel Codice della Crisi l'art. 270, comma 5°, CCII, che, richiamando espressamente il predetto art. 150 CCII – senza neppure la limitazione del criterio di compatibilità – di fatto introduce la medesima clausola di deroga anche nella procedura di liquidazione controllata.

15. – Degna di nota è Cass., sez. I, 5 luglio 2024, n. 18370, Pres. Cristiano, Rel. Vella, secondo la quale, nel caso di fallimento del debitore nel corso di una procedura di espropriazione immobiliare, l'inserimento da parte della cancelleria della sentenza dichiarativa del fallimento nel fascicolo della procedura esecutiva, in assenza di una comunicazione alle parti costituite, non è idoneo a trasferire l'effettiva conoscenza del fallimento in capo al creditore procedente ed ai creditori intervenuti.

Nel caso di specie, il curatore del fallimento non interveniva nella procedura esecutiva pendente e non effettuava l'avviso *ex* art. 92 l. fall. (oggi art. 200 CCII) al creditore pignorante. Senonché, *medio tempore*, il credito azionato dal creditore pignorante era oggetto di cessione, a seguito della quale il cessionario formalizzava l'intervento nella procedura esecutiva ai sensi dell'art. 499 c.p.c., senza avvedersi della sentenza dichiarativa

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

del fallimento del debitore esecutato, depositata nel fascicolo telematico della procedura. Il curatore, scaduto il termine per la presentazione delle domande tardive, notificava al creditore cessionario l'avviso *ex* art. 92 l. fall. e, quest'ultimo, proponeva domanda ultratardiva di ammissione al passivo del fallimento. Il giudice delegato, acquisito il fascicolo della procedura esecutiva, escludeva il relativo credito, ai sensi dell'art. 101, comma 4°, l. fall., ritenendo il ritardo imputabile al creditore istante che non si era colpevolmente avveduto della sentenza di fallimento depositata nel fascicolo della procedura esecutiva, ove lo stesso creditore cessionario era intervenuto. La decisione del giudice delegato veniva confermata dal Tribunale in sede di opposizione allo stato passivo.

La Suprema Corte, investita della questione, rammenta innanzitutto che, in assenza dell'avviso di cui all'art. 92 l. fall., ricade sul curatore l'onere di provare che il creditore abbia avuto conoscenza dell'effettiva apertura della procedura concorsuale, mediante un atto o fatto equipollenti a detto avviso, con il precipitato che, non assolvendo il curatore a detto onere probatorio, la domanda di ammissione al passivo non possa ritenersi preclusa per effetto dello spirare del termine di cui all'art. 101, comma 1°, l. fall. (cfr. *ex multis* Cass., sez. I, 27 dicembre 2023, n. 35963, Pres. Cristiano, Rel. Crolla; Cass., sez. I, 2 febbraio 2023, n. 3195, Pres. Cristiano, Rel. Perrino; Cass., sez. I, 8 luglio 2022, n. 21760, Pres. Cristiano, Rel. Tricomi); e precisa che il mero inserimento della sentenza dichiarativa del fallimento nel fascicolo della procedura esecutiva, su iniziativa della cancelleria, non seguito dal alcuna comunicazione alle parti costituite, non può considerarsi fatto equipollente all'avviso di cui all'art. 92 l. fall.

16. – Cass., sez. III, 23 luglio 2024, n. 20351, Pres. Scrima, Rel. Spaziani, affronta il tema dei rapporti tra azione civile ed azione penale in punto di *translatio* in sede civile *ex* art. 622 c.p.p. della domanda risarcitoria originariamente proposta con la costituzione di parte civile, in via alternativa, con la richiesta di condanna specifica dell'imputato e del responsabile civile o di condanna generica, con liquidazione del danno in separata sede. Ciò in un contesto in cui la sentenza assolutoria dell'imputato resa in grado di appello, impugnata dalla sola parte civile, era stata annullata dai giudici di legittimità con rinvio ai soli effetti civili e, in sede di riassunzione, la parte civile aveva formulato la domanda risarcitoria mediante rinvio alle conclusioni assunte con la costituzione di parte civile e, quindi, riproponendo la domanda risarcitoria, alternativamente, in termini sia di condanna specifica che di condanna generica.

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

Il giudice civile, adito in sede di riassunzione, si pronunciava solo sulla domanda di condanna specifica, rigettandola, giacché, pur accertata la condotta diffamatoria, riteneva che l'attrice non avesse fornito prova delle conseguenze dannose patite in concreto. La sentenza di appello veniva impugnata dalla parte civile, denunciandosi, per quanto di interesse, ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 4 c.p.c., i vizi di ultrapetizione ed omesso esame della domanda di condanna generica al risarcimento del danno, in violazione dell'art. 112 c.p.c.

La Suprema Corte, configurando il giudizio di rinvio *ex* art. 622 c.p.p. come autonomo rispetto al giudizio svoltosi in sede penale, ritiene che allo stesso siano applicabili le regole processuali e probatorie civili. Tra queste regole rientra, dunque, l'art. 278 c.p.c. che, come ribadito dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 12 ottobre 2022, n. 29862, Pres. Curzio, Rel. Rossetti, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2022, 338 ss., *sub* § 4, a cura di O.D. Lo Sardo), consente al danneggiato di proporre anche una domanda risarcitoria limitata, in origine, al solo *an debeatur*, con la conseguenza che, essendosi esercitata la facoltà di limitare la domanda alla sola condanna generica, eventualmente assistita da provvisionale, il giudice non potrebbe pronunciarsi sulla condanna specifica, giacché violerebbe «sia il principio dispositivo in senso materiale (art. 112 c.p.c.), che riserva alle parti la disponibilità dell'oggetto del processo, sia il principio dispositivo in senso formale, che riserva alle parti la disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.)».

Tale principio, però, secondo la Suprema Corte non trova applicazione laddove, come nel caso di specie, la domanda risarcitoria sia stata formulata, tanto in forma specifica che in forma generica, in rapporto, qualificato dal giudice di rinvio, di alternatività. Al riguardo, correggendo sul punto la motivazione della sentenza del giudice *a quo*, ritenuta nella parte dispositiva conforme a diritto, la Suprema Corte, in linea con il proprio orientamento, ha riqualificato il rapporto tra domanda di condanna generica e domanda di condanna specifica in termini di pregiudizialità logica, e dunque non soggetta né all'applicazione dell'art. 34 c.p.c., né, in caso di proposizione contemporanea delle due domande dinnanzi a giudici diversi, dell'art. 295 c.p.c. (cfr. Cass., sez. un., 26 luglio 2004, n. 14060, Pres. Ianniruberto, Rel. Preden; Cass., sez. III, 11 marzo 2005, n. 5431, Pres. Nicastro, Rel. Spirito; Cass., sez. lav., 21 febbraio 2017, n. 4442, Pres. Napoletano, Rel. Patti).

Ciò posto, la Suprema Corte ha affermato che, nell'ipotesi di contemporanea proposizione dinnanzi al medesimo giudice, di una domanda di condanna generica e di una domanda di condanna specifica, il rapporto di

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

pregiudizialità (logica) intercorrente fra le stesse per un verso inibisca al giudice di decidere, in via autonoma, la domanda di condanna generica, vertente sul rapporto ritenuto pregiudicante, per altro verso comporti che la pronuncia sulla domanda di condanna specifica «estend[a] implicitamente i suoi effetti alla domanda di condanna generica e al diritto (pregiudicante) che ne formava oggetto».

FRANCESCA FRISINA
Dottoranda di ricerca nell'Università Roma Tre

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

INDICE DEL VOLUME SETTANTANOVESIMO

Seconda Serie - 2024

ARTICOLI

BOCCAGNA S., *Cento anni con la* Rivista di diritto processuale 313

BORSELLI E., *Obbligazioni solidali ad interesse comune, impugnazioni dei condebitori soccombenti e domande «incidenti»* 442

CAVALLINI C., *Giustizia civile, economia e costituzione* 24

CHIOVENDA G., *L'oralità e la prova* 1

CONSOLO C., *Idee chiare e fantasmi latenti quanto al contratto a favore di terzo e alle varie azioni spettanti a ciascuno* 781

DANIELE M., *La crisi del codice di procedura penale: un fenomeno irreversibile?* 91

FERRUA P., *Le intercettazioni nei riguardi dei parlamentari: gli incerti confini dell'art. 68, comma 3°, Cost.* 773

GHIRGA M.F., *La cultura della mediazione* 45

GHIRGA M.F., *Nuove riflessioni sull'abusivo frazionamento della pretesa azionata con la domanda giudiziale* 798

GHIRGA M.F., *Riflessioni sparse sulle tutele dei legittimari* 1089

GIUSSANI A., *Le eccezioni contrattuali dilatorie nel procedimento civile: che tempo fa* 319

MARINELLI M., *La* saisine pour avis de la Cour de Cassation *e il nuovo rinvio pregiudiziale* ex *art. 363*-bis *c.p.c.: divagazioni su norme giuridiche e «norme culturali»* 67

MARUFFI R., *Successori universali nel processo* ex *art. 110 c.p.c. e proposizione di domande nuove* 1181

SIGNORATO S., *Il processo penale telematico: alla ricerca di un punto di equilibrio tra efficienza e salvaguardia dei diritti fondamentali* 424

SIGNORATO S., *Indagini e prove digitali* 1150

SIMONCINI A., *La dimensione costituzionale della giustizia predittiva. Riflessioni su intelligenza artificiale e processo* 389

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

STELLA M., *La distrazione delle spese di lite: oggetto, procedimento, effetti* 829

TEDOLDI A.M., Next generation *e rimedi collettivi* 367

TEDOLDI A.M., «Onus probandi incumbit ei qui negat». *Eterogenesi e palingenesi dell'onere della prova e della contumacia* 1118

TISCINI R., *Tutela inibitoria e cambiamento climatico* 331

VACCA A., *Sul ricorso per cassazione avverso le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, per motivi inerenti alla giurisdizione* 99

STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

CAVALLONE B., *«Fausti presagi». Breve ricordo di un Maestro* larger than life 1201

CONSOLO C., *Elio Fazzalari punto di incontro fra filosofica teoria generale e ben concetta analisi processualcivilistica* 1205

CONSOLO C., *Sergio Chiarloni, giusrealista curioso* 109

NARDOZZA M., *Onere della prova e logica giuridica presuntiva. Note sul pensiero dei glossatori (tra XII e XIII secolo)* 869

PUNZI A., *Elio Fazzalari teorico del diritto* 859

SPAZIANI P., *Carnelutti e Calamandrei tra il «capo» e la «questione» (ovverosia, Chiovenda, la terza legge di Newton e la poesia di Donne)* 1213

DIBATTITI

AULETTA F., *Gli ultimi cinquant'anni del «fa[re] stato»* 482

BINI SMAGHI N., *Arbitrato multiparti e litisconsorzio necessario* ... 160

CARRATTA A., *L'oggetto del giudicato civile fra dedotto e deducibile* 499

CAVALLINI C., *Cosa giudicata* vs Res judicata 466

CHIZZINI A., *A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)* 911

CIRILLO S., *«Efficacia» e «autorità» della sentenza nel prisma della riforma del processo* 557

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

GABOARDI M., *Pregiudizialità e sospensione del processo: dal giudicato alla sentenza di primo grado* 538

PAGNI I., *A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)* 929

RENDINA M., *Potere «revocatorio» e cessione del credito* 132

RUSCIANO S., *Oggetto del giudicato e domande complanari* 519

SASSANI B., *A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)* 947

TEDOLDI A.M., *A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)* 961

VERDE G., *Conclusioni* dell'incontro sul libro di Giovanni Verde (*«Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)* 974

VERDE G., *Le forme. Ah! Che c'è oltre le forme? (Leggendo l'ultimo libro di Renato Oriani)* 122

VIETTI M., *A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)* 955

ATTUALITÀ LEGISLATIVA

BUONCRISTIANI D., *Estromissione del socio lavoratore: genesi e dubbi interpretativi dell'art. 441*-ter *c.p.c.* 597

FABBRIZZI G., *Anatomia dei limiti dimensionali degli atti processuali nel d.m. 7 agosto 2023, n. 110* 985

MARTINO M., *Sulla difficile convivenza tra le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e le azioni collettive* ex *artt. 840*-bis *e ss. c.p.c.* 1222

RAITI G., *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* 167

RICCI G.F., *Alcune osservazioni sul nuovo processo di famiglia. Errori concettuali e disarmonie del sistema* 571

DIRITTO PROCESSUALE COMPARATO E INTERNAZIONALE

AULETTA F., *La privatizzazione della tutela giurisdizionale per la reintegrazione sanzionatoria del danno erariale nell'esperienza statunitense dell'azione* qui tam 1261

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

PICÓ JUNOY J., *Le udienze di assunzione dei mezzi di prova da remoto: un approccio comparato (italiano, spagnolo e statunitense)* 1245

NOTIZIE E RICORDI

CAVALLONE B., *Vittorio Colesanti. Lettere e ricordi* 621

COMOGLIO L.P., *Ricordo affettuoso di Corrado Ferri* 1280

LUISO F.P., *Giovanna Tombari Fabbrini* 622

MERLIN E., *Un convegno in ricordo di Natale Giallongo: la prova nel diritto civile* 1282

SASSANI B., *La* Remise *dei* Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet 192

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Anelli F., Briguglio A., Chizzini A., De Poli M., Gragnoli E., Orlandi M., Tosi L. (a cura di) (Pezzani T.M.) 1283

Aiuti V. (Pressacco L.) 1285

Califano G.P. (Pezzani T.M.) 194

Carpi F., Biavati P., Zucconi Galli Fonseca E., Rasia C. (Spaccapelo C.) 1289

Chizzini A., Abraham D., Andrews N., Silvestri C., Stürner R., Varano V. (a cura di) (Guarnieri G.) 624

Cirulli M. (Tarricone S.) 1293

Corea U. (Villata S.A.) 1006

Curzio P. (a cura di) (Rusciano S.) 625

Fondazione Biblioteca di Lauro (Punzi C.) 627

Martello M. (a cura di) (Ferraris F.) 628

Menchini S. (Ferrari F.) 1009

Morcavallo U. (Rusciano S.) 629

Noviello D. (Garavaglia M.) 630

Panzarola A. (Adobati E.) 1009

Patti S., Poli R. (a cura di) (Giussani A.) 1295

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

Poli R. (Pezzani T.M.) 632

Pressacco L. (Aiuti V.) 1011

Romano A.A. (Zulberti M.) 1014

Ruffini G. (a cura di) (Ferrari F.) 1014

Serra M.L. (Baccaglini L.) 634

Spaccapelo C. (Neri A.) 195

Villa A. (Vanzetti M.) 197

NOTE ALLE SENTENZE

ADOBATI E., *Domande subordinate o alternative accolte e riemersione nelle fasi di impugnazione* 694

BACCAGLINI L., *Impugnazione incidentale tardiva e coobligazione solidale: la conferma di una soluzione inappagante* 1347

BRIGUGLIO A., *Il nuovo art. 171*-bis *c.p.c., la Corte costituzionale, ed il «primo grado Cartabia» fra l'essere quest'ultimo solo inutile e l'essere dannoso, nonché fra le nostre discrete angosce e il vivido desiderio di integrale abrogazione. Con una Postilla sul «Correttivo»* 1309

CHIARANDA P., *Ammissibili i rinvii pregiudiziali alla Corte di cassazione proposti dai giudici tributari e su questioni di giurisdizione* 1383

COREA U., *Sentenza* ex *art. 2932 c.c. e condanna implicita* 1364

FANELLI G., *La Corte costituzionale e la garanzia dell'alterità e imparzialità del giudice* 255

FARINA P., *Querela di falso proposta in via autonoma e sorte del giudizio principale in fase di gravame* 221

FERRARIS F., *Mediazione obbligatoria e domanda riconvenzionale: fine della questione?* 1037

LANDI A., *Giudizio di delibazione di sentenza straniera e interruzione della prescrizione* 715

LIMONGI B., *Le Sezioni Unite sulla «decisorietà di fatto» e il ricorso straordinario in Cassazione* 270

NICOLAI F., *Sulla tassatività delle ipotesi di astensione obbligatoria quali disposizioni a tutela dell'accettabilità del risultato della giurisdizione* 1401

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

ORIANI R., *L'individuazione del mezzo di impugnazione: un terzo criterio tra il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e il principio dell'apparenza* 638

PROTO PISANI A., VERDE G., *Verso una giurisdizione di tipo oggettivo?* 1027

RASCIO N., *Principio di acquisizione e onere della prova nel giudizio di appello* 655

SALVIONI T., *Il terzo pignorato come litisconsorte necessario in tutte le opposizioni esecutive* 1050

STELLA M., Judgment on the award *e conflitto tra decisioni nel Reg. CE Bruxelles I* 239

TISCINI R., *Postilla (*a LIMONGI B., *Le Sezioni Unite sulla «decisorietà di fatto» e il ricorso straordinario in Cassazione)* 289

VANZETTI M., *Condanna generica e provvisionale: orientamenti consolidati che non convincono* 206

VILLATA S.A., *Azione revocatoria e successione nel diritto controverso* 671

PANORAMI

FRISINA F., *Osservatorio sulla Cassazione civile* 1414

NICOLAI F., *Osservatorio sulla Cassazione civile* 1060

NISIVOCCIA N., *Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1º ottobre – 31 dicembre 2023)* 293

NISIVOCCA N., *Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1º gennaio – 31 marzo 2024)* 739

NISIVOCCIA N., *Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1º aprile – 30 giugno 2024)* 1059

NISIVOCCIA N., *Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1º luglio – 30 settembre 2024)* 1413

SIMONCINI F.M., *Osservatorio sulla Cassazione civile* 740

TRIOLO A., *Osservatorio sulla Cassazione civile* 295

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

SUPPLEMENTO DIGITALE 2024

CENTO ANNI DI DIRITTO PROCESSUALE (1924-2024)

Con contributi di *Allorio E., Calamandrei P., Andrioli V., Carnelutti F., Satta S., Capograssi G., Liebman E.T., Mandrioli C., Micheli G.A., Denti V., Cappelletti M., Conso G., Montesano L., Colesanti V., Nigro M., Cerino-Canova A., Giuliani A., Fazzalari E., Taruffo M., Cipriani F., Ricci E.F., Chiarloni S., Tarzia G., Picardi N., Punzi C., Cavallone B.*

in: www.edicolaprofessionale.com/RDP

INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

Appello civile, documento cartaceo acquisito in primo grado e non disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva prodotto, mancata acquisizione del documento in appello, possibilità per il giudice di appello di ritenere provato il fatto rappresentato nel documento nei termini allegati negli atti difensivi della controparte, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 16 febbraio 2023, n. 4835 649

Appello civile, documento cartaceo acquisito in primo grado e non disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva prodotto, possibilità di valutazione in appello del documento in base a copia rilasciata dalla cancelleria e prodotta dalle altre parti o in virtù della trascrizione del contenuto del documento nella sentenza impugnata o in altro atto o provvedimento del processo o anche in virtù di acquisizione mediante ordine di esibizione del giudice di appello alla parte interessata, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 16 febbraio 2023, n. 4835 649

Condanna generica, ammissibilità come autonomo oggetto di giudizio e con riserva di agire per l'accertamento del *quantum debeatur* in separato giudizio, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 12 ottobre 2022, n. 29862 200

Condanna generica, sufficienza della prova della mera probabilità del danno, sussistenza, necessità che l'attore indichi analiticamente le prove di cui intende avvalersi nel futuro e separato giudizio sul *quantum debeatur*, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 12 ottobre 2022, n. 29862 200

Condanna provvisionale ex *art. 278, 2° comma, c.p.c.*, ammissibilità anche nel giudizio instaurato per il solo accertamento dell'*an*

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

debeatur, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 12 ottobre 2022, n. 29862 200

Estinzione del processo esecutivo, illegittimità costituzionale per violazione del principio di terzietà ed imparzialità del giudice, *ex* art. 111, 2° comma, Cost., dell'art. 630, 3° comma, c.p.c. nella parte in cui non prevede che del collegio giudicante, investito del reclamo avverso l'ordinanza che pronuncia sull'estinzione, non possa far parte il giudice che ha reso il provvedimento reclamato, sussistenza: Corte Costituzionale, 17 marzo 2023, n. 45 251

Impugnazioni civili, provvedimento recante la qualificazione della materia decisa come opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c., impugnabilità solo con ricorso per cassazione anche in caso di contestazione della detta qualificazione, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 20 aprile 2023, n. 10725 637

Impugnazioni civili, sentenza recante rigetto di una domanda principale ed accoglimento di una domanda subordinata proposta dalla stessa parte ed incompatibile con quella principale, impugnazione dell'attore che intenda insistere per l'accoglimento della domanda principale, necessità, a pena di inammissibilità del gravame, che sia impugnato anche il capo di accoglimento della domanda subordinata, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. I civ., ordinanza 14 dicembre 2022, n. 36572 691

Impugnazioni incidentali, ammissibilità nelle cause scindibili *ex* art. 332 c.p.c. di impugnazione incidentale tardiva a norma dell'art. 334 c.p.c. del litisconsorte non destinatario di alcuna precedente impugnazione e anche in via meramente adesiva rispetto all'impugnazione principale, sussistenza, condizioni: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 28 marzo 2024, n. 8486 1335

Impugnazioni incidentali, applicabilità del principio di ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva, nelle cause scindibili *ex* art. 332 c.p.c., del litisconsorte non destinatario di altra impugnazione anche ove il pregiudizio giuridicamente rilevante sia determinato da impugnazione incidentale tardiva proposta da altro litisconsorte, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 28 marzo 2024, n. 8486 1335

Litisconsorzio necessario, giudizio di opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c., necessità *ex* art. 102 c.p.c. di partecipazione del terzo debitore pignorato, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 6 febbraio 2023, n. 3520 1048

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

Litisconsorzio necessario, giudizio di opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c., necessità *ex* art. 102 c.p.c. di partecipazione del terzo debitore pignorato, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. VI civ., ordinanza 6 febbraio 2023, n. 3587 1049

Mediazione obbligatoria ex *art. 5 D.lgs. n. 28/2010*, applicabilità dell'onere di esperimento della mediazione in relazione a domanda riconvenzionale preceduta da mediazione già esperita in relazione alla sola domanda principale, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 7 febbraio 2024, n. 3452 1033

Querela di falso, pendenza in via principale con riguardo alla falsità degli atti su cui si fonda la sentenza di appello, ricorso per cassazione che si limiti a richiedere la sospensione del giudizio *ex* art. 295 c.p.c. senza dedurre alcun *error in procedendo* o *in iudicando*, inammissibilità del ricorso, sussistenza, rilevanza del sopravvenuto accertamento della falsità degli atti ai soli fini della proposizione della revocazione nei confronti della sentenza di merito, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. lav., ordinanza 17 febbraio 2023, n. 5058 219

Prove civili, principio di acquisizione della prova documentale, efficacia della prova anche nei gradi di giudizio successivi a quello in cui il documento è stato prodotto, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 16 febbraio 2023, n. 4835 649

Ricorso per cassazione ex *art. 111, 8° comma, Cost.*, proponibilità avverso sentenza del Consiglio di Stato che escluda la legittimazione all'intervento nel giudizio di soggetti portatori di interessi collettivi incisi dal provvedimento amministrativo impugnato (Ente Regione ed Enti esponenziali), sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 23 novembre 2023, n. 32559 1016

Ricorso straordinario per cassazione, provvedimenti c.d. *de postestate* del tribunale nei giudizi di separazione dei coniugi, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, natura di provvedimenti definitivi con attitudine al giudicato impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione *ex* art. 111, 7° comma, Cost., insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 25 luglio 2023, n. 22423 268

Ricorso straordinario per cassazione, provvedimento del tribunale sul reclamo avverso il decreto del giudice tutelare che nega o accorda l'autorizzazione al rilascio al passaporto per prole minorenne al genitore in assenza di assenso dell'altro genitore, natura decisoria e definitiva allo "stato degli atti" del provvedimento, sussistenza, ammissibilità del ricorso straordinario per

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

cassazione *ex* art. 111, 7° comma, Cost., sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 24 luglio 2023, n. 22048 266

Riconoscimento di decisioni straniere, idoneità della domanda di riconoscimento ad interrompere la prescrizione, *ex* art. 2943, 1° comma, e art. 2945 c.c., del diritto accertato nella decisione straniera, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., 29 maggio 2023, n. 15023 713

Riconoscimento di decisioni straniere ai sensi del Reg. CE n. 44/2001, richiesta di riconoscimento di decisione di uno Stato membro contrastante con la decisione di organo giurisdizionale dello Stato richiesto che recepisce il contenuto di un lodo arbitrale, possibilità di negare il riconoscimento alla decisione straniera per contrasto di giudicati ai sensi dell'art. 34 n. 3 Reg., condizioni: Corte di Giustizia UE, gr. sez., 20 giugno 2022, C-700/2020 234

Riconoscimento di decisioni straniere ai sensi del Reg. CE n. 44/2001, richiesta di riconoscimento di decisione di uno Stato membro contrastante con la sentenza di organo giurisdizionale dello Stato richiesto che recepisce il contenuto di un lodo arbitrale, possibilità di negare il riconoscimento alla decisione straniera ai sensi dell'art. 34 n. 1 Reg. per contrarietà all'ordine pubblico a ragione della violazione dell'autorità di cosa giudicata della sentenza nazionale, insussistenza: Corte di Giustizia UE, gr. sez., 20 giugno 2022, C-700/2020 234

Rinvio pregiudiziale nomofilattico alla Corte di Cassazione, rinvio pregiudiziale alla Corte di legittimità ai sensi del nuovo art. 363-*bis* c.p.c., ammissibilità anche per la definizione di questioni di diritto relative alle norme disciplinatrici del riparto di giurisdizione, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 13 dicembre 2023, n. 34851 1379

Rinvio pregiudiziale nomofilattico alla Corte di Cassazione, rinvio pregiudiziale alla Corte di legittimità ai sensi del nuovo art. 363-*bis* c.p.c., ammissibilità del rinvio da parte del giudice tributario, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 13 dicembre 2023, n. 34851 1379

Rito ordinario di cognizione in primo grado, provvedimenti da assumersi con decreto anteriormente alla prima udienza di comparizione ai sensi dell'art. 171-*bis* c.p.c., introdotto dal D.Lgs. n. 149/2022, questione di legittimità costituzionale per violazione dei limiti della delega legislativa ai sensi dell'art. 76 Cost. e del

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

principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., infondatezza: Corte Costituzionale, 3 giugno 2024, n. 96 1298

Rito ordinario di cognizione in primo grado, provvedimenti da assumersi con decreto anteriormente alla prima udienza di comparizione ai sensi dell'art. 171-*bis* c.p.c., introdotto dal D.Lgs. n. 149/2022, questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 77 Cost., inammissibilità: Corte Costituzionale, 3 giugno 2024, n. 96 1298

Rito ordinario di cognizione in primo grado, provvedimenti da assumersi con decreto anteriormente alla prima udienza di comparizione ai sensi dell'art. 171-*bis* c.p.c., introdotto dal D.Lgs. n. 149/2022, questione di legittimità costituzionale per violazione del principio del contraddittorio e dell'art. 24 Cost., infondatezza, necessità di un'interpretazione adeguatrice della disposizione censurata, necessità: Corte Costituzionale, 3 giugno 2024, n. 96 1298

Sentenza costitutiva ex *art. 2932 c.c.*, sentenza che dispone il trasferimento di proprietà di un bene su domanda *ex* art. 2932 c.c., contenuto implicito di condanna al rilascio del bene ed efficacia di titolo esecutivo della sentenza, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., 5 settembre 2023, n. 25941 1361

Successione nel diritto controverso, cessione del credito in pendenza di giudizio per revocatoria *ex* art. 2901 c.c. avviato dal cedente, legittimazione del cessionario ad intervenire nella causa ai sensi dell'art. 111 c.p.c., sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 12 luglio 2023, n. 19865 670

Terzietà del giudice, proposta di definizione accelerata del giudizio di cassazione ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c., idoneità del presidente o del consigliere delegato autore della proposta a far parte del collegio, ed eventualmente ad esserne nominato relatore, che decide il giudizio ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c., sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 10 aprile 2024, n. 9611 1399

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

Breviaria Iuris *Più*

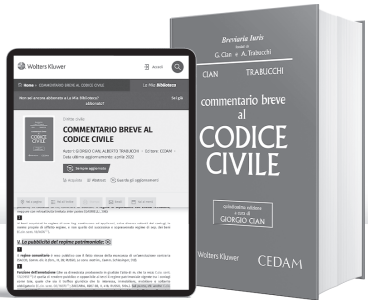
La sintesi di sempre.
Sempre *Più* aggiornata.

Y13OMBN

Breviaria Iuris *Più* è l'evoluzione dei celebri Codici commentati CEDAM. Unisce all'**eccellenza di sempre,** tutti i vantaggi dell'**innovativa versione online costantemente aggiornata.**

Scopri il **nuovo Commentario Breve al Codice Civile CARTA+DIGITALE** con aggiornamento.
Già scelto da migliaia di abbonati.

info.wolterskluwer.com/breviaria-iuris



Wolters Kluwer

CEDAM

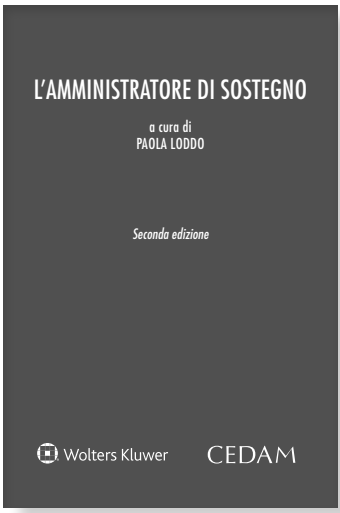
Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

LE NOVITÀ WOLTERS KLUWER

Il diritto alimentare

A cura di ***Giorgio Rusconi, Omar Cesana***

- Normativa europea e nazionale
- Igiene e sicurezza dei prodotti alimentari e dei mangimi
- Etichettatura, claim e pubblicità
- Responsabilità e controlli
- Rapporti di filiera
- Export e diritti di proprietà intellettuale



L'amministratore di sostegno

A cura di ***Paola Loddo***

- Principi generali
- Rapporti con altre misure di protezione
- Aspetti procedurali
- Ruolo e responsabilità
- Gestione dell'incarico

Diritto di famiglia Formulario commentato

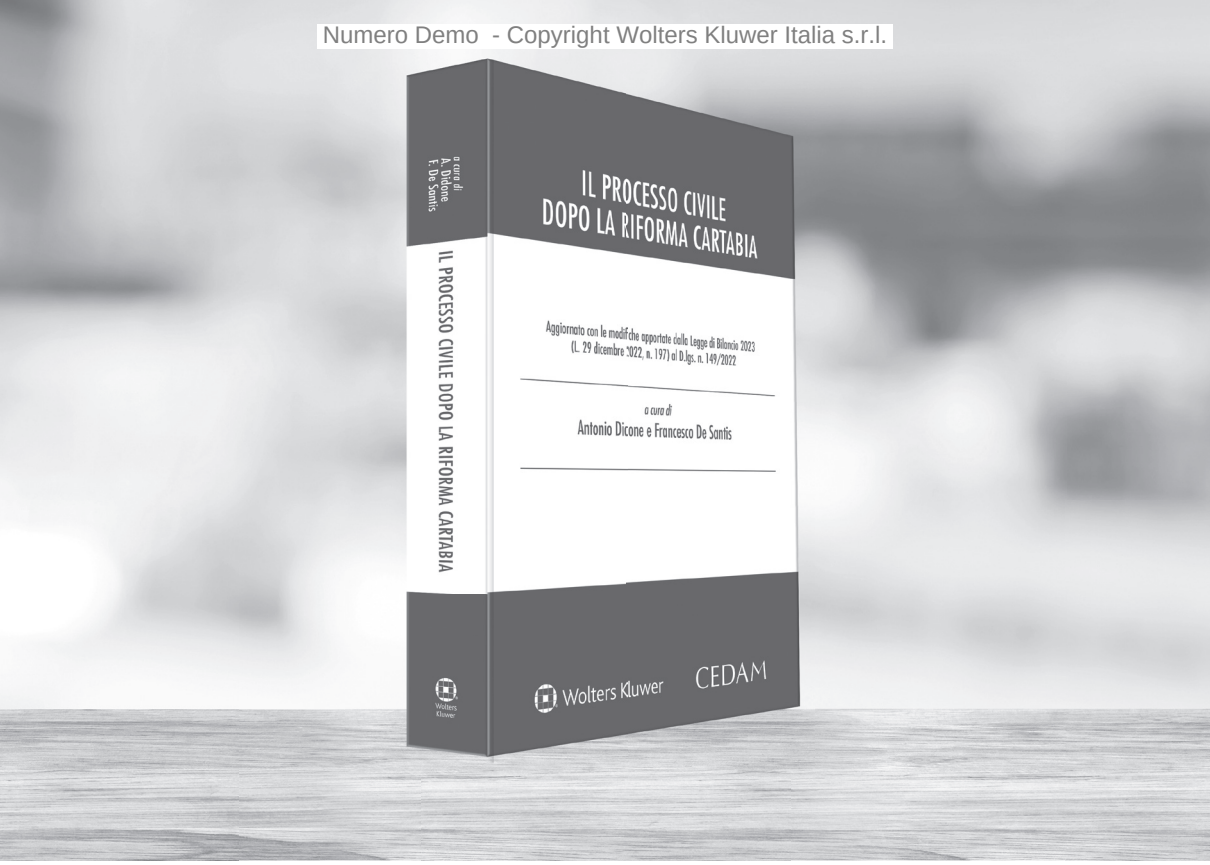
A cura di ***Paolo Corder, Giovanni Maria Uda***

- Oltre 300 formule di maggior uso nella pratica
- Commenti dottrinali e richiami di giurisprudenza
- Formule scaricabili, editabili e stampabili

Y10OQBN

Wolters Kluwer

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



IL PROCESSO CIVILE DOPO LA RIFORMA CARTABIA

A cura di **Antonio Didone** e **Francesco De Santis**

Y24OOBN

Esamina le modifiche apportate al processo civile dalla **Riforma Cartabia** guidando nell'interpretazione delle norme ed affrontando le **prime criticità interpretative ed applicative**.

Focus su:
- processo di cognizione di primo grado
- giudizi di impugnazione e processi speciali
- esecuzioni forzate
- processo civile telematico
- disciplina delle notificazioni
- mediazione
- procedimenti cautelari
- arbitrato
- istituti di parte generale del codice di procedura civile
- disciplina transitoria

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

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

SPECIALE NOTARIATO - LE ULTIME NOVITÀ

Manuali Notarili

I diritti reali

Lodovico Genghini, Tommaso Campanile, Federico Crivellari

Il manuale affronta le **principali questioni di interesse giuridico e notarile**, confrontando in modo pratico le soluzioni offerte dalla **dottrina**, dalla **giurisprudenza** e dalle **circolari ufficiali del Consiglio Nazionale del Notariato.**

Guide Operative

Forma e clausole degli Atti Notarili

Giovanni Santarcangelo

La guida offre il **commento** agli articoli **51-60** della legge **notarile**, dedicati alla **forma degli atti**, ed è arricchita da un costante riferimento alle **clausole contrattuali**, in relazione, prevalentemente, **agli atti inter vivos.**

Guide&Soluzioni

Immobili 2024

A cura di ***Angelo Busani***

La guida per il professionista del settore immobiliare, tratta: **disciplina catastale; imposte sui redditi e patrimoniali; imposte indirette e IVA; agevolazione prima casa e crediti d'imposta; trasferimento della proprietà, dei diritti reali e utilizzo dell'immobile.**

Y580QBN

Wolters Kluwer

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

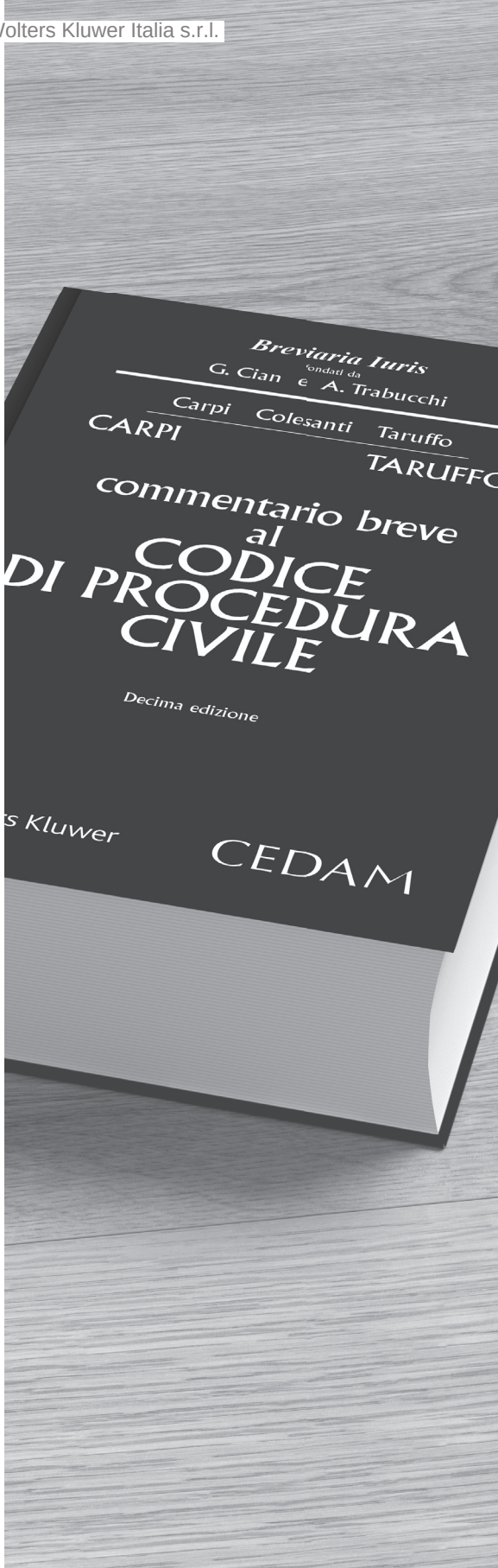
Breviaria Iuris

Commentario breve al CODICE DI PROCEDURA CIVILE

A cura di Federico Carpi

Il **primo codice commentato** con **giurisprudenza** e **dottrina**, **aggiornato** alle novità più recenti e alla **Riforma Cartabia**.

Offre la migliore interpretazione del **testo normativo vigente** e **previgente**, dei **provvedimenti extra codice**, delle **leggi speciali** e dei r**egolamenti europei**.



Y870OBN

Wolters Kluwer

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

Wolters Kluwer

Y39HDBN

Laura, Avvocato Civilista

PUNTARE DRITTO ALL'OBIETTIVO

Per avere successo servono capacità di analisi e visione d'insieme.
One LEGALE nasce per questo.

La nuova soluzione digitale di Wolters Kluwer, grazie alla completezza delle fonti, a interpretazioni autorevoli e a sistemi di ricerca evoluti, consente di individuare subito tutto ciò che serve.

Perché avere tutti gli strumenti per puntare dritto all'obiettivo fa grande la differenza.

Scopri di più su **one.it/legale**

One | LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

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

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

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

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

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

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 Bisceglie, n. 66 - 20152 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 Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI) - utilizzando le seguenti modalità:

- Versare l'importo sul Conto corrente postale n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi
- Effettuare bonifico bancario presso Banca Intesa Sanpaolo SpA sul conto IBAN: IT61M0306933684100000002208 intestato a Wolters Kluwer Italia Srl
- Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Abbonamento 2025

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 260,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 220,00 + iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 335,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 220,00 (esente IVA)

SERVIZIO CLIENTI CEDAM

Informazioni commerciali ed amministrative:
tel. 02.824761 - Indirizzo internet: *www.servizioclienti.wki.it* - e-mail: *servizio.clienti@wolterskluwer.com*

I dattiloscritti, libri per recensione, pubblicazioni periodiche devono essere diretti al professor Bruno Cavallone, Via San Barnaba, 49 - 20122 Milano; oppure al professor Carmine Punzi, Viale Bruno Buozzi, 99 - 00197 Roma. Gli scritti inviati per la pubblicazione devono essere inviati per e-mail ai seguenti indirizzi: bcavallone@libero.it, rivdirproc@libero.it, cpunzi@studioprofpunzi.it.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 - Milano (MI).

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

00265328
5 000002 652387
€ 70,00 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