

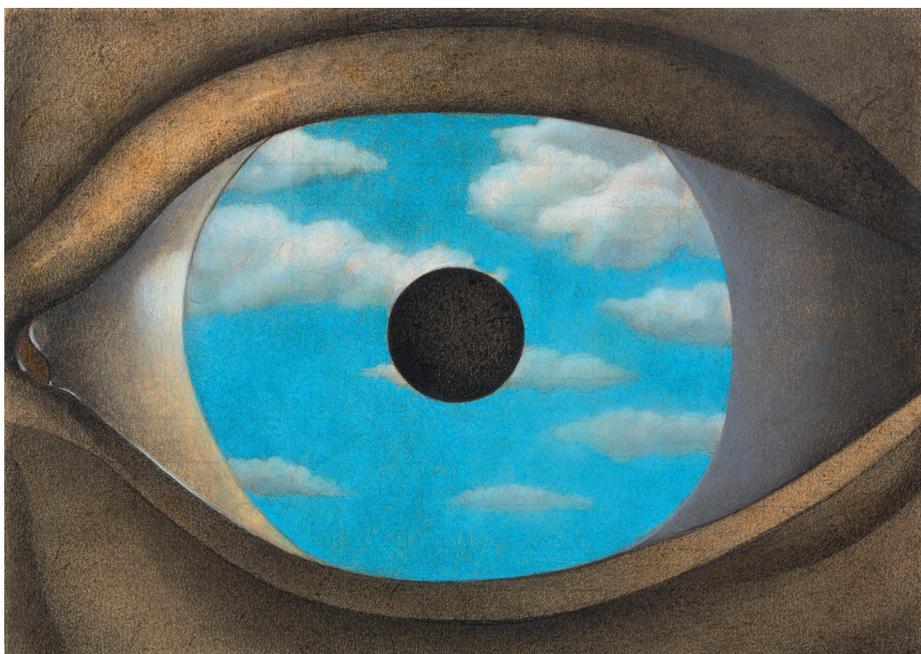
IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. OROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE



Questa Rivista è pubblicata grazie al contributo dell'Università LUM Giuseppe Degenaro

Direttore Responsabile

Roberto MARTINO

Direttori

Antonio BARONE, Remo CAPONI, Marta CARTABIA, Roberto MARTINO, Angelo Giuseppe OROFINO, Andrea PANZAROLA, Andreas PIEKENBROCK, Aristide POLICE, Maria Alessandra SANDULLI, Giorgio SPANGHER, Francesco VERGINE

Comitato dei Garanti

Ennio AMODIO, Guido CORSO, Franco Gaetano SCOCA, Romano VACCARELLA

Comitato Scientifico

Jean-Bernard AUBY, Teresa ARMENTA DEU, Giampiero BALENA, Paolo BIAVATI, Antonio BRIGUGLIO, Chiara CACCIAVILLANI, Bruno CAPPONI, Cécile CHAINAIS, Jacques CHEVALLIER, Carlo COLAPIETRO, Claudio CONSOLO, Domenico DALFINO, Ruggiero DIPACE, Vittorio DOMENICHELLI, Paolo FERRUA, José ESTEVE PARDO, Vera FANTI, Leonardo FILIPPI, Fabio FRANCIANO, Carlo Emanuele GALLO, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Loredana GIANI, Maria Francesca GHIRGA, Guido GRECO, Luigi KALB, Elisabetta LAMARQUE, Antonia Antonella MARANDOLA, Julien MARTIN, Francesco MANGANARO, Giuseppe MELIS, Sergio MENCHINI, Eva Maria MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Ilaria PAGNI, Giuseppe MORRIDELLI, Luca Raffaello PERFETTI, Eugenio PICOZZA, Olivier RENAUDIE, Marco RUOTOLO, Fabio SAITTA, Fabio SANTANGELI, Bruno SASSANI, Andrea SCELLA, Karl Peter SOMMERMAN, John SORABJI, Giovanni SERGES, Mario SPASIANO, Fabrizio TIGANO, Roberta TISCINI, Giuseppe TRUSORIO LIUZZI, Antonio URICCHIO, Francesco VOLPE

Comitato di Valutazione

Ferruccio AULETTA, Giorgetta BASILICO, Salvatore BOCCAGNA, Manfredi BONTEMPELLI, Carlo BONZANO, Marco CALABRÒ, Antonio CASSATELLA, Maria Cristina CAVALLARO, Angelo CONTRINO, Antonio COLAVECCHIO, Carlotta CONTI, Ulisse COREA, Elena D'ALESSANDRO, Francesco DE LEONARDIS, Clarice DELLE DONNE, Olga DESIATO, Lorenzo DEL FEDERICO, Francesco FOLLIERI, Mario Pio FUIANO, Walter GIULIETTI, Andrea GIUSSANI, Marco GRADI, Antonio GUIDARA, Margherita INTERLANDI, Giampaolo IMPAGNATIELLO, Beatrice GAMBINERI, Mariacarla GIORGETTI, Michele Angelo LUPOI, Raffaele MANFRELLOTTI, Nino PAOLANTONIO, Carla PANSINI, Sergio PERONGINI, Roberto POLI, Barbara POLISENO, Guido SALANTRO, Giuseppe Andrea PRIMERANO, Stefano Salvatore SCOCA, Giusi SORRENTI, Michele TRIMARCHI, Giuseppe TROPEA, Gianluca VARRASO, Simonetta VINCRE, Piera Maria VIPIANA, Enzo VULLO

Comitato Editoriale

Mirko ABBAMONTE, Flaminia APERIO BELLA, Cristina ASPRELLA, Gian Marco BACCARI, Alessio BONAFINE, Andrea CARBONE, Fabiola CIMBALI, Maria Francesca CORTESI, Raffaella DAGOSTINO, Alessandro FABBÌ, Giuseppina FANELLI, Maria Vittoria FERRONI, Rossella FONTI, Katia LA REGINA, Giuseppe LA ROSA, Paola LICCI, Enrico Maria MANCUSO, Annalisa MANGIARACINA, Aniello MERONE, Costanza NICOLOSI, Angela PROCACCINO, Federico RASI, Concetta RICCI, Natalia ROMBI, Filomena SANTAGADA, Martina SISISI, Giordana STRAZZA, Enrico ZAMPETTI

Comitato di Redazione

Carmelo LA FAUCI BELPONER, Marco CAPPAI, Vincenzo DE CAROLIS, Marco FARINA, Manfredi LATINI VACCARELLA, Biagio LIMONCI, Elisabetta MARINO, Valentina MAZZOTTA, Michela MORGESE, Antonio ROMANO, Natalia ROMBI

Segreteria di Redazione

Mirko ABBAMONTE, Raffaella DAGOSTINO, Costanza NICOLOSI

I contributi pubblicati in questa Rivista sono stati sottoposti, con esito positivo, alla procedura di referaggio in doppio cieco (*double blind peer review*) condotta in conformità al Regolamento depositato presso l'Editore.

Stampa



Via A. Gherardesca - 56121 Pisa

In copertina: Giuseppe COLOMBO, *Lo specchio falso di Magritte*,
pastello su carta, cm 32x44, 2018

Numero 1/2024

IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. DROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE


**Pacini
Giuridica**



Hanno collaborato a questo fascicolo:

FERRUCCIO AULETTA

Ordinario nell'Università di Roma LUISS Guido Carli

GIORGETTA BASILICO

Ordinario nell'Università degli Studi di Messina

ANTONIO BRIGUGLIO

Ordinario nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

BRUNO CAPPONI

Già Ordinario nell'Università di Roma LUISS Guido Carli

LUCREZIA VALENTINA CARAMIA

Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Bari

GIANLUCA CASCELLA

Professore a contratto nell'Università Telematica UNIPEGASO

GIUSEPPINA FANELLI

Ricercatore nell'Università degli Studi di Teramo

FLORIN COSTINEL MALATESTA

Dottorando di ricerca nell'Università degli studi di Roma La Sapienza

FABIO SAITTA

Ordinario nell'Università degli Studi di Catanzaro Magna Grecia

GUIDO SALANITRO

Ordinario nell'Università degli Studi di Catania

sommario

Presentazione

pag.

<i>Un percorso che continua nel segno della libertà della ricerca scientifica</i> di ANTONIO BARONE - ROBERTO MARTINO.....	V
---	---

Saggi

<i>Attuazione spontanea e attuazione giudiziale</i> di ANTONIO BRIGUGLIO	1
<i>Aggiornamenti in tema di consumazione del potere d'impugnazione: una Verwirkung amministrativa all'italiana?</i> di FABIO SAITTA	57
<i>Principi, norme, regole sul processo</i> di GIORGETTA BASILICO.....	79

Dialoghi con la giurisprudenza

<i>Il regime processuale del vizio relativo alla mancata nomina del curatore speciale nel minore</i> Corte di Cassazione, Sez. I, ordinanza 15 gennaio 2024, n. 1390 Commento di GIUSEPPINA FANELLI	131
<i>Sulla tutela in tema di provvedimenti direttoriali e circolari in materia tribu- taria (in particolare per i tributi sugli extraprofiti)</i> Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza 19 ottobre 2023, n. 29023 Commento di GUIDO SALANITRO	167
<i>Giudizio prognostico sull'infondatezza dell'eccezione ed esclusione della re- sponsabilità dell'avvocato</i> Tribunale di Bologna, sentenza 12 maggio 2023, n. 1010 Commento di GIANLUCA CASCELLA	195
<i>La cessazione della materia del contendere: una figura dai confini ancora troppo incerti</i> Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 19 aprile 2023, n. 10483 Commento di FLORIN COSTINEL MALATESTA	229

<i>Eccezione di prescrizione ed esecuzione forzata tributaria: il riparto di giurisdizione nel quadro della riforma fiscale</i>	
Corte di Cassazione, Sez. Un., ordinanza 10 febbraio 2023, n. 4227	
Commento di LUCREZIA VALENTINA CARAMIA	247

Attualità

<i>Note brevi sulla ordinanza di accoglimento (art. 183-ter c.p.c.)</i>	
di BRUNO CAPPONI.....	273
<i>Per la «nuova legge sull'ordinamento giudiziario»: un programma di adattamento organico per legislatori liberali (G. VERDE, <i>Sul potere giudiziale e l'inganno dei concetti. Soliloqui del crepuscolo 2021-2023</i>, Giappichelli, 2023, pp. 268)</i>	
di FERRUCCIO AULETTA	283

Presentazione

Un percorso che continua nel segno della libertà della ricerca scientifica

“Il Processo” nasceva 6 anni fa da una nostra intuizione, subito accolta con entusiasmo da Emanuele Degennaro, Presidente dell’Università LUM, nonché dagli autorevoli membri della direzione scientifica, del comitato dei garanti e del comitato scientifico della neonata Rivista.

L’idea di fondo, oggi come allora, resta quella di offrire un ulteriore spazio di discussione e confronto fra studiosi, con l’obiettivo di ribadire la centralità delle regole processuali nonché un adeguato bilanciamento di tutte le garanzie fondamentali del giusto processo.

Oggi come allora, le riflessioni sul processo rischiano di restare chiuse in se stesse ove limitate alla disamina dei singoli processi giurisdizionali regolati dal nostro ordinamento, senza aprirsi ad un vero confronto che li abbracci tutti, volgendo lo sguardo anche alle esperienze degli altri ordinamenti, statali e sovranazionali. Del resto, i principi del giusto processo cristallizzati nell’art. 111 della Costituzione si riferiscono al fenomeno processuale nel suo complesso. Il disegno costituzionale può dirsi compiutamente realizzato soltanto in quanto, a prescindere dalle diversità degli organi della giurisdizione, la pronuncia di merito sia emessa all’esito di un processo «giusto», condizione prima per pervenire ad una decisione che si manifesti come «giusta», tale, cioè, da dare concreta e fedele attuazione a quell’assetto di interessi astrattamente delineato dal diritto sostanziale.

L’effettività della tutela davanti alle diverse giurisdizioni implica l’applicazione di regole procedurali rispondenti ai principi

del «giusto processo», in maniera conforme da giurisdizione a giurisdizione. Pur nel pluralismo organizzativo, ciò che conta veramente – secondo la Costituzione – è la unicità dei tratti della tutela giurisdizionale, da qualunque organo essa venga impartita.

Il pluralismo delle giurisdizioni risponde all'esigenza di assicurare a certe categorie di controversie giudici maggiormente adeguati alla loro decisione. Ciò non toglie, però, che il loro compito sia quello di rendere giustizia secondo particolari contenuti e tratti definiti già nella Costituzione. Il problema, allora, non è soltanto quello di assicurare l'univoca lettura delle singole regole processuali che disciplinano l'esercizio della giurisdizione ordinaria, amministrativa, tributaria e contabile. Il problema è anche assicurare una univoca lettura delle norme costituzionali sulla giurisdizione, in maniera tale che i tratti comuni delineati per l'esercizio dell'attività giurisdizionale vengano rispettati in tutti i processi, soprattutto per scongiurare il rischio di denegata giustizia.

La prospettiva non più remota dell'affermazione di forme più o meno marcate di giustizia “digitale” rende ancor più improcrastinabile l'approccio unitario ai temi del processo. Ad esempio, ferma restando la “riserva di umanità” nella decisione giudiziaria, i sistemi di IA a supporto delle decisioni giurisdizionali non potranno mai barattare l'efficienza processuale con la garanzia del giusto processo

Tutto ciò spiega anche il titolo della rivista, semplice ed essenziale, che però al tempo stesso racchiude il minimo comun denominatore di una attività scientifica e professionale che abbraccia una pluralità di settori scientifici, superando steccati e appartenenze settoriali che non sempre giovano alla ricerca scientifica.

Logica conseguenza dell'idea di fondo che anima il progetto della Rivista è stata la costituzione di una Direzione scientifica che copre pressoché tutte le aree interessate dal fenomeno processuale. Una Direzione composita: sia per la varietà delle aree rappresentate, sia per la varietà delle Università da cui provengono i

Direttori, italiani e stranieri; sia, infine, per la presenza di alcuni maestri accanto a studiosi giovani e meno giovani, tutti riconosciuti nelle comunità scientifiche di riferimento. Una direzione che, nel corso di questi sei anni ha contribuito alla crescita della Rivista, consentendogli il conseguimento dell'agognata fascia A nella classificazione ANVUR. Parimenti fondamentale è stato e continuerà ad essere il contributo del comitato scientifico e del comitato di valutazione, insieme al comitato editoriale. *Last but not least*, è impossibile dimenticare l'apporto fecondo dei tanti Autori che hanno alimentato coi loro scritti la crescita della Rivista e la sua affermazione nel dibattito scientifico.

Oggi la direzione ed i comitati della Rivista si arricchiscono di ulteriori importanti adesioni, con cui "Il Processo" si apre alla nuova stagione dell'*open access*: se gli obiettivi della fondazione della Rivista restano immutati, cambia radicalmente lo strumento della sua diffusione, ormai privo di qualunque limitazione nell'accesso.

La giurisdizione, per essere tale, ha bisogno di un "modo" univoco di rendere giustizia, posto che l'esercizio della funzione giurisdizionale si concretizza proprio nell'amministrazione della giustizia. Il viaggio de "Il Processo" prosegue così con rinnovato impegno ed entusiasmo, nel segno della libertà della ricerca e della continuità del progetto culturale che lo ha animato fin dall'origine, con la collaborazione esperta del nuovo editore Pacini e il costante sostegno strategico dell'Università LUM Giuseppe De-gennaro.

Attuazione spontanea e attuazione giudiziale

di ANTONIO BRIGUGLIO

SOMMARIO: 1. La rilettura di un saggio di Angelo Falzea e l'approccio polifonico al tema: diritto positivo, facoltà ed obbligo, ADR, giudicato e transazione, *standards* e clausole generali. — 2. L'attuazione spontanea delle norme processuali; è dato distinguere fra attuazione giudiziale ed attuazione spontanea anche quando la norma processuale ha per destinatario diretto il giudice? — 3. *Segue*: la maggiore tracciabilità della attuazione spontanea delle norme processuali; la inattuazione spontanea ragionevolmente ammissibile. — 4. L'attuazione giudiziale delle norme processuali; prevedibilità *versus* adattabilità delle regole generali e astratte e delle regole casuali del processo civile; dal *quid facti* al *quid iuris* nella enucleazione della regola casuale in materia processuale; *standards* valutativi nelle norme processuali; l'auspicabile *self-restraint* della giurisprudenza processualcivile e l'*overruling*. — 5. Riflessioni sulla consuetudine come prassi genetica ed insieme attuativa. — 6. *Segue*: consuetudine, prassi in senso stretto, legge; digressione verso le prassi processuali in senso stretto; le regole del gioco e le regole per giocare meglio. — 7. La prassi giudiziaria come prassi genetica; il precedente nei sistemi di diritto scritto e di diritto giurisprudenziale; interpretazione giudiziale astratta ed *ars distinguendi* nella utilizzazione dei precedenti.

1. La rilettura di un saggio di Angelo Falzea e l'approccio polifonico al tema: diritto positivo, facoltà ed obbligo, ADR, giudicato e transazione, *standards* e clausole generali.

La partecipazione ad una encomiabile opera collettiva dedicata al monumentale pensiero di Angelo Falzea (*"I Maestri italiani del diritto civile"* – Angelo Falzea, a cura di G. D'Amico e A. Gorassini, ESI Ed., Napoli, 2023) è stata per me l'occasione — secondo l'intelligente invito dei curatori — di scegliere un saggio del mio primissimo Maestro e ragionarci sopra, con la commozione e l'affetto immaginabili da parte di chi ripercorra idealmente, ad oltre quarant'anni di distanza, il dialogo col relatore illustre della sua tesi di laurea.

Il saggio prescelto — forse non fra i più noti di Falzea ma sicuramente fra i suoi più densi nel volgere di relativamente poche pagine — è dedicato alla “prassi”. Esso ha offerto il destro per una riflessione allargata alle variegata giustapposizioni o interazioni fra attuazione spontanea ed attuazione giudiziale, vuoi di fronte al diritto sostanziale vuoi di fronte a quello processuale. Ho mantenuto qui, pur con alcuni correttivi, l’impianto di massima delle mie riflessioni in dialogo con il Maestro, e dunque l’apparato critico è sostituito da una semplice nota bibliografica, del tutto personale, non certo esaustiva e limitata comunque a contributi della nostra letteratura successivi alla data di pubblicazione del saggio di Falzea.

1.1. Nel 1997 Angelo Falzea — che aveva allora 83 anni quanto all’anagrafe e 40 ben portati quanto alla fulminea ed imperiosa corsa del suo pensiero — pubblicò la sua *Relazione di apertura* alla 51° Sessione della *Société De Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité*, intitolandola «*La prassi nella realtà del diritto*» ⁽¹⁾.

Punti di ancoraggio dello scritto, che si rapporta ad altri numerosi dell’Autore e si amplia a raggiera verso svariati temi e sottotemi, mi paiono, non necessariamente nell’ordine in cui Falzea li espone, i seguenti:

- il diritto positivo è tale solo se effettivo nella materialità e concretezza della vita reale;
- la norma posta, quale che sia secondo le regole ordinamentali il fatto produttivo della sua posizione, si volge tosto sul classico e ideale piano del dover essere; perché essa sia effettiva e dunque positiva non è sufficiente la materialità e concretezza della sua produzione, ma occorre soprattutto la concretezza della sua attuazione nella prassi e cioè nella vita reale e concreta dei *cives*;

⁽¹⁾ A. FALZEA, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1997, primo di due volumi che ora raccolgono tutti i principali saggi teorici di Falzea.

- l'attuazione è spontanea o giudiziale (quest'ultima con le sue insopprimibili caratteristiche di creatività vuoi quanto alla interpretazione astratta e cioè alla ricostruzione del significato possibile delle espressioni verbali della norma posta, vuoi quanto alla interpretazione-applicazione concreta);
- l'una, l'attuazione giudiziale, è naturalmente suppletiva rispetto all'altra, ma entrambe sono caratterizzate dalla individuazione, di fronte al caso singolo e reale, di una "regola casuale" rispondente alla norma generale e astratta;
- la individuazione della "regola casuale" si scandisce nei tre momenti del *quid facti*, del *quid iuris* e del *quid agendi*; (scansione questa — mi permetto di osservare — che, quanto alla attuazione giudiziale, è uno dei molti modi di disegnare o colorare il sillogismo del giudice e dunque erediterebbe quel tanto di asseritamente sorpassato che connota quella figura, ed ha invece il pregio di rappresentarne quasi graficamente la intrinseca relatività, nonché la inevitabile parziale sovrapponibilità degli elementi logici nella mente di chi decide, siccome muove dal *quid facti*, e con il *quid iuris* in posizione mediana che plasticamente si proietta all'indietro verso il *quid facti* quanto alla componente della regola descrittiva del fatto, e si proietta in avanti verso il *quid agendi* quanto alla componente effettuale della regola);
- la prassi giuridica, e cioè l'esplicarsi della materialità e concretezza del diritto nella vita reale dei consociati, non è per altro solo "prassi realizzatrice" (nelle due forme della attuazione spontanea e della attuazione giudiziale), ma a certe condizioni ed in certi contesti può volgersi in "prassi genetica".

1.2. La rilettura di questo scritto non notissimo, denso quanto agile, ma collegato a tante altre più ponderose e più note indagini teorico-generalì di Angelo Falzea, mi ha suggerito le divagazioni che qui seguono sul ponte fra la teoria generale e il processo, quello civile in particolare, e sotto al cartello segnaletico a frecce convergenti: "*attuazione spontanea - attuazione giudiziale del di-*

ritto posto”; ove il riferimento di Falzea alla “prassi” è riferimento utile su entrambi i versanti, evocando esso la stessa materialità e concretezza o realtà di ogni attuazione (inattuazione) dell’ideale dover essere normativo, e però variamente declinabile fino a giungersi, come vi giunge Falzea, dalla “prassi realizzativa” alla vera e propria “prassi genetica” in due contesti fondamentali: quello della consuetudine e quello dello *stare decisis* (anche ma non solo) in sistemi di diritto non scritto, ai quali dedicherò la seconda parte di questo saggio.

Vorrei però premettere alcune considerazioni di fondo sulla dialettica fra attuazione spontanea ed attuazione giudiziale quali elementi alternativi e complementari di effettività e perciò di positività del diritto comunque posto.

Falzea scrive acutamente (*La prassi* cit., 433) che «i giuristi si sono soffermati» sulla attuazione giudiziaria «ed hanno sorvolato sulla attuazione spontanea». E le ragioni non mancano, avendo su ciò «influito anzitutto il fatto che l’attuazione spontanea, in quanto fenomeno convissuto socialmente, è più intuibile con il sentimento e l’esperienza che conoscibile con l’intelletto e la razionalità; mentre l’attuazione giudiziaria, legata al pensiero riflesso perché dotata di forme ostensive ed evidenziatrici che ne assicurano la diffusione, entra d’autorità nella sfera della conoscibilità comune»; a tacere «in secondo luogo» della «autorevolezza della prassi istituzionale rispetto alla ufficiosità della prassi spontanea».

Non si potrebbe essere più chiari e realistici, soprattutto ponendo mente, come Falzea mostra implicitamente di fare, al diritto sostanziale. Sennonché, prima che il giurista abbandoni l’attuazione spontanea al sociologo o peggio al giornalista — ciò che Falzea non vuole affatto («L’attuazione spontanea del diritto», egli scrive alla pagina precedente, «è un fenomeno al quale deve essere riconosciuta dignità scientifica pari alla importanza che esso riveste nel processo di realizzazione del diritto»), ovvero prima che il teorico generale si limiti soltanto a postulare in astratto che l’attuazione spontanea, siccome logicamente «preliminare»

nonché «più genuina e libera» rispetto all'attuazione giudiziale, è la base su cui «si edifica la coscienza giuridica della società» (2) ed al sociologo o allo storico del diritto sia affidato il comunque arduo compito di verificare in che misura ciò sia o sia stato vero, qualche ulteriore riflessione può essere svolta rivolgendo attenzione in prevalenza ai compiti del cd. giurista positivo.

1.3. Bisogna — credo — anzitutto intendersi su due sensi possibili di “attuazione spontanea” connessi rispettivamente alla alternativa *facoltà/obbligo* riscontrabile nel diritto posto.

Nell'area della *facoltà* — che è soprattutto, anche se non solo, quella della autonomia negoziale — e se una facoltà è davvero correttamente esercitata e dunque se non vi sia dubbio o controversia sui suoi limiti, l'attuazione spontanea delle norme poste è senz'altro interessante e doverosamente considerabile dal giurista, ma non tanto per il suo contenuto (di solito oltretutto agevolmente riscontrabile) rigorosamente attuativo e cioè combaciante con la applicazione della norma ed in ultima analisi con il semplice profittare della facoltà, quanto per il suo contenuto necessariamente innovativo, anch'esso eminentemente spontaneo, ma libero e indeterminato *a priori* e cioè non previsto dalla norma siccome appunto espressione della facoltà.

Un esempio per così dire apicale, ma reiterabile *mutatis mutandis* rispetto a numerosissime altre situazioni: quando due parti, in specie se successivamente imitate da altre, escogitano un nuovo schema ed assetto di interessi contrattuale non riconducibile ai modelli tipici, è fin troppo ovvio dire che esse hanno attuato spontaneamente l'art. 1322, comma 2, c.c., e *mutatis mutandis* la stessa cosa accade rispetto a singole pattuizioni negoziali a fronte della facoltà assegnata dal comma 1, dell'art. 1322. Ma la cosa più importante e meritevole di studio, anzitutto da parte del giurista positivo, è il contenuto innovativo che quella prassi, “profittatrice” e perciò in altro senso attuatrice dell'art. 1322 e

(2) Sono ancora parole di A. FALZEA, *La prassi* cit., 432.

del permesso condizionato e limitato in esso enunciato, apporta all'esperienza giuridica (oltre che a quella economica e sociale). E si tratta di un apporto innovativo ben diverso da quello che comunemente si riferisce al grado insopprimibile di creatività della attuazione giudiziale (ed anche, in misura difficilmente ponderabile, di quella spontanea) sul differente piano di cui fra poco diremo, perché esso non passa per l'interpretazione astratta e neppure per l'interpretazione-applicazione concreta di una norma posta e dunque non si aggiunge più o meno creativamente quale glossa al testo della legge. In questo senso e su questo piano, insomma, la prassi spontanea attuativa o "realizzatrice" (come alternativamente la definisce Falzea) non si esplica affatto attraverso la triplice scansione "*quid facti-quid iuris-quid agendi*" che l'attuazione spontanea ha in comune con l'attuazione giudiziaria. O se si vuole, una volta riscontrati la sussistenza e lo spazio della facoltà a seguito della necessaria interpretazione-applicazione della norma posta che la attribuisce (qui l'art. 1322), l'esercizio concreto di quella facoltà consiste nell'immediata e libera individuazione del *quid agendi*, attuazione quindi della *voluntas legis* non strettamente interpretativo-applicativa (quel momento è già superato) bensì creativa di nuova esperienza giuridica (a sua volta emergente — almeno nell'esempio dato — in forma di precetto negoziale e dunque suscettibile, sotto l'ombrello delle - ed in una con le norme giuridiche generali o speciali sul contratto, di ulteriore attuazione spontanea o giudiziale).

È chiaro allora che il giurista, ed anzitutto il giurista positivo, pratico non meno che teorico, debba — quando ne ha l'occasione che è doveroso anche ricercare — indagare il contenuto concreto dei concreti contratti atipici o delle libere pattuizioni negoziali dettate dalla fantasia pragmatica e dagli interessi contingenti, per come tali contratti e pattuizioni volta a volta e perfino isolatamente affiorano, e così pure di ogni altra libera creazione della autonomia privata nell'area del permesso normativo e cioè della facoltà. E ciò non solo perché — per restare all'esempio apicale assunto — la ricognizione di quel contenuto concreto giova, nel flui-

re della esperienza giuridica, anche ad interpretare ed applicare a nuovi casi il precetto *ex art. 1322* e cioè a concretizzare, per via di interpretazione-applicazione spontanea o giudiziale dell'art. 1322, cosa debba intendersi per "interessi meritevoli di tutela" ecc. e dunque a rinvenire, qui nuovamente scansionando "*quid facti-quid iuris-quid agendi*", la regola casuale volta a volta corrispondente alla regola generale ed astratta che attribuisce il permesso o facoltà. Ma anche perché il puro *agere* giuridicamente rilevante, che consiste nell'escogitare e dare contenuto specifico a nuove clausole o nuovi contratti, nell'area aperta dalla facoltà, rende meglio decifrabile attraverso la esperienza, ben al di là dalla singola norma scritta, un complessivo istituto o concetto giuridico. Vale a dire molto banalmente: salvo che nella torre eburnea di un formalismo probabilmente mai esistito, né il giurista teorico né quello pratico (e di riflesso e nel suo volo d'aquila neppure il teorico generale) possono sensatamente svolgere un discorso o un argomento giuridico sul "contratto" e sul "diritto dei contratti" ignorando del tutto il *wording* delle clausole contrattuali reali e dunque in che modo i *cives* profittano della facoltà loro attribuita dal secondo ma anche dal primo comma dell'art. 1322 (quanto, e con quale dettaglio, lo possano o lo debbano conoscere quel *wording*, è altra storia).

È su questo piano che il deficit di indagine evocato da Falzea risulta significativo e forse in buona misura permane a tutt'oggi: nella non sufficiente attenzione dedicata a ciò che davvero accade negli studi legali e notarili e negli uffici legali delle imprese, tutti concentrati come siamo a leggere piuttosto massime giurisprudenziali e sentenze, oltre che norme scritte; deficit di indagine sicuramente, e pur con le difficoltà dovute al minor grado di pubblicità ed alla maggiore riservatezza, colmabile, e perciò doverosamente da colmare ⁽³⁾, visto che quel tipo di esperienza si

⁽³⁾ Qualche anno or sono Massimo Confortini assunse l'arduo compito di curare un amplissimo e singolare commentario a più voci intitolato "*Clausole negoziali*" (I e II, Torino, 2017-19). Anche al di là del successo dell'opera dovuto alla pregevolezza di molti dei singoli contributi (non quelli del sottoscritto perché essi erano davvero marginali e limitati ad alcune delle poche invenzioni che il legislatore del processo affida alla autonoma

manifesta, (quasi) al pari delle sentenze dei giudici, nelle «forme ostensive ed evidenziatrici che ne assicurano la diffusione» cui alludeva Falzea nel passo prima riportato.

1.4. Le «forme ostensive ed evidenziatrici» fanno difetto invece alla attuazione spontanea sull'altro versante: quello dell'*obbligo* (o del divieto o del limite alle facoltà ed ai permessi) nonché della corrispondente situazione soggettiva pretesiva, nonché dunque dei dubbi e controversie e potenziali inattuazioni a riguardo.

Qui riprende sommamente vigore la empirica e notevolissima differenza, quanto a percepibilità e decifrabilità, fra l'attuazione giudiziale e quella spontanea.

Qui della attuazione spontanea di una norma posta il giurista:

(i) deve assumere in termini generali ed alla stregua di un *a priori* la rilevanza ai fini della effettività di quella norma;

(ii) può e deve constatare nei congrui casi il macrofenomeno del suo contrario, e cioè la radicale inattuazione ⁽⁴⁾ (con la assai problematica conseguenza della abrogazione per desuetudine ove contemplata, diversamente da quanto per noi emerge formalmente *a contrario* dall'art. 15 delle preleggi ⁽⁵⁾), o altre limitate conse-

mia privata), il progetto di fondo mi è parso particolarmente opportuno proprio nel senso sottolineato nel testo. Altri esempi vi sono e spero vi saranno (naturalmente trascurando i tradizionali formulari ed altri ritrovati editoriali anche innovativi ma fin troppo *practice oriented* e dunque tutt'altro che esplicativi). Personalmente vagheggio di curare prima o poi un "commentario di convenzioni arbitrali" e non mi decido a farlo perché non ho la pazienza di Massimo nell'inseguire i ritardatari.

⁽⁴⁾ *Per incidens*: sull'altro versante, e cioè quello precedentemente considerato, è ben difficile prima che trascorra un notevole lasso temporale che la reiterata non utilizzazione di una facoltà possa ragionevolmente considerarsi come inattuazione della norma che la concede.

⁽⁵⁾ La formale esclusione della consuetudine abrogativa e cioè della abrogazione per desuetudine (nonostante i dibattiti possibilisti che si animarono, anche grazie al re-taggio di non chiarissime fonti romanistiche, allorché si trattò di varare le Preleggi) non vale ovviamente in senso contrario all'assunto secondo cui una norma posta è davvero effettiva e positiva solo se attuata, perché lo stesso art. 15 delle Preleggi, e la necessità della abrogazione espressa e delle altre ipotesi equivalenti in esso previste, si pongono a loro volta sul mero piano della "posizione" formale del diritto e non su quello della sua positività. Viceversa sul piano della realtà, o come si usa dire *de facto*, sarà pur sempre

guenze giuridicamente plausibili).

Ciò che di regola e per forza di cose *non può invece fare* è:

(i) acquisire contezza — sufficiente ad una qualche utilità per la scienza giuridica — riguardo al numero di volte in cui, in un determinato ambito spazio-temporale, una determinata norma posta è stata attuata o inattuata (non essendo evidentemente a ciò sufficienti i dati desumibili dai casi giudiziari, i quali rappresenteranno di regola solo poco più della punta dell'*iceberg* della attuazione o inattuazione spontanea, mentre un eccesso di casi giudiziari dimostrativi di una reiterata ed abnorme questionabilità della norma posta rientra nella possibile constatazione dei macrofenomeni, utile al giurista soprattutto nella particolare veste di tecnico-garzone del legislatore, il quale ultimo dovrà essere indotto a ripensarci);

(ii) e soprattutto non può acquisire contezza — sufficiente ad una qualche utilità per la scienza giuridica — sul come e con quali eventuali varianti evolutive l'attuazione spontanea si sia verificata, e se esse vi siano state o invece vi sia stato, da parte di uno o dall'altro fra i soggetti implicati, qualcosa d'altro: inconsapevolezza, semplice acquiescenza ecc.; (quando in uno a caso della miriade di rapporti di locazione ad uso commerciale più o meno sconvolti dal covid — e parlo ovviamente di quelli non finiti nelle aule di giustizia — il signor Tizio locatore ha accettato per mesi, senza colpo ferire e senza nulla formalmente rinegoziare, novare o pattuire, un canone ridotto dalla s.r.l. Caia o dalla merciaia sig. ra Sempronia, cosa ha fatto? ha attuato spontaneamente e più o meno evolutivamente le norme sulla interpretazione ed esecuzione di buona fede del contratto o l'art. 1464 c.c. sulla impossibilità parziale, oppure si è semplicemente accontentato, visto che altrimenti la Caia sarebbe fuggita e l'immobile sarebbe rimasto sfritto per anni, oppure ancora si è impietosito di fronte alle geremiadi della merciaia Sempronia? E che, diversamente dalla prima, la

possibile ed utile constatare la radicale assenza di positività di una norma o disposizione (qui la nota differenza conta poco) che gli *omnes* sistematicamente disattendono nella sistematica e totale indifferenza di giudici (esempi in materia processuale *infra* § 3).

seconda e la terza ipotetica regola casuale non siano, pur con tutta la buona volontà, attuazione spontanea del nostro diritto posto, è comprovato dal fatto che esse non potrebbero trovare alcuno spazio in quel succedaneo della attuazione spontanea che è l'attuazione giudiziale e cioè in qualsivoglia motivazione di giudice che, in caso di lite, avalli l'auto-riduzione del canone).

Insomma — e per tornare ai concetti di Falzea — su questo secondo versante dobbiamo sì ipotizzare che attuazione spontanea ed attuazione giudiziale siano quest'ultima il surrogato eventuale della prima e che abbiano in comune, oltre alla complementare integrazione della positività del diritto e proprio perciò, la individuazione di una “regola casuale” ricondotta caso per caso alla regola generale ed astratta. Ma se non prima sorgano il dubbio, la crisi e la controversia e questi non vengano superati dalla attuazione giudiziale, ben difficilmente saremo in grado di riconoscere le singole regole casuali individuate dai *cives* nelle loro spontanee prassi realizzatrici, ed ancor più difficilmente saremo in grado di riconoscere, e tanto meno nelle loro reciproche interrelazioni, le tre scansioni successive, dal *quid facti* al *quid iuris* al *quid agendi*, di quella regola casuale.

Naturalmente ogni postulato ha la sua eccezione e vedremo (*infra* ai §§ 2 e 3) che ad esempio quanto alla attuazione spontanea delle norme processuali le cose non stanno del tutto così.

Ma quel che mi preme specialmente è la coda del discorso. E la coda del discorso (piuttosto scontata per vero) è che per sapere non tanto e solo se una norma sia effettiva e positiva ma *come* essa lo sia — *a fortiori* poi se il *focus* si sposta dalla singola norma ad un conglomerato di norme sistematicamente correlate o ad un istituto — il giurista non può che affidarsi alla attuazione giudiziale. È questa che consente di tracciare nei dettagli la evoluzione del sistema. È questa che può essere, con la accuratezza necessaria, discussa, criticata, imitata o contestata. È questa che — ben oltre la sua utilità solutoria della singola controversia, nonché risolutoria della singola crisi di certezza riguardo alla norma posta, nonché satisfattiva della singola situazione soggettiva

minacciata o pregiudicata (compresa ovviamente quella del convenuto tendente all'accertamento negativo della altrui pretesa) — riveste una essenziale e perfettamente comprensibile, studiabile e rielaborabile utilità e valenza prospettica.

E tale valenza e tale utilità — sia detto *per incidens* e pur senza voler essere troppo jehringhiani — non possono essere dimenticate di fronte all'enfasi spesso eccessiva ed impropria (quando non puerile) sui vantaggi delle ADR non aggiudicative e perciò in definitiva (tale essendo il risultato comune di quasi tutti questi meccanismi) delle transazioni o conciliazioni. È scontata la necessità di deflazionare, nei limiti del possibile, le aule giudiziarie e di scoraggiare la litigiosità capricciosa o abusiva o anche quella con semplice buona volontà evitabile. Ma non è certo da pensare — se non con mentalità pan-conciliativa di stampo confuciano e perciò di stampo intrinsecamente autoritario ed antilibertario (come fortemente autoritario ed antilibertario era il Celeste Impero) — che la soluzione giudiziale delle liti sia un male, e neppure un male necessario. Essa è fonte di giurisprudenza vale a dire di prudente e meditata (almeno sul piano degli auspici ed anche della ragionevole normalità) elaborazione del diritto di fronte alla realtà, e perciò non solo di attuazione (fosse solo per quello sarebbe preferibile l'attuazione spontanea compresa quella "transattiva"), ma anche di esplicazione del diritto posto siccome positivo. Senza di essa e senza il suo miglior possibile funzionamento, che le ADR sono in grado di supportare ma non di sostituire, saremmo tutti affidati agli insondabili percorsi dell'attuazione o inattuazione spontanea. Da ciò non solo la ovvia ineliminabilità — *ut sit finis litium e ne cives ad arma veniant* — della funzione giurisdizionale rispetto ai singoli casi concreti ed al possibile affiorare in essi, e nelle corrispondenti prassi spontanee, di prepotenze o debolezze rinunciarie. Ma anche — e la cosa è forse meno ovvia o meno pensata dai *cheerleaders* delle ADR — la sua intrinseca pregevolezza *pro futuro*. È insomma il giudicato ed il suo effetto preclusivo così caro a Falzea (impediente lo sguardo al passato) ad essere pressoché integralmente sostituibile dalla transazione avente identico effetto. Ma se non al giudicato ed al

suo effetto preclusivo rispetto alla singola lite pensiamo, bensì a quel medesimo prodotto della attuazione giudiziale riguardato però come precedente, ebbene la transazione non può surrogare o sostituire un ben nulla (6).

1.5. Dopo di che può comunque senz'altro dirsi — con Falzea (*La prassi* cit., 433) — che «l'attuazione spontanea, anche in presenza dell'attuazione autoritativa, non rimane del tutto ininfluenza perché ad essa gli stessi giudici finiscono col fare riferimento allorché nelle loro decisioni utilizzano, esplicitamente o implicitamente, i criteri della esperienza comune ovvero si richiamano alla coscienza sociale. Sicché, pur entro certi limiti, l'attuazione giudiziaria diventa rappresentativa dell'attuazione spontanea».

Il problema è che siffatta influenza della attuazione spontanea sulla attuazione giudiziaria è solo occasionalmente riscontrabile e con grande difficoltà dai testi delle decisioni, mancando oltretutto ad un riscontro sicuro l'altro termine di confronto e cioè la chiara rappresentazione del livello e dei modi della attuazione spontanea

(6) Nei raffinati svolgimenti della teoria della efficacia preclusiva falzeiana si legge più volte fra le righe un elementare postulato di buon senso ed anche e per così dire etico: sia la transazione che il giudicato precludono, o meglio rendono indifferente lo sguardo all'indietro e cioè il confronto fra l'ipotetica e non più giuridicamente accertabile situazione giuridico-fattuale pregressa e quella cristallizzata dall'una o dall'altro. Sennonché per la transazione deve considerarsi idealmente normale che l'operare delle reciproche concessioni (pur trattandosi di reciproche concessioni sulle *pretese*) conduca a situazione diversa da quella retrostante; per il giudicato deve considerarsi idealmente normale il contrario. Insomma: la stipula di una transazione (evento di attuazione spontanea che si colloca schiettamente sul versante della autonomia privata e perciò della "facoltà" che ho prima esaminato) non è né giusta né sbagliata, bensì solo voluta a superamento o prevenzione della controversia, ed è in ciò l'*ubi consistam* della sua efficacia preclusiva; il giudicato in quanto *soluzione* (non semplice *superamento* né tanto meno prevenzione) della lite è per definizione giusto fra le parti e limitatamente al suo oggetto, ed è in ciò l'*ubi consistam* della sua efficacia preclusiva. Su questo ben diverso *ubi consistam*, e pur senza la vincolatività di cui all'art. 2909 c.c., si innestano la vita e la rilevanza del giudicato e della sentenza in generale *pro futuro* ed *erga omnes* e cioè se riguardati quali precedenti. Ragionando diversamente dovremmo del tutto paradossalmente attribuire ad una serie di transazioni in ipotesi tracciabili e ricostruibili nel loro contenuto, ad esempio e di nuovo quelle stipulate fra locatori e conduttori a seguito degli sconvolgimenti da covid, portata non già di mera attuazione spontanea degli artt. 1965 ss. c.c., bensì illuminante portata attuativa ed esplicativa delle disposizioni sul contratto di locazione o se del caso di quelle sul contratto in generale.

pur se si isola un ambito spazio-temporale circoscritto. E su un piano di maggior rigore dogmatico vi è poi che i giudici — salve la ipotesi di constatazione della radicale non positività di una norma o più plausibilmente della radicale escludibilità di una opzione interpretativo-applicativa della medesima sopravvenute per il complessivo atteggiarsi della (in)attuazione spontanea — non sono ovviamente tenuti né si sentono tenuti di fatto a trarre lumi dalla attuazione spontanea, proprio perché appunto assai arduo è decifrarne le modalità ed impossibile individuarne con certezza le regole casuali che in essa si incorporano. Mentre la utilizzazione *pro futuro* della attuazione giudiziale, anche prescindendo dal grado della sua eventuale doverosità, è favorita *naturaliter* dall'essere ben percepibile proprio la regola casuale e dal rappresentare il precedente una "interpretazione" e perciò una concretizzazione pur sempre precettiva del comando generale e astratto della norma posta.

In un solo caso — al quale verosimilmente Falzea pone mente scrivendo quella frase — il giudice ha il dovere almeno virtuale di riferirsi alla attuazione spontanea, ed è dunque con maggiore certezza predicabile una rifulenza integrativa e contenutistica della attuazione spontanea sulla portata della norma posta. Ed è quello in cui entri in gioco una clausola generale e perciò uno *standard* valutativo ⁽⁷⁾ mutevolmente ancorato all'evolversi della coscienza sociale (tema questo che rappresentò autentico cavallo di battaglia dell'ultimo Falzea e del quale egli si occupa brevemente anche nella seconda parte dello scritto da cui ho preso le mosse). Dove altro, infatti, se non nella diffusa prassi realizzativa che concreta, in un contesto spazio-temporale dato, la nozione aperta di "buona fede" o quelle similari il giudice dovrebbe rinvenire la regola casuale idonea a stabilire se inviare alla controparte su *whatsapp* invece che via *pec* una avvertenza fondamentale in corso di trattative contrattuali risponda al parametro di condotta imposto dall'art. 1337 c.c.?

(7) La sottile distinzione fra i due concetti correlati può essere qui convenientemente trascurata.

Che poi a questa operazione corrisponda solitamente una sorta di precomprensione intuitiva ed in larga misura assertiva piuttosto che una difficile e dettagliata ricognizione motivazionale è anche vero. Ma se la “esperienza comune” e la “coscienza sociale”, quali dati eminentemente fattuali di prassi attuativa dei valori generici espressi dalla clausola generale, non assurgessero in questi casi *a priori* ad elementi integrativi *in iure* della norma posta, ben difficilmente si aprirebbe alla Cassazione il varco che questa ha da tempo, e pur con oscillazioni ed espressioni un tantino ipocrite, attraversato verso il sindacato pregnante della applicazione concreta delle clausole generali.

Lo si può anche chiamare, come è stato a volte chiamato, giudizio di terzo tipo, intermedio fra giudizio di fatto o di diritto, ma a me pare che questa definizione, pur quando adeguatamente argomentata e specificata di là dalla sua espressione verbale, sia troppo confusoria rispetto ai connotati di ogni giudizio giuridico ove per vari aspetti sono frammisti “fatto” e “diritto”. Preferisco allora dire senza mezzi termini che la Cassazione, astretta ovviamente al fatto storico reale quale accertato nel merito (le concrete circostanze di quell’invio su *whatsapp*), può però e deve controllare e sindacare il modo in cui il giudice di merito ha assunto, nella concretizzazione dello *standard*, la diversa realtà, anch’essa eminentemente fattuale ma integrativa del dover essere normativo, corrispondente alle generalizzate condotte dei *cives* che consentono o non consentono di ritenere conforme a buona fede la condotta accertata ⁽⁸⁾.

Già Falzea in altro scritto ⁽⁹⁾ aveva posto con lapidaria intuizione questa particolare realtà fattuale di prassi realizzatrice, questi fatti “di tutti gli altri”, al centro della scena della applicazione giudiziale degli *standards*, indicando i *cives* come destinatari pri-

⁽⁸⁾ La motivazione più chiara in tal senso pare sempre quella di Cass. 21 novembre 2000, n. 15004; così come in dottrina la posizione più limpida e semplice nel medesimo senso mi pare quella di Gianni D’Amico nello scritto che sarà richiamato nella appendice bibliografica.

⁽⁹⁾ *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, ora anch’esso in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999.

mari delle clausole generali, e la loro eventuale applicazione giudiziale come un *posterius* rispetto alla prassi attuativa spontanea, la quale non può pertanto essere trascurata dal giudice: «la prassi, in questo caso, come dispositivo che concorre alla determinazione dell'effetto giuridico, subisce una mutazione e si trasforma in valore, con un processo simile a quello della consuetudine». E non importa qui che il valore sottostante alla clausola generale, ad esempio quello della buona fede, preesista nella coscienza sociale e nella esperienza comune al momento in cui il legislatore lo recepisce in questa o quella norma di legge, perché la preesistenza del valore alla posizione della norma è o dovrebbe essere normale anche ove la norma nulla abbia a che spartire con una clausola generale ⁽¹⁰⁾. Importa invece che si tratti di un valore che a contatto con la prassi muta nel tempo in modo consistente ed imprevedibile la sua portata, e che dunque da un lato il legislatore sia costretto a recepirlo, nell'art. 1337 ad esempio, in modo particolarmente generico ed aperto al mutamento, d'altro lato il giudice, già nell'interpretare in astratto l'art. 1337, non possa non considerare la “buona fede” nella realtà fattuale della coscienza sociale e della esperienza comune al tempo del fatto singolo accertato in giudizio. Mentre il giudice può tranquillamente, e salvi casi particolarissimi, ignorare i “fatti degli altri” e cioè la circostante realtà della prassi realizzatrice, e concentrarsi invece sulla relazione tra il fatto concreto accertato nel processo e la norma astratta e la sua interpretazione quando si tratti di capire cosa voglia dire “estorto con violenza” o “carpito con dolo” ai sensi dell'art. 1427 c.c. (qui i “fatti degli altri” saranno semmai i fatti singoli e particolari accertati in altri giudizi, in guisa di attuazione spontanea o viceversa violazione della norma posta, dei quali il giudice terrà conto nell'esercitare l'*ars distinguendi* in relazione ai presunti precedenti formati in quei giudizi; ma di ciò oltre).

⁽¹⁰⁾ Essendo per altro la individuazione di cosa sia e cosa non sia “clausola generale”, a mio sommo avviso, molto più sfumata e complessa di quanto di solito non ritengano gli studiosi delle clausole generali.

2. L'attuazione spontanea delle norme processuali; è dato distinguere fra attuazione giudiziale ed attuazione spontanea anche quando la norma processuale ha per destinatario diretto il giudice?

L'attuazione spontanea è invece più sicuramente e concretamente monitorabile rispetto alla norma processuale, poiché tale attuazione ha luogo nella ufficialità pubblica del processo, ed inoltre e correlativamente perché la norma processuale ha, salvo casi limitatissimi, come destinatario diretto anche, e spesso in primo luogo, il giudice.

Segue da ciò, anzi, la apparente difficoltà di distinguere, rispetto alla norma processuale, attuazione spontanea da attuazione giudiziaria, perché il giudice nel processo non fa (o non dovrebbe fare) che applicare continuativamente la legge processuale e ciò non parrebbe che definibile come attuazione spontanea. Mi sembra tuttavia che il criterio distintivo passi attraverso il porsi della questione interpretativo-applicativa della norma processuale e l'affiorare dunque della sua soluzione in forma provvedimentoale o per lo meno motivazionale.

Se si condivide questo criterio, è assolutamente agevole e perfino lapalissiano (altrimenti si giungerebbe all'opposto assurdo che tutto o quasi nel processo è attuazione giudiziale) dire, ad esempio, che quando il presidente del collegio in Cassazione dà la parola al procuratore generale e successivamente al difensore del ricorrente sta attuando *spontaneamente* la regola processuale scritta nell'art. 379, comma 3, c.p.c.

Meno agevole — sempre riguardando il processo civile — è ricondurre alla attuazione spontanea o viceversa a quella giudiziale la soluzione implicita di questioni processuali o l'implicito assorbimento di questioni di rito o di merito. Queste situazioni hanno dato luogo, come è ben noto, a complessi dibattiti nella dottrina e nella giurisprudenza processualistica, culminati nelle teoriche sul giudicato implicito e nelle controversie sulla sua estensione, e comunque tutti accomunati dal ravvisarsi, nelle medesime situazioni, sempre una decisione giudiziale implicita,

funzionale, nel primo caso, al dispiegarsi della successiva attività decisoria, e nel secondo (quello dell'assorbimento) alla logica accettabilità di un esercizio della attività cognitiva solo apparentemente difettoso rispetto alle richieste delle parti.

A me pare tuttavia che, sul versante della teoria generale, siffatte decisioni (processuali) implicite debbano ascriversi alla attuazione spontanea delle regole processuali da parte del giudice. Ciò che conta non è il loro effetto finale, visto che su quel piano l'effetto della attuazione spontanea e della attuazione giudiziale è sempre la concretizzazione materiale del diritto posto o del dover essere normativo che dir si voglia. Ciò che conta ed è discriminante è invece la modalità della attuazione. E di attuazione giudiziale conviene discorrere, per la norma processuale come per quella sostanziale, solo quando essa sia esplicitamente solutoria di dubbi e questioni ed aggiunga alla spontanea e materiale concretizzazione del diritto posto una traccia "giurisprudenziale" variamente utilizzabile *pro futuro*. Rispetto alla norma processuale, insomma, si avrà attuazione giudiziale solo quando sia tangibile e tracciabile non solo l'attività materiale (anche implicitamente evincibile) del giudice quale destinatario diretto della regola, ma la sua attività intellettuale eppur pragmatica e rapportata al caso concreto, quale interprete non altrimenti sostituibile di fronte alla *res dubia* sollevata dalle parti o rilevata d'ufficio. Di guisa che, esattamente come accade (v. § 1.4) per l'attuazione delle norme sostanziali, sebbene qualunque forma di attuazione conduca — come osservava Falzea — «dalla norma generale, astratta e indeterminata, alla regola casuale, concreta e determinata», è solo l'attuazione giudiziale che consente la successiva analisi del percorso e dunque la sua imitazione o critica in casi simili.

Quando dunque il giudice decide il merito egli ha implicitamente affermato la propria giurisdizione. Avrà allora anche senso dire che ha attuato spontaneamente (se correttamente o meno lo diranno le impugnazioni) le norme processuali sulla giurisdizione e potrà anche dirsi che lo ha fatto in modo tracciabile, mentre assai più chimerica resta la tracciabilità della attuazione sponta-

nea delle norme sul contratto ad opera di contraenti che non si rivolgono per le ragioni più disparate ad un giudice e neppure a legali che formalizzino fra loro una qualche controversia. Avrà invece poco senso discorrere di attuazione giudiziale sol perché è il giudice a porla in essere siccome destinatario di quelle norme, ma senza che una regola casuale solutoria di controversia sia, non solo tracciabile (come in effetti è), ma anche descrivibile, analizzabile ed imitabile ⁽¹¹⁾.

3. *Segue: la maggiore tracciabilità della attuazione spontanea delle norme processuali; la inattuazione spontanea ragionevolmente ammissibile.*

Ciò premesso, resta appunto il fatto che l'attuazione spontanea delle regole processuali, ad opera del giudice o delle parti, sebbene non "faccia giurisprudenza", sia maggiormente constatabile e controllabile di quanto non accada per l'attuazione spontanea del diritto sostanziale.

Da essa — da non confondersi con le prassi processuali nelle zone lasciate sgombre dai precetti normativi, di cui dirò oltre — possono trarsi anche statistiche attendibili, sol che serva e che

⁽¹¹⁾ E se invece controversia sul punto vi è stata perché il convenuto ha sollevato l'eccezione, l'attore ha contro-argomentato a riguardo, ed il giudice non si è espressamente affaccendato in proposito in motivazione ed ha comunque implicitamente affermato la giurisdizione nel decidere il merito, potrà nei congrui casi discorrersi di motivazione implicita adesiva alla prospettazione dell'attore ed allora sì di attuazione giudiziale delle norme processuali sulla giurisdizione (sebbene la valenza e la persuasività di un simile "precedente occulto" siano di molto ridotte). Ma in fin dei conti i macroconcetti contano, nella prospettiva in cui ci poniamo, ben più delle sottili distinzioni. E la distinzione (o il macroconcetto) che qui vorrei sottolineare è appunto quella fra il piano (proprio della indagine processualciviltistica) degli effetti della decisione (sul quale piano identici possono ben essere, e tendenzialmente sono, gli effetti della decisione affermativa della giurisdizione vuoi che essa sia esplicita vuoi che essa sia implicita), ed il piano della teoria generale sul quale o si dice che l'attuazione della norma processuale è sempre giudiziale tutte le volte che essa passi per una decisione qualsivoglia del giudice (affermazione che euristicamente mi pare equivalga a quella secondo cui appena il sole declina tutti i gatti sono grigi) oppure si riguadagna un congruo spazio alla attuazione spontanea della norma processuale ad opera del giudice a prescindere dagli effetti processuali delle sue decisioni.

lo si faccia con metodi idonei, cosa in Italia piuttosto rara⁽¹²⁾. E si tratterebbe — quel che più importa sul piano teorico — di statistiche fondate su dati particolari in larga prevalenza direttamente documentati negli incartamenti (o oggi e sempre più nei *file* informatici) processuali. Mentre, ad esempio, le statistiche, *rectius* le geremiadi, sul grado di attuazione o inattuazione delle norme tributarie sostanziali non si fondano del tutto su dati minutamente documentabili (il sommerso o nero che dir si voglia è per definizione senza traccia), bensì su riscontri macroeconomici comparativi ed altre più o meno raffinate metodologie induttive.

Soprattutto, a differenza che sul versante del diritto sostanziale, è ben difficile che anche nel singolo caso, o per lo meno nella maggioranza dei singoli casi, la norma processuale resti inattuata senza che il dubbio o contrasto o volontà e/o condotta violativa che ha determinato la sua inattuazione non sia superato dalla attuazione giudiziale nel medesimo processo e se del caso nei suoi vari gradi, sicché alla (mancata) attuazione spontanea si sostituisce *immediatamente* l'attuazione giudiziale riducendosi per forza di cose le zone d'ombra della inattuazione. Non così evidentemente quando sia inattuata o violata, nella dimensione spontanea e precontenziosa, una regola sostanziale sul contratto o sulla proprietà ecc.: l'attuazione giudiziale prenderà allora il posto della inattuazione spontanea non certo immediatamente, ma solo per il tramite di apposito esercizio del diritto di azione, né sarà agevole controllare quante volte e perché ciò non accada. In-

⁽¹²⁾ Rara ma non certo impossibile. Per riferirci ai nostri ultimissimi giorni è ipotizzabile (e la cosa comincia a preoccupare gli interessati e possibili monitorati) che Ministero competente e se del caso CSM monitorino statisticamente l'attuazione o inattuazione giudiziale dell'ultima ennesima riforma del rito civile (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), con riguardo ad esempio al rispetto dei termini — ordinatori, o canzonatori come voleva Ridenti siccome imposti al giudice, ma in realtà sicuramente formali ed intesi alla chimerica valenza efficientista di tale riforma — previsti dal nuovo art. 171-*bis* c.p.c. (termine di 15 gg. per l'emanazione dell'eventuale provvedimento a seguito delle “verifiche preliminari” sulla regolarità del contraddittorio ecc.) e 183, comma 4, (termine di 90 gg. per la fissazione dell'udienza di assunzione della prova); così come del resto è stato sicuramente possibile monitorare fino ad ora il rispetto dei - la misura dello sfioramento dai - termini per il deposito della sentenza.

somma la differenza fra il versante del diritto processuale e quello del diritto sostanziale, quanto alla interrelazione fra attuazione spontanea ed attuazione giudiziale, consiste in ciò che il carattere «rimediale» ed il «compito sostitutivo» della «attuazione autoritativa» «affidato ad un terzo che ne è istituzionalmente investito» (sono sempre espressioni di Falzea) prendono luogo della «prassi attuativa spontanea» solo occasionalmente ed a significativa distanza temporale sul versante del diritto sostanziale, e sull'altro versante invece ciò accade nella immediatezza del processo e con la frequenza assicurata dal controllo officioso del giudice sul processo ⁽¹³⁾.

All'opposto è più agevole nel processo verificare la ormai radicale e generalizzata inattuazione, con il pieno ed indispensabile assenso dei giudici, di norme remote, sostanzialmente e *de facto* abrogate per desuetudine ⁽¹⁴⁾ perché, sebbene tutt'altro che oggettivamente questionabili sul piano interpretativo astratto, la loro spontanea attuazione è risultata nel tempo o forse fin da subito *ultra vires*: si pensi all'art. 130 c.p.c. che ancora imporrebbe la presenza del cancelliere, quale *probo amanuense*, in udienza, ovvero all'art. 81 disp. att. c.p.c. che vieterebbe, salvo esplici-

⁽¹³⁾ Questo rilievo ben si attaglia ai casi in cui il giudice rimedia mediante attuazione giudiziale alla inattuazione (o scorretta attuazione) spontanea della parte: ad esempio allorché il giudice rileva un difetto di rappresentanza o autorizzazione e provvede a norma dell'art. 182 c.p.c. Ma esso consente un ulteriore utile svolgimento se si pone mente non più alla interrelazione sostitutiva fra attuazione spontanea e attuazione giudiziale della norma processuale, bensì alla interrelazione sostitutiva e correttiva della attuazione giudiziale attraverso i gradi di impugnazione.

Accade qui, e nel contesto teorico che ora ci occupa, che la differenza fra norma sostanziale e norma processuale svapora (e svapora dunque e per forza di cosa l'utilità — in altri contesti teorico-pratici sensibile — di attribuire nei casi dubbi connotati sostanziali o processuali alla norma): la funzione sostitutivo-correttiva della successiva attuazione giudiziale, rispetto alla precedente, si avrà sempre “nella immediatezza” del processo di impugnazione ma solo a patto che un processo di impugnazione sia avviato nei termini ad istanza di parte; né più e né meno di come di fronte alla crisi di inattuazione spontanea di un contratto privato, e delle norme sostanziali che lo reggono, la funzione sostitutiva della attuazione giudiziale potrà aversi solo se il processo, retto dal principio dispositivo sostanziale, comincia.

⁽¹⁴⁾ Vedi per altro quanto si è ricordato *retro* alla nota 5 e nel testo al corrispondente richiamo.

ta e motivata giustificazione, un intervallo maggiore di quindici giorni fra una udienza e l'altra ⁽¹⁵⁾. Ed in effetti nei casi menzionati si sarebbe di fronte a vere e proprie prassi *contra legem*, le quali, *a fortiori* in materia processuale, non dovrebbero trovare alcuna cittadinanza nell'ordinamento, se non fosse che proprio in termini di teoria generale e di logica può dirsi eliso a monte il loro carattere *contra legem* dalla constatata totale ineffettività del diritto posto siccome ritenuto diffusamente e ragionevolmente inattuabile (diritto posto, dunque, ma non più positivo). La cosa è ovviamente ammissibile solo in via eccezionale e quando non siano in gioco, come qui non lo sono, valori costituzionali. Ed infatti prassi *contra legem*, costituzionalmente illegittima perché violativa del diritto di difesa e della funzione giurisdizionale nel suo complesso, oltre che del tutto irragionevole e solo comodista di fronte a disposizioni tutt'altro che inattuabili, è stata per tempo non breve ed in aree territoriali tutt'altro che irrilevanti, ed è ormai fortunatamente sorpassata, quella della audizione dei testi fuori dall'aula di udienza ed a cura dei soli avvocati.

Naturalmente, prima di discorrere di vera e propria "inattuazione" di norme processuali, occorrerà verificare se la regola sia semplicemente scarsamente attuata per mancanza di occasioni e si avvii semmai (ma la conseguente decisione abrogativa spetta al legislatore) verso una sorta di obsolescenza per inutilità, ovvero sia scientemente e più o meno giustificabilmente "inattuata", nella sostanza sistematicamente violata o aggirata e perciò non più effettiva e positiva. A questa seconda ipotesi sono evidentemente da ricondursi gli esempi sopra menzionati; la prima ipotesi riguarda ad esempio l'art. 114 c.p.c. sul giudizio di equità sol perché le parti non concludono mai il relativo accordo, e così pure l'art. 516, comma 2, c.p.c. sol perché è ormai pressoché chimeri-

⁽¹⁵⁾ Più significativa è stata la progressiva e quasi altrettanto radicale inattuazione del relativamente nuovo art. 81-*bis* disp. att. c.p.c., il quale, prevedendo con velleitario linguaggio burocratico l'inutile (almeno quale atto autonomo e distinto rispetto ad una qualsiasi ordinanza che ad esempio cadenzia in più udienze l'audizione di numerosi testimoni) "calendario del processo", meritava esattamente la sorte che la prassi gli ha riservato.

co il pignoramento dei bachi da seta. Questa distinzione e le relative constatazioni sono ovviamente comuni anche a chi indaghi sull'attuazione spontanea del diritto sostanziale e la distinzione dipende dal se la regola della cui attuazione si tratta si inserisce in un segmento cogente e necessitato rispetto a fatti o atti giuridici precedenti ovvero entri in gioco solo a seguito di una opzione riservata alla autonomia dei privati e dipendente dall'affiorare o meno di loro concreti interessi. Qui si vuol solo tornare a sottolineare che essendo il processo nel suo complesso un meccanismo progressivo e funzionale governato da una larga percentuale di norme (nominalmente) imperative agevolmente identificabili ed inoltre, e come già ricordato, un meccanismo documentale e idoneo a documentare anche i suoi segmenti opzionali, le due ipotesi sopra cennate sono più facilmente individuabili e riconoscibili. E ciò vale insomma anche per l'ipotesi della non attuazione spontanea per mancanza di occasioni, la quale appunto non elide la effettività e positività della norma. Viceversa, sul versante del diritto sostanziale, e sebbene gli sciami d'api e soprattutto gli animali mansuefatti circolanti sul territorio nazionale siano fortunatamente ancora numerosi, sarebbe davvero difficile dire (o che il sociologo o lo statistico dicano al giurista) se gli artt. 924 e 925 del codice civile siano norme non più positive per sostanziale "inattuazione" o solo norme di rarissima applicazione anche spontanea.

4. L'attuazione giudiziale delle norme processuali; prevedibilità *versus* adattabilità delle regole generali e astratte e delle regole casuali del processo civile; dal *quid facti* al *quid iuris* nella enucleazione della regola casuale in materia processuale; *standards* valutativi nelle norme processuali; l'auspicabile *self-restraint* della giurisprudenza processualciviltica e l'*overruling*.

4.1. Quanto alla attuazione giudiziale del diritto processuale, moltissimo ovviamente vi sarebbe da dire, ma se si resta nelle campiture generali tracciate da Falzea e la si confronta con l'at-

tuazione giudiziale del diritto sostanziale può forse essere sufficiente annotare quanto segue.

a) Non sembrano esservi ragioni logiche o di teoria generale idonee a distinguere l'attuazione giudiziale di una norma processuale da quella di una norma sostanziale.

b) Sul piano empirico tuttavia, e con ripercussioni giuridicamente rilevanti di tutta evidenza, accade che nella individuazione della regola casuale attuativa della norma processuale scritta il giudice abbia, in teoria ed anche in pratica, il compito semplificato nel primo momento e cioè in quello della individuazione del *quid facti* e nell'immediato e consequenziale ed inscindibile passaggio ⁽¹⁶⁾ alla individuazione del *quid iuris*: i fatti ai quali la norma processuale si riferisce — vuoi quando si tratti di fatti pre o extra-processuali (ad es. la situazione di fatto idonea ad affermare o negare la competenza territoriale) vuoi *a fortiori* quando si tratti di fatti che accadono nello stesso processo (ad es. la avvenuta costituzione del convenuto, il rifiuto di rispondere all'interrogatorio formale) — sono sì contemplati dalla norma scritta in termini generali ed astratti, ma la generalità ed astrattezza è desunta da una ipotetica realtà fattuale concreta, immaginata dal legislatore, ben più ripetitiva e standardizzata, nell'ambito della risalente esperienza processuale, di quanto di solito non accada per i fatti contemplati in astratto nelle norme sostanziali. Perciò l'operazione — la quale è pur sempre un giudizio di diritto — di riconduzione del fatto concreto al fatto generale ed astratto previsto dalla norma processuale è operazione assai più semplice siccome non sconta di solito, come accade invece per la norma sostanziale, l'emersione continua di realtà concrete eterogenee e nuove richiedenti altrettanto continui ripensamenti della disposizione formale in funzione della creazione di una regola casuale. Senza contare che anche l'accertamento del fatto concreto in sé, e cioè il vero è proprio giudizio di fatto, si giova di una semplificazione cognitiva e probatoria che riduce il margine di incertezza

⁽¹⁶⁾ V. *retro* al § 1.1.

e di alea e perciò in definitiva il margine di indeterminata e di difficilmente verificabile varietà ed oscillazione nelle attuazioni giudiziali della medesima disposizione. Il fattore di una tale semplificazione è ovviamente intrinseco allorché il fatto accade nel processo ed *apud iudicem*, e virtuale invece e voluto dallo stesso legislatore allorché il fatto è extraprocessuale ma occorre accertarlo *prima facie* ai soli fini della applicazione della regola processuale senza rifluenze su eventuali applicazioni nello stesso processo di regole sostanziali che contemplino il medesimo fatto (si veda l'art. 38, ultimo comma, c.p.c.).

c) Inoltre la norma processuale è, per forza di cose, posta dal legislatore sulla base di scelte valoriali di ordine prevalentemente tecnico-giuridico piuttosto che socio-economico, almeno una volta che la Costituzione o altro insieme di principi ordinamentali sovraordinati abbiano definito anche per il processo la cornice ideologico-politica di riferimento; scelte valoriali tecnico-giuridiche, dunque, destinate ad omogeneizzare il più possibile lo svolgimento concreto dei processi nello spazio ma anche nel tempo, e nel tempo anzi vocate a durare indefinitamente, essendo il processo un contenitore tendenzialmente neutro idoneo alla soluzione delle controversie ed alla attuazione del diritto oggettivo sostanziale quali che siano le norme di quest'ultimo ed il loro evolversi. Il che ovviamente non vuol dire che anche la norma processuale quando si fa, in mano al giudice, regola casuale, ed in particolare nella "enucleazione" falzeiana del *quid iuris* e nel passaggio da questo al *quid agendi*, non sia suscettibile di una pluralità di opzioni attributive di significato alle parole *in thesi* polisenso del legislatore, o perfino di sobrie varianti interpretativo-applicative commisurate al caso concreto, e neppure vuol dire che le norme processuali non debbano potersi adattare attraverso l'opera degli interpreti a realtà fattuali del tutto nuove ed imprevedibili al momento della loro posizione (si pensi ad esempio a come e quanto svariate regole del nostro processo civile dovranno fare i conti con il fenomeno del *third party litigation funding* e con la preoccupante figura del "finanziatore della lite"). Ma solo vuol

dire che il processo, come contenitore neutro legittimante l'attuazione giudiziale del diritto sostanziale, richiede una particolare e potenziata uniformità spazio-temporale della stessa attuazione giudiziale delle sue regole.

Mi pare insomma si possa affermare che, data una decente e ragionevole durata media della norma di legge prima che essa divenga obsoleta e sia formalmente modificata (il legislatore che cambia capricciosamente idea ogni piè sospinto finisce col perdere la tempra e la credibilità di legislatore), la norma sostanziale è per sua natura "aperta" all'affiorare di nuove situazioni di interesse rinvenienti dal tumultuoso evolversi dei rapporti socio-economici, il quale troverà un riscontro in regole giudiziali dei casi concreti variate ed evolute a misura che i casi concreti varino e gli interessi si evolvano (e se così non fosse il legislatore sostanziale dovrebbe reintervenire pressoché mensilmente). La norma processuale invece — ed oltretutto anche e proprio affinché quella "apertura" della norma sostanziale si riveli legittima e rispettosa del principio di eguaglianza nel fluire della esperienza giudiziale e dei processi — è per sua natura "chiusa", risultando la pressione degli interessi concreti sulla sua interpretazione evolutiva ben minore della esigenza di sua tendenzialmente invariabile certezza di regola del gioco nel tempo e non solo nello spazio.

Facciamo un semplice confronto (e ci si potrebbe divertire a farne tantissimi): l'art. 2049 c.c. è rimasto e resterà per molto tempo del tutto invariato, ma ai due sintagmi "padroni e committenti" e "nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti" è stata riferita una varietà crescente di significati astratti e concreti, a volte perfino in apparenza contraddittori, mano a mano che le dinamiche dell'attività di impresa e del mercato si complicavano e si diversificavano rispetto alla realtà rudimentale delle primordiali fabbriche e dei tradizionali esercizi commerciali dell'Italia *d'antan*. Anche l'art. 105 del c.p.c. è rimasto invariato, ma — senza nulla togliere alle pregevoli e sempre vive riflessioni dottrinali sull'intervento del terzo — anche il suo *standard* applicativo nei nostri tribunali, adeguatamente restrittivo, è rimasto sostan-

zialmente inalterato, sebbene l'indubbio complicarsi, intrecciarsi e correlarsi delle esperienze e dei rapporti socio-economici potesse in astratto favorire un rapido accrescimento ed una rapida diversificazione — proprio come nel caso della “responsabilità dei padroni e committenti” — delle situazioni giustificatrici della partecipazione volontaria di un terzo al processo.

E se si vuole allargare lo sguardo alla Storia e cioè a quella più remota ma anche nota, risulta assai significativo che, nei momenti di maggiore accentrimento dei poteri, i tentativi di sopprimere il generale ed insopprimibile quoziente di creatività della interpretazione giudiziale del diritto posto ed in particolare del diritto sostanziale sono stati numerosi — e Falzea ricorda i principali, dalla *imperatoria interpretatio* di Valentiniano ad altri esempi romanistici successivi, fino al *référé législatif* (e dovrebbero aggiungersi ovviamente la rigida equiparazione robespierriana interpretazione = violazione della legge, nonché la originaria versione rivoluzionaria del *Tribunal de Cassation*) — tutti però destinati al fallimento. «Il potere autoritario» — osserva Falzea (*La prassi cit.*, 449) — «ha cercato...di riserva[re] a se stesso il potere interpretativo o il controllo degli interpreti: ma l'interpretazione, per la incoercibile forza delle cose, gli è sempre sfuggita di mano». Un solo tentativo si è rivelato invece al postutto coronato da parziale successo evolutivo ed andrebbe rammentato su un binario parallelo agli altri: è quello culminato nel trionfo del Re Sole sui *Parlements* locali, non tanto quanto alla *intentio* regale, anche in quella contesa manifesta, di conculcare la loro creatività *di fronte al diritto sostanziale*, ma sì quanto alla eliminazione della loro autodichia regolamentare *riguardo alle regole procedurali* degli stessi giudizi loro affidati. Ne è sortita l'*Ordonnance Civile* del 1667 e di seguito ed in tutta Europa la statualizzazione accentratrice della procedura e nella sostanza non si è tornati più indietro. In versione moderna — e ad esempio nel nostro art. 111, comma 1, Cost. — alla istanza statalistica ed egemonica si è sostituita l'istanza della certezza nonché della particolare e rafforzata prevedibilità delle regole del gioco. In questo contesto la

interpretazione giudiziale in materia processuale ha anch'essa un insopprimibile quoziente di creatività, ma *est modus in rebus*.

Conferma *a contrario* di tutto ciò si ha nel fatto che quando gli interessi concreti (quelli del lavoratore dipendente come parte asseritamente debole, quelli collettivi della classe di danneggiati o dei potenziali pregiudicati da clausole contrattuali seriali ed abusive, quelli del mercato di fronte alla impresa in crisi ecc...) premono in realtà e prepotentemente sul crinale fra diritto sostanziale e processo e perciò anche su quest'ultimo, il legislatore processuale è chiamato ad intervenire formalmente perfino più di quanto non lo sia il legislatore sostanziale: quest'ultimo può affidarsi alla giurisprudenza, quanto all'altro è miglior partito che provveda egli stesso novellando o riformando. Ed in fin dei conti — paradosso solo apparente, visto quanto fin qui osservato — se si guarda al sistema del diritto civile italiano nel suo complesso ed al sistema del diritto processuale civile italiano nel suo complesso, il primo, fatte le debite proporzioni quantitative, non è stato nel dopoguerra più riformato che non il secondo, perfino ove si sconti, riguardo a quest'ultimo, la tara della frenetica mania novellatrice del legislatore processuale dell'ultimo trentennio, dovuta in larga misura non ad esigenze imprescindibili di adeguamento, ma alla sola risaputa contingenza politica secondo cui le riforme del c.p.c. non costano nulla e sono dunque il più conveniente, anche se il più inutile, modo attraverso cui la maggioranza di turno può reclamizzare il suo impegno per risolvere la crisi della giustizia.

d) In definitiva: in base a quanto rilevato *sub b)* è possibile (o è maggiormente possibile) ed in base a quanto rilevato *sub c)* è anche doveroso (o è vieppiù doveroso) che nella attuazione giudiziale della medesima disposizione processuale le regole casuali restino fra loro sempre assimilabili e sostanzialmente combacianti nello spazio e solo lentamente variabili nel tempo. Fuor dalle concettualizzazioni ciò significa che la giurisprudenza in materia processuale ha da essere più stabile che in materia sostanziale e che l'*overruling* in materia processuale richiede da un lato cautela particolarissima, d'altro lato accorgimenti peculiari idonei a steri-

lizzarne gli effetti a sorpresa siccome particolarmente iniqui ⁽¹⁷⁾, accorgimenti questi che in altri contesti ordinamentali, non a caso connotati dalla efficacia *de iure* dello *stare decisis*, sono da tempo noti ed utilizzati anche e ove del caso in relazione ai precedenti di diritto sostanziale: si pensi alla distinzione fra *prospective* e *retrospective overruling*, o alla dottrina della Corte di giustizia sulla efficacia nel tempo delle pronunce pregiudiziali.

Naturalmente tutto è relativo e massimamente qui. Il processo ed in particolare il processo civile come pura forma insensibile al contesto socio-economico è una chimera, altrimenti e per dirne una sola saremmo ancora alla “prova tassata” siccome dotata di una sua astratta ed intrinseca razionalità formale, e non saremmo passati all’opposto principio della libera valutazione. Ed oltretutto vi è che anche fra le norme processuali si riscontrano, pur rari, esempi di utilizzazione di *standards* valutativi, la cui attuazione è per definizione ben aperta, del tutto analogamente a quanto si verifica sul versante del diritto sostanziale, al mutare anche frenetico della esperienza di vita sociale esterna al processo: si pensi alla “normale prudenza” dell’art. 96 c.p.c., o alle “gravi ragioni di convenienza” dell’art. 51, o al “conflitto di interessi” dell’art. 79, ed in fin dei conti allo stesso “avervi interesse” dell’art. 100 ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Il dibattito nostrano sull’*overruling* in materia processuale ha preso avvio, o se si vuole ha ripreso vigore, a partire da un noto e davvero inatteso *overruling* di fine estate delle Sezioni Unite (9 settembre 2009, n. 19246) sul termine di costituzione dell’opponente a decreto ingiuntivo: la regola casuale nuova, proposta e data la provenienza *de facto* imposta, non era più errata o più corretta della precedente e consolidata in punto di interpretazione astratta della norma processuale, visto che di quello e solo di quello si trattava, ma la sorpresa fu subito percepita come un male in sé, visto oltretutto che per la materia di uso comune coinvolta ne andava di mezzo il sonno sereno e forse la salute cardiaca di migliaia di avvocati sul territorio nazionale. Un ultimo icastico richiamo alla pericolosità dell’*overruling* in materia processuale, di seguito al dibattito nel frattempo intervenuto anche riguardo alle prospettive rimediali (cfr. in proposito già la saggia Cass. 2 luglio 2009, n. 15812) visto che il divieto assoluto è ovviamente impraticabile, è ora in Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2022, n. 29862, la quale reagisce prontamente ad una immediatamente precedente impennata di ingegno di una sezione semplice che aveva detto per la prima volta, e per altro in *obiter*, inammissibile la domanda di condanna generica e cioè uno degli strumenti più consueti e pacificamente utilizzabili del vivere quotidiano nelle nostre aule giudiziarie.

⁽¹⁸⁾ Per altro, proprio sul piano della utilizzazione degli *standards* valutativi presuntivamente riconducibili alla *voluntas legis*, il processo, più ancora che il diritto sostanziale

Specularmente anche il formante giurisprudenziale del diritto processuale è stato o è a volte fortemente condizionato dal contesto esterno, pur se a questo il legislatore formale non si sia nemmeno implicitamente riferito, di guisa che gli esiti quantunque consolidati della attuazione giudiziale della norma processuale meritano di essere rinnegati, con la dovuta prudenza ed evitando per quanto consentito sorprese, di fronte al tramonto di quel contesto esterno d'origine. Un esempio evidente è la nota affermazione giurisprudenziale, del tutto posticcia rispetto al tenore letterale dell'art. 77 c.p.c., circa la imprescindibile necessità del conferimento di sottostanti poteri di rappresentanza sostanziale ai fini della valida investitura di un procuratore speciale quale rappresentante processuale: comprensibile semmai decenni e decenni or sono di fronte al rischio che designando solo per "quel" processo il sindaco o il parroco del paese come mero rappresentante processuale la parte sostanziale riuscisse ad influenzare il giudice, ridicola oggi quando impone almeno per prudenza che la multinazionale stia in giudizio in persona del legale rappresentante statutario, e non del *general counsel* o di altro soggetto munito di procura speciale... non si sa mai qualcuno questioni sui "sottostanti poteri sostanziali".

4.2. In conclusione: nella tensione dinamica fra l'apporto creativo non arbitrario ma inevitabile di qualsiasi decisione giudiziale (per lo meno e sempre sul piano della applicazione a fatti concreti, se non sempre e necessariamente su quello della interpretazione astratta) e la indispensabile quanto relativa certezza del diritto, quest'ultima deve e può incidere di fronte alla legge scritta processuale più di quanto non accada di fronte alla legge scritta sostanziale, e di fronte alla prima, più che di fronte alla seconda, con maggiore e più pregnante estensione dal livello sincronico (ove la certezza del diritto manifesta per logica la sua più ovvia espansione) al livello diacronico (ove, via via che l'oriz-

e per le ragioni di certezza sopra cennate, va protetto accuratamente dagli eccessi: un esempio madornale di eccesso è l'attuale abuso della nozione di "abuso del processo".

zonte temporale si allunga, la certezza del diritto è comunque costretta a relativizzarsi onde non volgersi in inattualità del diritto).

Convergono in questa prospettiva, da un lato, la particolare funzionalità della certezza del diritto quando si tratta di regole del gioco, le quali servono a loro volta a garantire la intrinseca legittimità e giustizia delle decisioni giudiziali sul merito e perciò applicative del diritto sostanziale, di guisa che il valore intrinseco della interpretazione astratta *migliore* ed in ipotesi correttiva può in certi contesti cedere di fronte al valore intrinseco della interpretazione astratta *consueta* della disposizione processuale; d'altro lato la non assoluta ma sicuramente maggiore possibilità di invarianza, o di variazione poco rilevante sul piano socio-economico e dei valori, che i fatti concreti prospettano quando si tratti di quelli cui deve applicarsi la norma processuale, e perciò la non assoluta ma sicuramente maggiore possibilità che anche l'applicazione giudiziale concreta di essa sia più stabile.

Fuori dai singoli casi di specie, ed una volta accettata la cenata differenza, resta eminentemente empirica e ben difficile da definire *a priori*, di fronte a qualunque norma posta sostanziale o processuale, la tensione fra elasticità e certezza: quanta elasticità? e quanta certezza?

Il connotato assai elementare ed assolutamente tradizionale di questa impostazione è a mio avviso la migliore riprova della sua correttezza di fondo. Essa dunque non merita di essere superata o sbilanciata né verso visioni nichilistiche che mortifichino la rilevanza della posizione formale delle norme scritte predicando una inverosimile preponderanza ed anche indeterminatezza della creatività giurisprudenziale; e neppure verso richiami alla “calcolabilità” delle decisioni dei casi concreti, i quali richiami — di là dalla loro giusta valenza di sottolineatura della esigenza di certezza e dalla loro portata di implementazione di raffinati strumenti predittivi utili al mondo della economia e della gestione aziendale — pretendano invece la futura sostituzione dello strumento informatico al cervello ed alla sensibilità umana nella soluzione delle liti. Nel che non vi sarebbe nulla di particolarmente sbagliato, se

non fosse che il necessario quoziente di elasticità di fronte alle infinite varianti dei fatti concreti (sostanziali ed anche, sebbene in minore misura, processuali) dovrebbe essere assicurata da un raffinato “programma” umanamente escogitato. E “programma” umanamente escogitato è già la buona vecchia norma di legge scritta, concettualmente non distinguibile, per ciò che qui interessa, da un “programma informatico” solutorio delle liti, se non per un maggior grado di specificità di quest’ultimo. Senonché la rincorsa verso un “programma solutorio” sempre più specifico, onde raggiungere la comprensione decisoria di fatti concreti per definizione nuovi, è rincorsa ad *infinitum*, e l’ultimo tratto da percorrere andrà sempre assegnato al programmatore e cioè alla mente umana, almeno se un sufficiente grado di elasticità si vuole garantire. Ed allora e per quest’ultimo segmento preferisco il giudice in carne ed ossa come programmatore immediatamente posto innanzi ad un fatto reale, piuttosto che un programmatore che alla consolle selezioni differenze ed equivalenza fra una pluralità di fatti passati prima che il nuovo fatto reale si sia verificato.

5. Riflessioni sulla consuetudine come prassi genetica ed insieme attuativa.

Quando Falzea si occupa e non può non occuparsi della consuetudine, come eminente esempio di prassi giuridicamente rilevante siccome addirittura prassi genetica, non riesce più a chiamarla — e la cosa è in apparenza ben comprensibile — prassi attuativa, e cioè non riesce ad omologarla alla attuazione spontanea del diritto sebbene sia in essa certamente fondamentale, specialmente ma non solo all’origine, il momento della spontaneità. La chiama prassi genetica o genericamente prassi giuridica, ma mai prassi attuativa (salvo che in un passo che andrà significativamente ricordato al termine del presente paragrafo). Ma neppure dice che non lo sia del tutto.

«La prassi attuativa, come si è visto, agisce in presenza di una norma generale di cui porta ad effetto la tensione verso la realizzazione. Ma vi è pure un tempo diverso in cui la prassi giuridica esercita

una influenza essenziale nel diritto. È il tempo della tessa formazione della norma generale, il tempo in cui essa agisce come prassi genetica. Questa forma, sotto il profilo logico, precede la prassi attuativa, perché attiene al tempo della fondazione stessa del diritto (...).

Il fenomeno di prassi genetica più noto nell'esperienza giuridica è quello della consuetudine. Anche nella prassi genetica consuetudinaria, non diversamente da quanto avviene nella prassi attuativa, è fondamentale il ruolo della norma casuale, che si svolge però, in una direzione inversa rispetto a quella della prassi attuativa. Laddove la prassi attuativa conduce il diritto dalla norma generale alla norma casuale, la prassi genetica consuetudinaria lo conduce dalla norma casuale alla norma generale. Come è una norma casuale a concludere, nelle sue singole specificazioni, il ciclo di vita della norma generale, è pure una norma casuale, quando avvia un processo di reiterazione generalizzante, ad aprire il ciclo di formazione della norma generale consuetudinaria» (*La prassi cit.*, 437-438).

Sembrano quindi consentiti i seguenti svolgimenti.

(i) Alla consuetudine corrisponde una prassi genetica, il cui primo ideale momento logico è la creazione di una norma casuale non preceduta da una norma generale.

(ii) Sennonché questo primo momento logico-virtuale-immaginifico quanto si voglia e non esattamente individuabile nel tempo e nello spazio, ma autentico *a priori* della consuetudine — non può dirsi a rigore attuazione spontanea perché non è attuazione di null'altro che vi restrostita; ragionando con le scansioni falzeiane, cui corrisponde l'emergere della regola casuale, dovrebbe dunque dirsi che dal *quid facti* si passa direttamente al *quid agendi*, saltando il *quid iuris*; ed è poi questione di scelta filosofica e non teorico-generale (distinzione alla quale Angelo Falzea era sempre sensibile nella sua giustapposizione-cooperazione creativa e feconda con i filosofi del diritto) dire se nella genesi della consuetudine l'*agere* scaturisce dal fatto in ragione o meno di un generico senso di giustizia o della semplice convenienza: si tratterà, a quello stadio ipotetico, pur sempre di convenienza occasionale e individuale o di senso di giustizia personale ed individuale (quanto innato esso

sia è appunto faccenda riservata ai filosofi); dell'una e dell'altro il giurista può convenientemente disinteressarsi.

(iii) Il giurista torna in campo nei momenti logici successivi; ed i momenti logici successivi, con ogni probabilità non ordinabili fra loro e perciò contestuali per ciò stesso che essi sono fra loro coessenziali, consistono nella reiterazione e nella formazione della *opinio iuris atque necessitatis*. Mano a mano che la regola casuale è reiterata significativamente come regola dell'agire e si forma fra i consociati o in una particolare cerchia di consociati la convinzione della sua vincolatività, vuol dire che la prassi genetica consuetudinaria ha condotto “[il diritto] *dalla regola casuale alla regola generale*”; ove invece la prassi attuativa vera e propria e cioè la attuazione spontanea conduce il diritto dalla regola generale alla regola casuale.

(iv) Ma prima che ciò accada e che perciò, di fronte alla consuetudine ormai effettivamente integrata e riscontrabile come fonte giuridica, la prassi genetica ridivenga prassi attuativa come di fronte a qualunque altra regola giuridica generale, deve necessariamente ipotizzarsi un momento in cui la reiterazione della regola casuale non è puramente accidentale bensì dovuta al diffondersi della *opinio* di “vincolatività”, altrimenti la mera reiterazione non apporterebbe alcun connotato di giuridicità e darebbe luogo ad una semplice abitudine o a una moda giuridicamente irrilevante; un momento dunque in cui i soggetti che adottano la regola casuale che sta per divenire consuetudinaria e perciò giuridicamente rilevante percorrono tutte e tre, compresa quella di mezzo, le scansioni falzeiane tipiche della attuazione spontanea come di quella giudiziale: dal *quid facti*, al *quid iuris* (cosa, secondo la mia *opinio iuris atque necessitatis* in relazione ai fatti concreti, sarei tenuto a fare o a dare ecc... o dovrei attendermi di ricevere) al *quid agendi*.

(v) Insomma — senza necessità di scomodare troppo il principio di indeterminazione e/o la meccanica quantistica e bastando invece ciò che dovrebbe essere noto ai giuristi da secoli e che cioè in diritto ed anche in teoria generale del diritto non sempre 2+2 fa 4 — accade quanto al fenomeno complessivo

della consuetudine, nel suo logico dispiegarsi, che la prassi attuativa o attuazione spontanea intervenga non solo *dopo* che la consuetudine si sia formata ma anche *durante* la sua formazione e che dunque al formarsi della consuetudine corrisponda non solo il dispiegarsi di una prassi (e cioè di una condotta materiale e di una corrispondente regola casuale) genetica (che non è attuazione di nulla), ma anche e via via di una prassi attuativa. In fin dei conti – in ciò l'evidente carattere indeterministico della conclusione – l'attuazione spontanea della consuetudine come *regula iuris* comincia un momento prima che la consuetudine sia una *regula iuris*.

Ed ecco perché Falzea, con la densità pregnante di parole non accidentali bensì piene di significato, conclude quella breve pagina sulla consuetudine dicendo che «in un ordinamento giuridico consuetudinario» — ma naturalmente si potrebbe anche dire, in versione meno iperbolica, «all'interno di un segmento di regolazione riservato da ordinamento di diritto scritto alla consuetudine» — «è la prassi, prassi genetica e *prassi attuativa* [enfasi mia], che governa l'intero corso della vita giuridica. Nella sua applicazione la norma consuetudinaria riprende le vesti di norma casuale con cui si era presentata alla sua origine, ma ormai come norma casuale appartenente alla giuridicità».

6. *Segue: consuetudine, prassi in senso stretto, legge; digressione verso le prassi processuali in senso stretto; le regole del gioco e le regole per giocare meglio.*

Altre parole di Falzea (*La prassi* cit., 438) mi sembrano, sotto profili correlati, particolarmente feconde in quelle pagine sulla consuetudine.

«L'aurora del diritto è annunciata dal formarsi delle norme casuali consuetudinarie. L'itinerario che porta, oggi come ieri, alla norma consuetudinaria — regola giuridica condivisa dal gruppo sociale e perciò stesso astratta e generale — muove da un caso singolo e dal modo specifico in cui i soggetti in esso coinvolti danno una risposta al problema specifico nel quale si trovano

impegnati. Ma la risposta singola ad un singolo problema non è ancora né una regola sociale né una regola giuridica...».

A Falzea — cultore ben più che hobbystico anche di antropologia ed etnologia — non poteva sfuggire che l'ipotesi, in termini di storiografia ideale, di un'aurora del diritto senza diritto positivo nel senso di diritto anzitutto posto, bensì fatta solo di prassi spontanea ma allora anche di soluzioni primordiali di controversie, una aurora del diritto fatta insomma solo di attuazione spontanea o giudiziale di ciò che ancora non si può attuare perché non c'è, non è forse e non sarà mai verificabile con certezza (19). Quella ipotesi è però altamente probabile se si riflette che le condotte umane esteriorizzate e le relazioni fra gli uomini vengono necessariamente prima delle regole idonee a disciplinarle, e se le condotte e le relazioni vi sono e le regole ancora no, l'urgenza di risolvere le divergenze ed i conflitti che da quelle condotte e relazioni derivano, e attraverso le singole soluzioni trovare le regole casuali, deve essere stata troppo forte per non precedere l'idea di precetti generali e astratti.

Ma la cosa può ripetersi, e Falzea la ripete, anche in dimensione metastorica o se si vuole guardando al presente ed al futuro:

«E poiché la consuetudine, qualunque sia la posizione che la legge adotta per gli usi, è dotata di una forza giuridica che le deriva dalla sua appartenenza alla natura delle cose, la prassi giuridica genetica resta tuttora la via principale attraverso cui le nuove situazioni di interesse penetrato nella vita sociale e giuridica, secondo la intuizione di F. Geny».

Verità plastica e palpabile questa. Ed importante e significativa per il giurista non solo e non tanto allorché una consuetudine in senso proprio si volga nel corso del tempo in norma scritta, ma soprattutto in due casi: *a)* allorché una prassi materiale non sia divenuta consuetudine in senso proprio bensì rimanga a livello di attitudine o abitudine pur diffusa e socialmente (ma non giuridicamente) rilevante, e non di meno essa suggerisca ad un legisla-

(19) Oltretutto in ragione della difficoltà, per chi studia le attuali o passate società primitive, di distinguere i precetti morali preposti (anche per tradizionale orale) dai precetti giuridici (o da quelli che noi oggi e da secoli chiamiamo precetti giuridici).

tore formale particolarmente attento l'emersione di un interesse meritevole di tutela; *b*) allorché una prassi non possa divenire consuetudine in senso proprio ed accada non di meno la medesima cosa è cioè la sua recezione in legge scritta.

a) Esempi del primo tipo — due fra molti — sono oggi dati: dalle cd. “informazioni non finanziarie”, dapprima affacciate e diffuse sempre più di frequente come abitudini degli amministratori di grandi società e gruppi industriali ispirate, per ragioni ideali o reputazionali, ad una *social responsibility* in materia ambientale e di sostenibilità non ancora giuridicizzata, ma da ultimo rese a certe condizioni obbligatorie da normativa di origine euro-unionale; ovvero dalle prassi relative al *fact-finding* ed in particolare all'assunzione della prova nell'arbitrato internazionale. Queste ultime, da un lato, tendono utilmente a mediare fra impostazioni normative cogenti per il giudice statale e diverse fra *civil law* e *common law*, che non si imporrebbero agli arbitri (vista la nota loro estraneità alla *lex fori arbitri*), ma all'una o all'altra delle quali ed in ragione della loro estrazione culturale gli arbitri potrebbero supinamente adeguarsi; d'altro lato queste prassi “mediatrici” non hanno certo raggiunto il livello di vincolatività della *lex mercatoria* sostanziale (autentica consuetudine) ed infatti sono spesso adeguate o all'occorrenza ampiamente derogate (altre volte invece fin troppo acriticamente accettate). La loro trasformazione in leggi nazionali o in strumenti normativi sovranazionali di diritto uniforme — auspicabilmente mediante scelta sobria e meditata fior da fiore e che salvaguardi la intrinseca elasticità di ogni singolo arbitrato — è ancora di là da venire, ma rappresenta una frontiera alla lunga non eludibile.

b) Esempi del secondo tipo sono le prassi processuali, costrette a rimanere mere prassi, in nessun modo cogenti, dalla riserva di legge che l'art. 111, comma 1, Cost. impone alla regolazione del processo civile.

Il discorso sulle prassi processuali è particolarmente sfuggente, oltre a ricondurre in termini generali alle peculiarità della attuazione spontanea delle norme processuali (di cui si è detto ai §§ 2 e 3).

Con esse, se intese in senso stretto e proprio, non vanno ovviamente confuse le prassi interpretativo-applicative di norme processuali. La distinzione concettuale fra prassi come possibile fonte di consuetudine negli spazi lasciati liberi dalla legge e prassi interpretativa della legge, e cioè in definitiva e più semplicemente giurisprudenza reiterata, deve essere chiara anche sul versante del diritto sostanziale. Ma questa differenza, in concreto, può essere molto più sfumata sul versante processuale; per forza di cose e cioè per la vocazione pervasiva della legge processuale — per lo meno per via di interpretazione quando non sia possibile per via di norma espressa — a regolare l'intero fenomeno del giudizio come tendenzialmente chiuso ⁽²⁰⁾ e neutro e molto meno aperto, rispetto a qualsiasi istituto o fenomeno sostanziale, al continuo evolversi delle istanze socio-economiche (Falzea ha per altro ben ragione nell'indicare alcuni settori del diritto sostanziale come più aperti all'affiorare di nuove istanze evolutive attraverso l'insorgere di regole casuali nuove e di conseguenti prassi consuetudinarie, ed altri — ad esempio la materia successoria — a ciò meno aperti).

Ad esempio: sicuramente prassi interpretativa della legge processuale, il cui connotato “vincolante” — sebbene riferito a condotta eminentemente pragmatica e materiale — promana dalla stessa legge che interpreta, è stata quella della “delega ai notai” inizialmente mercé una interpretazione-applicazione evolutiva delle norme sulla vendita forzata; viceversa autentica prassi processuale, non vincolante e formatasi negli spazi vuoti dalla legge, è la, sempre maggiore o forse solo sempre maggiormente auspicata, attitudine alla brevità

⁽²⁰⁾ In realtà, almeno quanto al processo amministrativo, la zona grigia fra semplice prassi e giurisprudenza reiterata o prassi interpretativa è stata per lungo tempo originata dalla situazione opposta, e cioè dal fatto che si è trattato di un processo senza codice, in minima parte arricchito, ma prevalentemente sulla carta, da una nota sentenza additiva della Consulta, e lasciato ad elaborazione giurisprudenziale ipercreativa (muovente da principi generici, disposizioni sparse, disposizioni processualcivilistiche liberamente trapiantate), ma anche ad una consuetudine forense non espressamente recepita dalle motivazioni giudiziali e però assai invasiva e favorita dalla ben maggiore omogeneità e selezione dei suoi attori.

degli scritti difensivi, oppure quella del “deposito cartaceo di cortesia” o quella del deposito in udienza o prima dell’udienza di un “foglio” di precisazione delle conclusioni, le quali *de iure* potrebbero essere tranquillamente precisate a verbale di udienza.

Stando così le cose, o se le cose stanno così, l’ambito delle autentiche prassi processuali non può che ridursi o per lo meno occupare — e lì aver semmai modo di espandersi — non tanto l’area delle vere e proprie “regole del gioco” processuale quanto quella delle “regole per giocare meglio” (21) e cioè le tecniche di utilizzazione degli strumenti processuali allo scopo: (i) di renderli più utili e produttivi per la efficienza del servizio giustizia (ed allora la prassi si originerà dal dialogo fra ceto giudiziario e ceto forense: si pensi alla prassi, affiorata anni or sono e poi fortunatamente tramontata perché probabilmente perfino *contra legem*, dell’“in Cassazione parla solo un avvocato per parte”, o più seriamente alla consacrazione ricognitiva di prassi attraverso la moda dei “protocolli”, il più importante fra i quali è oggi quello fra Corte di Cassazione, Procura generale e CNF), ovvero (ii) di renderli più utili e produttivi per il perseguimento degli interessi difensivi della parte (ed allora le prassi andranno ricercate e constatate nel chiuso degli studi legali, e poiché esse esprimeranno la più schietta possibile versione delle “regole per giocare meglio” sarà necessario arrendersi al loro carattere ondivago e plurale, opportunamente aperto alla adattabilità vibratile del caso per caso invece che compresso da esigenze di certezza che qui, non trattandosi di “regole del gioco”, non sono particolarmente avvertite: così ad esempio è inutile sclerotizzarsi sulla prassi “lo scritto difensivo finale prima della decisione del giudice si deposita nell’ultimo giorno utile in modo da avere più tempo a disposizione per redigerlo e da non dare possibilità all’avversario di tenerne

(21) Distinzione questa che sempre più pare sfuggire al nostro legislatore processuale inutilmente didattico, e che è invece evidente non meno di quella fra le regole del tennis e le regole (oltretutto difficilmente formalizzabili) la cui osservanza rende Federer molto più bravo di milioni di altri, che pur conoscono ed osservano le regole del tennis non diversamente da Federer.

conto pur surrettiziamente nel suo scritto finale”, perché ha piena cittadinanza, a seconda dei casi, la prassi diametralmente opposta secondo cui “lo scritto finale si deposita con qualche anticipo in modo da dare più tempo al giudice per leggerlo”).

Due notazioni, con qualche omofonia fra loro, vanno aggiunte, l’una prevalentemente sociologica, l’altra prevalentemente giuridica.

La prima riguarda solo le prassi processuali in senso stretto, assentite congiuntamente da giudici e avvocati, ed il loro frequente recepimento in “protocolli” (non solo quello apicale sopra ricordato). Viene qui in considerazione — mediante siffatti strumenti di c.d. *soft law* il cui *pendant* sul versante sostanziale è dato dai numerosi codici etici o deontologici — un generale fenomeno di aspirazione al formalismo ed al correlato maggior connotato di certezza anche in relazione a ciò che tutto dovrebbe essere salvo che formalizzato. Altro modo di vedere la cosa è però il seguente: la prassi processuale, che non può farsi norma consuetudinaria, proprio perciò aspira alla veste ricognitiva e lessicale della norma anche allo scopo di stimolare un qualche futuro legislatore, oltre che a quello, un tantino paradossale, di stimolare una pseudo *opinio iuris atque necessitatis* in realtà irrilevante.

La seconda notazione è che sia le prassi interpretative delle leggi processuali sia le prassi processuali nel senso stretto chiarito (e mi riferisco ovviamente sempre a quelle che nascono dal dialogo fra curia e foro e non a quelle puramente avvocatistiche) danno a volte luogo a successiva loro consacrazione normativa espressa e perciò convalidano, nel particolare ambito del processo, la constatazione falzeiana da cui abbiamo poc’anzi preso le mosse, e che Falzea riferisce alla intuizione di Geny, circa la generale funzione della prassi come fattore evolutivo del sistema.

Ciò è — nei limiti di un ragionevole mantenimento in dimensioni semplici e non sovrabbondanti del codice di rito — sacrosanto quanto alle prassi interpretative di norme processuali (è accaduto per la cennata delega ai notai delle operazioni di vendita forzata, divenuta, da prassi interpretativo-applicativa, norma,

e così pure per il “principio di non contestazione” consacrato *expressis* nell’art. 115 c.p.d. dopo anni di stiracchiamento interpretativo dell’art. 167, ecc...). Si suggella così l’evoluzione mercé un crisma di certezza e si impedisce sacrosantemente il sempre possibile ma pernicioso *overruling* in materia di regole del gioco di cui si è detto in precedenza al § 4.

Quanto invece alla trasformazione in legge delle regole pragmatiche “per giocare meglio”, nate dalla cooperazione tra curia e foro, la considero operazione più delicata e da intraprendere con particolare circospezione proprio perché si tratta solo di regole “per giocare meglio”. E viene dunque ancor qui al proscenio, e massimamente in questi casi, uno dei vantaggi generali — rispetto alla fissazione del dover essere normativo, necessariamente proiettata verso un tempo futuro indeterminato quale sempre uguale a sé medesimo almeno formalmente — della prassi come attività materiale che si perpetua giorno per giorno finché praticamente utile e del pari si elasticizza giorno per giorno senza sclerosi e proprio per essere praticamente utile. Insomma: è accaduto ed accadrà ancora che la “sintesi” degli atti processuali, già sbandierata in vari dei cennati protocolli siccome almeno in parte assimilata nella prassi, divenga legge; però, per cortesia, senza sclerosi e dunque senza sanzioni almeno in termini di inammissibilità o improcedibilità.

7. La prassi giudiziaria come prassi genetica; il precedente nei sistemi di diritto scritto e di diritto giurisprudenziale; interpretazione giudiziale astratta ed *ars distinguendi* nella utilizzazione dei precedenti.

«Natura genetica possiede, in secondo luogo, la prassi giudiziaria. Ciò è evidente negli ordinamenti giuridici a base giurisprudenziale, quale fu in Roma tutta l’epoca di formazione del diritto classico ed è attualmente il modello del common law, anche se in questa forma di produzione del diritto è sempre presente ed ha un peso non trascurabile il vincolo della tradizione o del precedente, ma soprattutto il condizionamento ai principî generali che l’esercizio dell’attività giudicante va progressivamente costruendo».

do. Negli ordinamenti giuridici a base legislativa, l'attività dei giudicanti non può mai raggiungere il livello di creatività che essa possiede nei sistemi di produzione giurisprudenziale del diritto, essendo in essi riservato istituzionalmente al potere legislativo il compito di dettare le leggi ed ai giudici il solo compito di attuarle. Ma è innegabile che agli organi della giurisdizione spetta un potere coadiuvante nella costruzione dell'ordinamento giuridico. Già l'ufficio ermeneutico di enucleare, tra i significati possibili dell'enunciato legislativo, il significato più conveniente al problema giuridico che sta a base della legge, offre al potere giurisdizionale un ampio spazio di intervento nella ricostruzione deontica della norma di legge. Ma dove la prassi giudiziaria si rivela maggiormente produttiva è nell'utilizzo della tecnica di interpretazione estensiva e nelle operazioni ermeneutico-ricostruttive dirette a colmare le macrolacune del sistema legislativo con la elaborazione di nuovi istituti ed alla reintegrazione dell'ordinamento giuridico in presenza di lacune minori» (*La prassi cit.*, 439-440).

7.1. Posto di fronte al problema della prassi giudiziaria come prassi (anche) genetica, Falzea lo risolve, in parte esplicitamente in parte implicitamente, attraverso il confronto tradizionale *civil law-common law*, giovandosi all'evidenza di acquisizioni dei comparatisti italiani già allora assai sviluppate e pur restando, nelle poche ma intense righe sopra trascritte, al livello dei concetti teorico-generalì.

A me — del tutto sommessamente — pare sempre un buon modo di inquadrare le cose, perché consente di decifrare, il più possibile semplicemente, i confini tra la prassi giudiziaria come attuativa del diritto posto (vera e propria attuazione giudiziale del diritto, indispensabilmente surrogatoria della attuazione spontanea) e la prassi giudiziaria come posizione del diritto, rispetto alla quale dunque sia dato discorrere di una successiva attuazione spontanea o giudiziale; e tuttavia di calibrare in relazione all'uno o all'altro scenario, o se si vuole anche in relazione al primo dei due scenari, il modo o senso dell'apporto comunque creativo del-

la giurisprudenza. Il che è a dire che la locuzione “creatività della giurisprudenza”, ormai da tempo sdoganata e perfino abusata al punto da diventare spesso anodina, si riferisce non solo ed ovviamente ai sistemi o ai momenti in cui la giurisprudenza è propriamente fonte di diritto, ma altresì, ed in senso pregnante seppur diverso, ai sistemi o ai momenti in cui la giurisprudenza non lo è.

7.2. L’acquisizione comparatistica di fondo che a mio avviso Falzea tiene ben presente — sebbene con lo sguardo dall’alto della teoria generale che deve forzatamente trascurare i particolari — consiste in ciò: la vera differenza fra *civil law* e *common law* non risiede tanto nel vincolo, fattuale e debole per la prima consuetudinario ma giuridico e forte per la seconda ⁽²²⁾ al precedente giudiziale.

Su questo piano oltretutto l’avvicinamento ordinamentale ed anche culturale è tangibile in senso convergente. Basterà ricordare che anche nel variegato universo di *common law* vi è una cospicua area occupata dal *persuasive* (piuttosto che *binding*) *precedent*, per ragioni geografiche, ovvero all’interno del medesimo ordinamento per ragioni connesse ai rapporti gerarchici fra le corti o ad altro. Ancora andrà ricordato che a partire dal *Practice Statement* del 1966 la allora *House of Lords* si è formalmente autolegittimata all’*overruling* del proprio precedente ⁽²³⁾. Ciò che è del tutto pacifico possano fare le Cassazioni o Corti supreme continentali ed anche la Corte di Giustizia UE: che nella prima ipotesi debba concettualmente dirsi *re melius perpensa* errata la precedente *soluzione concreta* del medesimo caso, e nel secondo debba dirsi, invece, errata la *interpretazione* della identica norma di legge scritta la quale permane, in quanto scritta, identica a sé medesima, è differenza in fin dei conti epidermica, o meglio il cui significato ridonda su quella che è la autentica differenza fra *civil law* e *common law*.

⁽²²⁾ Quando lo si possa affermare, il che non sempre pienamente accade al di fuori dell’ordinamento inglese.

⁽²³⁾ Riconoscendo che «*too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law*».

D'altro lato, e quanto al mondo di *civil law* — scontata la distanza pragmaticamente tutt'altro che abissale fra una efficacia vincolante *de facto* solo purché persuasivo del precedente ed una sua efficacia vincolante *de iure* ma a fondamento consuetudinario — vi è che momenti di giuridicizzazione formale della efficacia del precedente giudiziale non mancano: per restare al nostro ambito nazionale (ed anche nella sua interazione con quello sovranazionale) si pensi già alla risalente dottrina del “diritto vivente” di cui lo stesso Falzea si occupa in altra parte del saggio, e che in fin dei conti può ben riguardarsi come un vincolo che la Corte costituzionale si è dato alla considerazione della disposizione questionata nel solo significato attribuitole dalla giurisprudenza consolidata della Cassazione, piuttosto che in qualunque altro plausibile e perfino quello che pur appaia *prima facie* dalla sua lettura. E si pensi poi al “vincolo” (che è vietato chiamar tale ma tale è) ai precedenti delle Sezioni Unite *ex art. 374*, comma 3, c.p.c.; ed ancor di più alla efficacia *erga omnes* delle pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia; l'uno e l'altra, per vero, da ridimensionare in virtù della perdurante possibilità, rispettivamente, della sezione semplice o del giudice nazionale di sollecitare le Sezioni Unite o la Corte del Lussemburgo all'*overruling*, mediante apposita ordinanza di rimessione o rinvio pregiudiziale della medesima *quae-stio* già risolta, né più e né meno di quanto — ulteriore sintomo di convergenza — il giudice di istanza inferiore inglese che diverga scientemente da un precedente della *Supreme Court* emana una pronuncia apparentemente *contra ius*, ma al contempo sollecita un potenziale *overruling* in alto loco e pertanto la consacrazione della sua scelta come invece conforme diritto. E che sia vera l'una o l'altra cosa lo si saprà solo dopo la pronuncia della *Supreme Court*, il cui intervento, tradizionalmente molto più raro di quelli di una qualsiasi corte suprema continentale, sarà in tal caso almeno fisiologicamente consentito dal vieppiù doveroso rilascio del *leave* e cioè del permesso alla impugnazione di ultima istanza. Da aggiungere — sul piano culturale — è la sempre più accentuata adozione del metodo casistico nella formazione universitaria del

giurista in talune aree continentali, Francia e Germania in particolare, ancora molto meno da noi.

La autentica, o di gran lunga più rilevante sul piano teorico-generale, differenza fra *civil law* e *common law* consiste dunque e piuttosto, quanto del tutto ovviamente, nella preesistenza o (possibile) non preesistenza della norma posta alla soluzione della controversia concreta.

Quando il precedente di *common law* nasce nella sua dimensione originaria e nelle aree lasciate libere dallo *statutory law*, l'esercizio della funzione giurisdizionale, oltre ad essere solutorio della controversia, è atto di posizione, prima ancora che di attuazione, del diritto non tanto in ragione della sua futura efficacia vincolante (quando essa vi è, e non vi è — come è noto — allo stesso modo in tutti gli ordinamenti di *common law*), ma in ragione della non preesistenza di una norma generale e astratta altrimenti posta. La circostanza che in questo momento integralmente creativo o di autentica posizione della regola il giudice si riferisca o meno a vaghi principî di giustizia immanenti al sistema del *common law* non muta la situazione, perché la assoluta genericità di quei principî è tale da escludere che li si possa ragguagliare alla preesistenza di una norma posta, generale e astratta sì, ma idonea a disciplinare una serie potenzialmente definita e segregata di casi concreti. Diremmo dunque la identica cosa se il nostro giudice fosse autorizzato a rinvenire la regola del caso concreto, in totale assenza di codice civile e leggi collegate e però tenendo conto dei principî costituzionali, oltretutto ben meno vaghi.

Nel momento ideale (ma occasionalmente anche reale) che sto considerando — precedente originario su controversia concreta con caratteristiche fattuali nuove — la individuazione della regola casuale solutoria della controversia concreta non può dirsi, in un sistema di diritto positivo non scritto, propriamente attuazione e deve dirsi posizione; posizione rispetto alla quale dovrà seguire, quale imprescindibile elemento reale di effettività e dunque positività, la successiva reiterata attuazione. Ed è a ciò — e non ai vaghi principî generali di giustizia ispiratori della gene-

si della soluzione-precedente — che si riferisce Falzea quando giustappone alla natura “genetica” della “prassi giudiziaria” di *common law* l’affermazione: «anche se in questa forma di produzione del diritto è sempre presente ed ha un peso non trascurabile il vincolo della tradizione o del precedente, ma soprattutto il condizionamento ai principî generali che l’esercizio della attività giudicante va progressivamente costruendo».

È chiaro infatti che la nascita del precedente come momento di produzione o posizione della regola è destinata, non meno o più di quanto accada nel mondo di *civil law* per la posizione della regola scritta, ad essere verificata nella sua effettività e positività dalla vera e propria attuazione spontanea ⁽²⁴⁾ o giudiziale. È chiaro insomma — ma è ulteriore riprova dell’avvicinamento dei due sistemi a livello teorico-generale e quanto alla dinamica posizione/attuazione giudiziale della regola — che la prassi genetica per mano del giudice, in un sistema di diritto non scritto, finisce con la creazione del precedente. Dopo di che quella giudiziale diventa prassi attuativa nella misura in cui il precedente venga applicato a successivi casi analoghi e così completi altresì il suo volgersi in regola generale e astratta, sia pure — e se ne dirà fra breve — con un grado di generalità ed astrattezza diverso da quello della regola scritta. E si dà naturalmente che una somma di precedenti

⁽²⁴⁾ La realtà della attuazione spontanea in un sistema di diritto non scritto e giurisprudenziale si prospetta intuitivamente più distante ed ancor più problematica da decifrare che in un sistema di diritto scritto, ed andrebbe appositamente indagata anche ed anzitutto sul piano sociologico a partire da ragguagli, ove possibile, sul grado di consapevolezza diffusa in ordine alle elaborazioni giurisprudenziali. Ancor qui, nell’era della nostra decodificazione, la cennata intuitiva distanza si attenua a misura che si consideri definitivamente declinata l’utopia, propria dell’era delle grandi codificazioni, della legge scritta compendiata ed agevolmente conoscibile dagli *omnes*, e si accresca invece vertiginosamente il *corpus* magmatico di atti normativi speciali difficilmente conoscibili perfino dai tecnici del diritto ed ancor più difficilmente riconducibili a sistema. E d’altro canto non manca certo nella cultura giuridica inglese la fiducia nelle capacità orientative di un sistema di diritto giurisprudenziale rispetto alle prassi ed alle condotte dei consociati; emblematico in proposito è il seguente icastico passaggio di quel *Practice Statement* del 1966 che ho già avuto occasione di ricordare: «It» — e cioè «the use of precedent» — «provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs».

diversi si faccia sistema e generi principî generali (“*che l’esercizio della attività giudicante va*” dunque, e per adoperare nuovamente la espressione di Falzea, “*progressivamente costruendo*”) ed anche di essi vi sia attuazione giudiziale, la quale sarà però, insieme, produzione di nuove regole specifiche a misura che il caso concreto sia sufficientemente nuovo e diverso da quelli risolvibili sulla base di precedenti specifici già formati.

La natura delle cose impone insomma che il vincolo — *de iure*, consuetudinario, o anche *de facto* ma particolarmente rafforzato — al precedente sia figlio e non padre della assenza di norma scritta, perché la certezza dei rapporti giuridici è esigenza irrinunciabile e diffusa in ogni sistema. E quando il giudice di *civil law* diverge ed anche di molto da una altrui interpretazione-applicazione di disposizione scritta, l’usbergo della certezza del diritto può dirsi *pro futuro* sufficientemente assicurato dal permanere di quella disposizione; ed in relazione al caso deciso l’indubbio deficit di certezza ed anche di eguaglianza di fronte alla legge è anch’esso virtualmente colmato dal permanere della disposizione scritta. Perché rispetto a quel caso il sipario del giudicato e della sua efficacia preclusiva renderanno non più affermabile qualsivoglia “errore” della decisione compreso quello rappresentato dalla difformità *in iure* della regola casuale rispetto alla norma generale (25). Mentre al di là del giudicato e nel prosieguo della esperienza giuridica quell’errore si rivelerà o isolato frutto di uno sfortunato

(25) La sovrapposizione degli ordinamenti sovranazionali, eurounitario e CEDU, ha messo, come è ben noto, parzialmente in crisi — meno per la verità di quanto normalmente si pensi — la solidità del giudicato (il quale è per altro, già per tradizione riconnessa all’esistenza dei mezzi impugnatori straordinari, solidità pur sempre relativa). Altro punto che Angelo Falzea offre allo studioso di oggi ed in particolare allo studioso del processo civile sarebbe quello di verificare se la fortunata teoria della efficacia preclusiva (cfr. la riedizione della nota voce enciclopedica in A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., I, 57 ss., 150 ss.), pur concepita in epoca di più sicura stabilità della cosa giudicata, non possa risultare — con il suo relativistico ed equidistante prescindere dall’accertamento delle pregressa situazione sostanziale o dalla incidenza costitutiva su di essa, e con il suo saggiamente minimalistico ragguagliare il giudicato alla transazione ed alla prescrizione — euristicamente feconda anche rispetto alla nuova realtà della cd. crisi del giudicato.

accidente compatibile con il carattere necessariamente tendenziale e ottativo di ogni principio di eguaglianza, ovvero non più tale se confermato dalla successiva giurisprudenza; al consolidarsi della quale nuovamente una sorta di macro “efficacia preclusiva” — così emblematica del Falzea teorico generale, ma trasferita qui dal piano del giudicato a quello del precedente giurisprudenziale consolidato — verrà in gioco, nel senso che la norma scritta avrà avuto *a posteriori* ma tendenzialmente *ex tunc* ⁽²⁶⁾ il significato attribuitole dall’ultima giurisprudenza consolidata e non avrà senso chiedersi, se non accademicamente, o fino alla prossima occasione evolutiva, se tale significato sia conforme a quello vero.

Viceversa in un sistema di diritto non scritto l’esigenza di certezza, non potendosi giovare dell’usbergo della volontà letterale di un legislatore, postula *naturaliter* un più intenso grado di ossequio al precedente o almeno a determinati precedenti, e cioè il farsi la regola casuale decisoria del singolo caso regola generale per i casi futuri, alternativa impraticabile essendo la assoluta libertà di ogni giudice di escogitare regole causali volta a volta diverse per casi simili.

È scontato poi che, a misura che la legge scritta occasionalmente sbiadisca di fronte all’emergere di nuove situazioni fattuali, anche nell’universo di *civil law* i connotati “genetici” della prassi giudiziaria riguadagnino campo su quelli “attuativi”. E Falzea osserva infatti: «dove la prassi giudiziaria si rivela maggiormente produttiva è nell’utilizzo della tecnica di interpretazione estensiva e nelle operazioni ermeneutico-ricostruttive dirette a colmare le macrolacune del sistema legislativo con l’elaborazione di nuovi istituti ed alla reintegrazione dell’ordinamento giuridico in presenza di lacune minori». È tuttavia estremamente significativo che tali operazioni di riempimento mediante analogia, estensione, utilizzazione di principî generali, o di elementi di sistema muovano sempre dalle norme scritte e che, del resto, si discorra

⁽²⁶⁾ Salvo a considerare gli accorgimenti equi e tuzioristici cui si fa breve cenno, quanto all’*overruling*, nel § 4.1.

elementarmente di “interpretazione” estensiva o analogica e dunque in definitiva di attuazione. E sempre nell’universo della *civil law* è emblematica — circa il retaggio della legislazione scritta e cioè della posizione formale di regole per mano dei *conditores* — nella ipotesi-limite in cui nessuna attuazione di norma può esservi, semplicemente perché norma preesistente non vi è né è rinvenibile muovendo da altre norme, la celebre missione affidata dal legislatore svizzero al suo giudice: decidere la controversia secondo la regola che egli adotterebbe “se fosse legislatore”; e dunque — almeno in teoria ma è ovviamente il valore simbolico di questa espressione professorale di formalismo illuminato primo-novecentesco che conta — non già di rinvenire una regola casuale solutoria del caso singolo senza norma scritta retrostante, bensì di porre egli stesso logicamente prima di applicarla una regola generale, “come legislatore” appunto.

7.3. In questo quadro naturalmente, ove si isoli ora il segmento della attuazione giudiziale del diritto posto, essa si atteggia in modo in parte combaciante, in modo in parte diverso se il diritto posto sia rappresentato da norme scritte prodotte da legislatore ovvero da precedenti di produzione giudiziale.

Analogo almeno sul piano teorico, e con differenze solo contingenti, è il possibile quoziente di intrinseca creatività della attuazione nel senso della applicazione concreta della regola posta. Perché si tratta pur sempre di individuare una regola casuale in relazione a fatti che non saranno e non potranno mai essere assolutamente identici né a quelli ipotizzati della norma scritta né a quelli relativamente ai quali è stata a suo tempo individuata la regola casuale che si è fatta “precedente” e perciò norma posta.

Analoga sarà la insopprimibile libertà nella interpretazione astratta e cioè nella ricostruzione del significato da attribuire alle espressioni linguistiche che sono comunque proprie della regola posta.

Queste due affinità sconteranno tuttavia le seguenti differenze. La norma scritta nasce per definizione, sul piano della forma

insieme esteriore ed intrinseca, come precetto generale ed astratto: la sua interpretazione è essenzialmente la scelta fra più opzioni plausibili quale significato delle parole utilizzate dal legislatore. Il precedente nasce invece come regola casuale e la sua “interpretazione”, ai fini della concreta applicazione a controversia successiva, coincide essenzialmente — ed è cosa molto diversa dalla prima — nella enucleazione, dai segni scritti che documentano o riportano la decisione e le sue ragioni, della *ratio decidendi* e cioè — per usare ancora le espressioni care a Falzea — del *quid iuris* e del *quid agendi*. Non è un caso dunque che:

(i) la tesaurizzazione dei precedenti di *civil law* (massima, *súmula* brasiliana, *doctrina legal* spagnola ecc.) avvenga pressoché sempre in forma e stile *precettivi*, ed esplicitamente recanti il medesimo *imprinting* di generalità ed astrattezza della norma scritta: il principio di diritto della Cassazione fissa sì la corretta interpretazione della disposizione di legge in relazione ad un caso reale, ma abbandona la sua funzione puramente solutoria della lite singola (funzione non strettamente necessaria, del resto, perché la Cassazione a quello scopo potrebbe anche semplicemente cassare o respingere il ricorso e mandare, come faceva il *Tribunal de Cassation* originario che tutto era e doveva essere tranne che fonte di giurisprudenza) per acquistare vocazione *pro futuro* e cioè porsi come specificazione lessicale pur sempre generale e astratta, anche se con un grado di generalità e astrattezza più prossimo ai fatti concreti di quello della disposizione interpretata ⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ La tendenza alla generalizzazione della nostra giurisprudenza si percepisce anche sotto altro e più complesso profilo, che è quello della sua vocazione sistematica. Qui giocano certo fattori puramente culturali quali la più forte interazione fra attività giurisdizionale, specie al livello di Cassazione, ed elaborazioni dottrinali, l'intrinseco gusto teorico dei nostri giuristi e la intrinseca minore attitudine empirica ecc. Ma vi gioca anche e soprattutto la stessa presenza di un sistema complesso e idealmente concluso di norme scritte. Sicché è alla ulteriore chiarezza e razionalità del sistema e delle parole e concetti normativi che lo compongono, anche in vista della soluzione di casi del tutto diversi e per nulla omologabili a quello di specie, piuttosto che solo alla più agevole soluzione di casi analoghi altrimenti esposti al dubbio, che il precedente giurisprudenziale, specie se autorevole, dovrebbe giovare. Questo tipo di approccio, e non certo solo il gusto per la teorizzazione, si riscontra moltissime volte e da ultimo ad esempio nella recente ordinanza della

(ii) Sicché nell'esperienza reale del diritto giurisprudenziale o dell'uso della giurisprudenza di *civil law*, come in un gioco progressivo di scatole cinesi, si ripropone, anche ed in modo assai rilevante, una esigenza di interpretazione "astratta" del precedente sostanzialmente non diversa dalla interpretazione "astratta" della norma scritta (prendendo ancora ad esempio l'art. 2049, quando la Cassazione di fronte al sintagma "nell'esercizio delle mansioni a cui sono adibiti" ha preso a specificare, in punto di interpretazione astratta, che il suo significato ricomprendeva anche il nesso di semplice "occasionalità" pur "necessaria" rispetto alle "mansioni" del commesso o dipendente, si è trattato poi, nei casi successivi, di decifrare cosa volesse dire "occasionalità" ed in particolare "occasionalità necessaria" — singolare ossimoro questo — e cioè di specificare ulteriormente sintagmi anch'essi generali e astratti e così via).

(iii) Dato ciò, ben si comprende che i pratici e da un bel po' anche i comparatisti ed in generale i giuristi continentali abbiano progressivamente scolorito, almeno nella sostanza, il dogma della

Sezione Terza della Cassazione n. 1162 del 17 gennaio 2022. La quale rimette alle Sezioni Unite, in materia di danno da occupazione abusiva di immobile, la nota alternativa fra (prova del) danno *in re ipsa* pur superabile da prova, se del caso presuntiva, contraria, e necessità invece di provare integralmente il danno-conseguenza e tuttavia anche mediante presunzioni semplici. E lo fa ammettendo che gli opposti percorsi sistematici adottati dalla oscillante giurisprudenza "non giungono nei fatti ad esiti giudiziari così diversi", e tuttavia sottolineando che vi sono "differenti letture in ordine al principio da applicare" e che dunque una simile incertezza sistematica coinvolgente l'assetto complessivo della responsabilità civile è idonea a disorientare gli interpreti. Insomma — e scusandomi per la forse eccessiva semplificazione — una rimessione nomofilattica non per evitare decisioni sostanzialmente diverse di casi analoghi, ma per evitare il disorientamento sistematico di fronte alle parole pur apparentemente semplici e chiare del legislatore degli artt. 1223 e 2056 c.c. ed ai lemmi equivoci sovrapposti ad esse in decenni di elaborazione giurisprudenziale (danno-evento, danno-conseguenza, danno *in re ipsa*, prova *in re ipsa*, risarcimento figurativo ecc.). Sintomaticamente anche la dottissima risposta delle Sezioni Unite (n. 33645 del 15 novembre 2022) risulta molto più utile (e molto più impegnata) nella ricostruzione del sistema e nella (diplomata) mediazione fra opposte teorie di quanto non sia in vista delle soluzioni di futuri casi concreti.

Non sarebbe agevole immaginare oltre Manica, pur *mutatis mutandis*, qualcosa di simile a questa vocazione giurisprudenziale ricostruttiva e chiarificatrice del sistema. Insomma: che il sistema, o un segmento di esso, sia integrato anzitutto da norme pre-poste dal legislatore ovvero solo da precedenti comporta notevole differenza anche negli obiettivi della prassi giudiziaria.

distinzione rigorosa fra *ratio decidendi* ed *obiter dictum* (salvo ad invocarlo avvocatescamente e retoricamente quando occorra): in un sistema a precedente persuasivo e soprattutto a precedente “interpretativo” di norma scritta preesistente, un *obiter* della Cassazione è in fin dei conti la anticipazione, forse solo meno convinta e dunque meno persuasiva, di una futura interpretazione astratta, ma anche la *ratio decidendi* o il principio di diritto a questa correttamente corrispondente, una volta sorpassata la loro funzione solutoria della lite singola, altro non sono che una prognosi su future interpretazioni conformi, da parte della medesima Cassazione, in occasione di soluzione in sede impugnatoria di controversie analoghe.

(iv) Viceversa per il precedente di *common law*, quando esso è solutorio della lite singola senza passare per la interpretazione astratta di una preesistente norma scritta, non manca ovviamente nella sua applicazione successiva la attività gnoseologica di giudici e avvocati intesa alla interpretazione di segni scritti (quelli che documentano la pregressa decisione concreta), ma al proscenio sta la estrazione della *ratio decidendi* e cioè della ragione giuridica o di giustizia della decisione della lite singola, operazione volta per volta reiterabile, e connotata perdurantemente dal rigore nella distinzione del grano dal loglio e cioè della effettiva *ratio decidendi* dai meri *obiter* (i quali per altro, anche in quei lidi e specie se provenienti da corte superiore, non sono certo *pro futuro* destinati al cestino, ma degradano al livello della semplice ed eventuale persuasività e cioè facoltativa utilizzabilità). Detto in altri termini: ciò che conta per noi è constatare come uno o più giudici in passato, più o meno autorevoli anche in forza della piramide dell'*Instanzenzug*, hanno interpretato la norma scritta che ci è nuovamente davanti e che ci pone un problema interpretativo-applicativo; ciò che conta invece in un sistema di diritto non scritto è come ed in base a quale regola casuale uno o più giudici in passato hanno fatto giustizia in un caso concreto.

Questi primi profili di differenza sono sicuramente, specie oggi, più sfumati, sfaccettati e relativi di come li ho appena descritti, dovendosi oltretutto tener conto delle sensibili diversità, anche dai punti di vista presi in esame, all'interno di ciascuno dei due

grands systèmes. Essi, in termini generalissimi, possono tuttavia — credo — essere tenuti fermi. E ad essi si correla altra differenza concernente questa volta il *quid facti*.

Nella invocazione ed eventuale applicazione o non applicazione o applicazione opportunamente adeguata del precedente di *common law* la scena, oltre che dalla estrazione della *ratio decidendi*, è occupata assai prepotentemente dal *distinguishing*. Il quale — in assenza di generalizzazioni astratte di ordine fattuale ad opera di una disposizione scritta che non c'è — è accurato, raffinato ed immaginifico raffronto diretto tra fatti concreti e reali: quelli di allora, sussunti nella regola casuale che si è fatta precedente, e quelli di ora.

Anche in un sistema di diritto scritto ad ormai forte connotazione giurisprudenziale l'esercizio forense e giudiziale, e naturalmente anche dottrinale, dell'*ars distinguendi* tra fatti concreti è cosa tutt'altro che trascurabile nella utilizzazione del precedente. Ma, da un lato, la sua importanza è in qualche modo erosa dalla preponderanza — crescente a misura che crescano le note oscurità e vaghezze lessicali dei recenti legislatori — della necessaria interpretazione astratta della legge scritta. D'altro lato è complicata, e forse perfino resa più affascinante, da due essenziali fattori: la interpretazione della norma scritta implica ovviamente già di per sé un confronto tra fatti e però non omogenei bensì uno astrattamente descritto e l'altro accertato in concreto ed *in thesi* riconducibile al primo; il precedente di *civil law* è precedente interpretativo ed in esso dunque si incorpora già anche quel confronto tra fatto astratto e fatto concreto, diverso quest'ultimo da quello accertato nel giudizio in cui si pone il problema della eventuale utilizzazione del precedente. Il *distinguishing* è dunque triangolare. Se il precedente esprime, in punto di interpretazione della norma, che $A = X \rightarrow B$, ove A è il fatto astrattamente contemplato dalla norma scritta, B è l'effetto giuridico previsto dalla norma per come anche sul punto decifrata nel suo significato, e X è il fatto concreto accertato nel giudizio in cui il precedente si è formato, lo sforzo che si tenterà con il *distinguishing*, allo scopo di impedire nel nuovo giudizio l'applicazione dell'effetto B, sarà quello di dimostrare che X1, e cioè il fatto concreto accertato in tale nuovo giudizio, è così sensibilmente diverso da X da non poter essere ragguagliato ad A

(e non semplicemente che X ed X1, e cioè i due fatti concreti, sono sensibilmente diversi).

E ad un livello di ancor maggiore sofisticazione vi sarà da riflettere su quanto il fatto concreto accertato nel giudizio in cui il precedente si è formato abbia allora influito sulla interpretazione della disposizione scritta che in quel precedente si incorpora, vuoi quanto alla specificazione del significato da attribuire alla descrizione normativa del fatto astratto, vuoi perfino quanto alla specificazione del significato da attribuire alla previsione normativa dell'effetto; di guisa che il *distinguishing* e cioè il maggiore o minore apprezzamento della diversità tra fatti concreti, quello di allora e quello di ora, potrà influire non solo sulla identificazione del precedente come effettivamente in termini, bensì, in non infrequenti ma neppure rari casi, sulla stessa condivisibilità o necessità di superamento o adeguamento del precedente (28).

(28) L'utile articolo 2049 c.c. soccorre ancora mercé un esempio in buona parte di pura fantasia. La Cassazione, ribadendo in punto di interpretazione astratta che "nell'esercizio delle mansioni" (parole imperiture uscite dalla penna del legislatore) significa anche "in occasione di quell'esercizio", conferma la responsabilità del condominio per i danni che il portiere, scrupoloso esecutore delle sue mansioni di sorveglianza quanto impulsivo, ha causato spintonando e facendo ruzzolare dalle scale il petulante ragazzotto introdottosi di soppiatto a distribuire volantini sotto le porte dei condomini. Questo precedente è invocato in un secondo caso nel quale il portiere assesta sempre un incauto spintone ed il terzo ruzzola dalle scale; senonché il terzo è un condomino, tutt'altro che introdottosi di soppiatto, e però ravvisato dal portiere come colui che da un po' di tempo formula importune *avanches* alla moglie (del portiere), donde un alterco fra i due e l'incauto spintone. Risponde ancor qui il condominio? Quanto sono sensibilmente diversi i due fatti concreti? Fino al punto che il secondo non è riconducibile al "in occasione dell'esercizio delle mansioni" (fatto astratto) al quale invece è sicuramente riconducibile il primo? Oppure può dirsi che se il portiere non fosse stato tale e non fosse stato impegnato a salire e scendere per le scale l'episodio non sarebbe occorso, e dunque il nesso di "occasionalità" e perfino "necessaria" è sufficientemente riscontrabile? E se così davvero fosse — ecco la norma scritta che aleggia e non può che aleggiare (in luogo del puro senso di giustizia del giudice in un sistema di diritto non scritto), ecco la identificazione assiologia della sua *ratio* perdurante ed immutevole per quanto aperta essa sia ai mutevoli fatti — se così davvero fosse, non sarà che l'interpretazione della norma scritta che si incorpora nel precedente e cioè nella massima giurisprudenziale ormai tratlizia va ripensata, corretta, integrata? non sarà che quel semplice "nesso di occasionalità" o se si vuole "occasionalità necessaria" (espressione che non è del legislatore) deve essere ulteriormente specificato a livello lessicale e di massima, per evitare esiti iniqui e contrari alle scelte di valore sottostanti all'art. 2049 per come collocato nel sistema della responsabilità civile?

NOTA bibliografica

AA.VV., *La consuetudine giuridica*, in *Teoria e problemi del diritto* (a cura di S. Zorzetto), Pisa, 2008; D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008; D. CANANZI, *Enrico Paresce e l'attuazione spontanea del diritto*, in *Le radici del pensiero sociologico*, Atti del Convegno nazionale della Sezione di Sociologia del diritto dell'Associazione Italiana di Sociologia, A. FEBBRAJO (a cura di), Milano, 2013; B. CAPPONI, *La legge processuale civile*, Torino, 2009; A. CARRATTA, *Il giudice e l'interpretazione della norma processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 101 ss.; P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, in *Analisi del diritto: Ricerche di giurisprudenza analitica*, P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), Torino, 2004; P. COMANDUCCI, *Interpretazione e applicazione del diritto*, Palermo, 2011; G. COSTANTINO, *Riflessioni sulla giustizia civile*, Torino, 2011 [sulle prassi processuali – Ndr.]; G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali* (Atti del 2° Convegno nazionale della Società italiana degli studiosi del diritto civile, Capri, 18-20 aprile 2006); F.M. DAMOSSO, *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, Torino, 2022; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003; P. GROSSI, *Introduzione alla ristampa di N. Bobbio, La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015; P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017; P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021; D. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011; N. IRTI, *Diritto senza verità*, Bari, 2011; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, p. 19 ss.; N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Milano, 2021; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo Diritto civile*, 2018, I p. 1 ss.; F.P. LUIISO, *La norma processuale e i suoi destinatari*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2017, 897 ss.; M. MARINELLI, *Precedente giudiziario* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 2002, VI, 881 ss.; A. PANZAROLA, *Il processo civile tra regole e principi*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, F. RICCI (a cura di), Milano, 2018, 257 ss.; L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2017; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016; L. PERA, *Il puzzle della desuetudine*, in *Sociologia del diritto*, 2014, 47-73; N. PICCARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, *passim* nonché spec. 122 ss. [sul contrasto ai poteri dei *Parlements* dell'*ancien régime*]; A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana*

e il diritto sovranazionale europeo, Padova, 2017; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 2011, 728; B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 43 ss.; E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma*, in *Giustizia Civile.com*, 4/2015; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, Napoli, 2020; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007; G. TRACUZZI, *Esistenza e possibilità. Contributo allo studio della completezza dell'ordinamento giuridico*, Padova, 2020; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; L. VERZELLONI, *Analisi organizzativa degli osservatori e dei protocolli d'udienza: una lettura comparata del fenomeno*, in *Quaderni di giustizia e organizzazione*, Bologna 2008, 45 ss.; A. VILLA, *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2018.

ABSTRACT: Traendo spunto da un saggio di Angelo Falzea, l'autore si occupa del rapporto fra attuazione spontanea ed attuazione giudiziale del diritto. L'indagine considera sia il versante dalla attuazione del diritto sostanziale sia quello della attuazione del diritto processuale. Dopo una riflessione sulla consuetudine nella sua doppia valenza di prassi attuativa e di fonte del diritto, l'autore si concentra sulla prassi giudiziaria e sull'uso del precedente.

ABSTRACT: *Inspired by an essay by Angelo Falzea, the author addresses the relationship between spontaneous implementation and judicial implementation of law. The research considers both the implementation of substantive law and that of procedural law. After considering "custom" in its double value of implementation practice and source of law, the author focuses on judicial practice and the use of precedent.*

Aggiornamenti in tema di consumazione del potere d'impugnazione: una *Verwirkung* amministrativa all'italiana? (*)

di FABIO SAITTA

SOMMARIO: 1. Trent'anni dopo. — 2. Il principio di consumazione dell'impugnazione. — 3. Sull'applicabilità degli artt. 358 e 387 c.p.c. al processo amministrativo, dopo la codificazione. — 4. Il dies a quo del termine per la rinnovazione tra Cassazione, Consiglio di Stato e dottrina: conferme e novità. — 5. Un recente (opinabile) approdo del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana. — 6. Sul «principalismo» delle corti (anche) in materia processuale.

1. Trent'anni dopo.

Ero ancora ricercatore confermato quando, in un convegno senese del 1994, presentai una comunicazione sulla rinnovazione dell'appello amministrativo ⁽¹⁾.

All'epoca, vigendo la disciplina dettata dalla legge Crispi, dal regolamento di procedura del 1907, dal testo unico del Consiglio di Stato e dalla legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, per indagare sulla riproposizione dell'appello amministrativo notificato, ma non depositato nei termini mi confrontai con l'art. 358 c.p.c. e con l'adattamento della regola ivi contenuta al processo innanzi al Consiglio di Stato, operato da quest'ultimo in via giurisprudenziale. Al di là dell'individuazione del termine più appropriato per qualificare l'effetto conseguente al mancato deposi-

(*) Il presente contributo è stato pubblicato negli *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.

⁽¹⁾ F. SAITTA, *Notazioni in tema di rinnovazione dell'appello amministrativo* (Comunicazione al Convegno su: «Le parti nel giudizio amministrativo di appello» - Siena, 6-7 maggio 1994), in *Dir. proc. amm.*, 1994, 755 ss.

to e della distinzione di tale caso da quello del deposito tardivo, questione su cui non è mia intenzione tornare ⁽²⁾, constatai come la giurisprudenza avesse da tempo precisato che, in siffatte ipotesi, il ricorrente poteva provvedere a notificare un altro ricorso prima dell'esaurimento dei termini di legge e depositarlo nell'ulteriore termine decorrente da quest'ultimo adempimento ⁽³⁾. Già allora, tale possibilità di rimediare all'omissione trovava larga applicazione in appello proprio in forza dell'art. 358 c.p.c., che all'epoca ⁽⁴⁾ veniva costantemente interpretato dal Consiglio di Stato nel senso che l'unica preclusione alla reiterazione dell'appello non depositato nei termini derivasse dall'espressa declaratoria di inammissibilità o improcedibilità del medesimo gravame ⁽⁵⁾.

La circostanza che il potere d'impugnazione non si consumi se non sia stato validamente esercitato, essendo proponibile un nuovo gravame in sostituzione di quello viziato ⁽⁶⁾, consentiva di affermare che l'appello amministrativo, potendo ritenersi *ritualmente* proposto solo ove alla tempestiva notifica abbia fatto seguito il tempestivo deposito, può essere riproposto, non comportando la mera notifica dello stesso la consumazione del potere d'appellare: gli effetti preclusivi dell'art. 358 c.p.c., infatti, «in tanto si verificano in quanto vi sia una *dichiarazione* giudiziale in proposito, il che manca, necessariamente, quando l'appello non è stato portato a cognizione del giudice superiore» ⁽⁷⁾.

Senonché, l'appello amministrativo, nonostante si avvicini maggiormente ai mezzi di gravame rinnovatori, postula la

⁽²⁾ Per cui mi limito a riferire che allora ritenni che l'omesso deposito dell'appello tempestivamente notificato comportasse una pronuncia di inammissibilità, mentre la conseguenza del tardivo deposito dell'appello stesso fosse l'improcedibilità: F. SAITTA, cit., 756-760.

⁽³⁾ Per le relative indicazioni giurisprudenziali, cfr., *si vis*, F. SAITTA, cit., 760, nt. 22.

⁽⁴⁾ Dell'orientamento attuale ci occuperemo *infra*, § 3.

⁽⁵⁾ La giurisprudenza dell'epoca è indicata in F. SAITTA, cit., 766, nt. 34.

⁽⁶⁾ Ciò si desumeva chiaramente da numerose pronunce della Cassazione, riportate in F. SAITTA, cit., 772, nt. 55.

⁽⁷⁾ P. D'ONOFRIO, *Ancora sugli effetti della mancata costituzione di tutte le parti nel giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 416.

necessità di una preliminare fase rescindente, consistente nella previa eliminazione della sentenza appellata, che, in quanto dotata di imperatività, regola la situazione sostanziale fintantoché non venga rescissa (8). La conseguente impossibilità di operare un'integrale assimilazione funzionale fra potere d'azione — consistente nella domanda di tutela della situazione sostanziale originariamente controversa — e potere d'impugnazione — consistente nel far valere innanzitutto (anche se non esclusivamente, tranne che nei casi di annullamento con e senza rinvio al primo giudice) la pretesa alla rescissione della sentenza appellata (9) — mi aveva allora indotto a dubitare che, nel caso in cui, mediante il tardivo deposito dell'appello da parte dell'appellante o la costituzione in giudizio delle parti appellate al mero scopo di far dichiarare l'estinzione del processo (10), il rapporto processuale con il Consiglio di Stato risulti comunque instaurato, l'appello sia sempre riproponibile. In quest'ultima ipotesi, infatti, mi era parso che, a prescindere dalla possibilità dell'appellante di ottenere l'indispensabile pronuncia rescindente, si sia verificata comunque la consumazione del potere d'impugnazione, rimanendone precluso l'ulteriore esercizio (11).

Oggi sono più possibilista.

(8) Per tutti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 425, secondo cui il rigetto dell'appello non è altro che il rifiuto di modificare le statuizioni del giudice precedente.

(9) Così V. TAVORMINA, *Azione di impugnativa e potere di impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 88, che per evidenziare meglio l'autonomia tra i due poteri parla di potere d'impugnazione «in senso stretto».

(10) Sulla seconda fattispecie, *ex multis*, Cons. Stato, 7 aprile 1995, n. 526, in *Foro amm.*, 1995, 898 e in *Cons. Stato*, 1995, I, 522, su cui E. CANNADA BARTOLI, *Un eccesso di teoria processuale*, in *Giur. it.*, 1995, 1306.

(11) Secondo ROM. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 236, «qualsiasi esito "anormale" del processo d'impugnazione — in particolare, determinato da inattività — si ripercuote sul potere d'impugnazione consumandolo e perciò stesso, inevitabilmente sul provvedimento impugnato».

2. Il principio di consumazione dell'impugnazione.

Com'è noto, nel vigente ordinamento processuale civile, si ritiene operante il principio generale della c.d. consumazione del potere d'impugnazione, per effetto del quale, una volta che abbia esercitato tale potere, la parte non può successivamente introdurre nuovi e diversi motivi di censura, neppure sotto forma di impugnazione incidentale, ancorchè non sia decorso il termine per impugnare in base agli artt. 325 e 327 c.p.c. (12). È parimenti risaputo che tale principio rinviene il suo fondamento normativo negli artt. 358, 387 e 338 del codice di rito, anche se con riguardo alle prime due disposizioni autorevole dottrina ha preferito piuttosto invocare il principio del *ne bis in idem*, applicato al provvedimento del giudice (13).

Com'è stato ricordato (14), durante i lavori preparatori del codice di procedura civile del 1940, numerosi autorevoli studiosi avevano messo in dubbio l'opportunità di tali norme: con riguardo all'art. 361 del progetto preliminare, Carnelutti, ad es., aveva affermato che, «se il giudice dell'impugnazione non ha potuto giudicare di questa per un vizio del procedimento, il quale può essere eliminato con la sua riproposizione e questa non sia preclusa dalla scadenza del termine, non si dà altra ragione per vietarla, che non sia quella di far subire al soccombente una pena per aver proposto una domanda viziata, poiché certo non si potrebbe parlare a suo danno di cosa giudicata; basta avere scoperto, così, la *ratio* di tal norma per dimostrarne la inopportunità e la ingiustizia» (15).

Il legislatore ha poi comunque adottato le attuali formule degli artt. 358 e 387 c.p.c., che riprendono l'impostazione dell'art.

(12) S. MATTEINI CHIARI - M.E. MATTEINI CHIARI, *Consumazione dell'impugnazione*, in www.ilprocessocivile.it.

(13) V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 2ª ed., Napoli, 1945, II, 489.

(14) E. RUGGERI, *Il principio di consumazione dell'impugnazione: origine ed applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1015-1018.

(15) *Relazione per l'Università e Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Milano*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Osservazioni e proposte sul progetto del codice di procedura civile*, Roma, 1938, II, 739.

528, ult. alinea, c.p.c. 1865, estendendola alle ipotesi dell'appello e del ricorso per cassazione dichiarati inammissibili o improcedibili (16).

Trattasi, a tutti gli effetti, di una «fattispecie della più generale categoria delle preclusioni» (17), che — com'è noto — hanno la funzione di consentire l'ordinato, razionale e spedito svolgimento del processo, sanzionando processualmente l'inottemperanza delle parti alle norme che regolano l'ordine, il tempo e le modalità delle loro attività (18). In quanto tale, anche con riguardo al principio di consumazione delle impugnazioni non può che ribadirsi (19) che, se si conviene sul fatto che è impensabile un processo fondato sull'assoluta libertà delle parti di difendersi come e quando vogliono (20), appare evidente che l'unico approccio metodologico corretto per uno studio delle preclusioni è quello che mira semmai a individuare un regime equilibrato e ragionevole per il tipo di processo in esame.

Avremo modo di tornare sul punto nel prosieguo dello scritto (21).

Per il momento, sia sufficiente notare che, alla luce di quanto detto, è probabilmente esatta l'affermazione che la problematica individuazione del fondamento di tali disposizioni, in uno ai dubbi sulla loro stessa opportunità, hanno finito per ripercuotersi sull'esatta individuazione della loro portata applicativa (22), tant'è vero che, in dottrina, si oscilla tra chi ritiene l'impugnazione riproponibile prima

(16) E. RUGGERI, cit., 1018.

(17) G. FELLONI, *Consumazione del potere di integrare una memoria istruttoria nel rispetto dei termini*, in *Giur. it.*, 2017, 2653.

(18) M. TARUFFO, *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 795.

(19) Sul punto, se si vuole, già F. SAITTA, *Il regime delle preclusioni nel processo amministrativo tra ricerca della verità materiale e garanzia della ragionevole durata del giudizio*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 731 ss.

(20) Osserva M. TARUFFO, *ibidem*, che, in assenza di qualsivoglia preclusione, nessun processo avrebbe una struttura riconoscibile né raggiungerebbe i requisiti minimi dell'*ordo iudicii*.

(21) *Infra*, § 5.

(22) E. RUGGERI, cit., 1019.

della dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità purché non siano scaduti i relativi termini ⁽²³⁾, chi addirittura la reputa ammissibile anche oltre tale scadenza ⁽²⁴⁾ e, agli antipodi, chi l'esclude *in toto* ⁽²⁵⁾ o la ritiene ammissibile soltanto in alcune ipotesi ⁽²⁶⁾.

Prim'ancora di esaminare la più recente giurisprudenza civile e amministrativa, tuttavia, non possiamo far a meno di rilevare come la lettera dell'art. 338 c.p.c. — secondo cui «[l]'estinzione del procedimento d'appello [...] fa passare in giudicato la sentenza impugnata» — e del successivo art. 358 — secondo cui «[l]'appello dichiarato inammissibile o improcedibile non può essere riproposto, anche se non è decorso il termine fissato dalla legge» — induca a ritenere che soltanto la formale dichiarazione di estinzione, inammissibilità o improcedibilità comporti il passaggio in giudicato della sentenza gravata e precluda la rinnovazione dell'appello, con conseguente consunzione del mezzo ordinario ⁽²⁷⁾. Sin dall'entrata in vigore del codice di rito, d'altronde, la dottrina è pressoché unanime nell'affermare che il potere d'impugnazione non si consuma con la mera proposizione di un gravame che sia o si ritenga viziato ⁽²⁸⁾, bensì soltanto con una pronuncia giudiziale che lo dichiari inammissibile o improcedibile ⁽²⁹⁾.

⁽²³⁾ P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, Torino, 1957, I, 616.

⁽²⁴⁾ Perché «l'impugnazione ha effetto conservativo fino alla dichiarazione di improcedibilità», la quale soltanto consumerebbe il potere d'impugnazione, operando fino a quel momento il principio generale consacrato dall'art. 162 c.p.c.: S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, 2^a ed., Milano, 1962, II, 2, 171; S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13^a ed., Padova, 2000, 489.

⁽²⁵⁾ ROM. VACCARELLA, *cit.*, 213 ss.

⁽²⁶⁾ M. DE CRISTOFARO, *Art. 358*, in C. CONSOLO - F.P. LUISSO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 3^a ed. diretta da C. Consolo, Milano, 2007, 2805 ss.

⁽²⁷⁾ A mio avviso, quindi, quando affermano che «il mezzo ordinario è consumato nel suo primo esercizio sicché, se l'esperimento è infruttuoso, la sentenza impugnata passa in giudicato», A. CERINO CANOVA - C. CONSOLO, *Impugnazioni - I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Agg., Roma, 1993, 28, alludono all'appello che sia stato formalmente dichiarato estinto, inammissibile o improcedibile (il corsivo è nostro).

⁽²⁸⁾ In tal senso, a quanto consta, soltanto R. PROVINCIALI, *Sistema delle impugnazioni civili secondo la nuova legislazione. Parte generale*, Padova, 1943, 151 ss.; *Id.*, *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962, 92.

⁽²⁹⁾ *Ex plurimis*, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, II, 154; G. INGRASSIA, *Limiti di applicazione del principio della consunzione*

La circostanza che si consumi anche il potere d'impugnare i capi della sentenza non inclusi nella prima impugnazione non trova, invece, giustificazione nel principio in esame, bensì nel meccanismo dell'acquiescenza parziale di cui all'art. 329, comma 2, c.p.c. ⁽³⁰⁾.

3. Sull'applicabilità degli artt. 358 e 387 c.p.c. al processo amministrativo, dopo la codificazione.

Sin dai primi commenti, la dottrina è apparsa unanime nel ritenere che, pur nel silenzio del codice del 2010, il principio di consumazione delle impugnazioni continui a operare anche nel processo amministrativo in virtù degli artt. 358 e 387 c.p.c., applicabili in forza del rinvio esterno disposto dall'art. 39 c.p.a. in quanto «disposizioni che, indubbiamente, esprimono principi generali» ⁽³¹⁾.

dell'impugnazione, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 152 ss.; M. VELLANI, *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 743; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, 5^a ed., a cura di C. Vocino, Milano, 1962, II, 180; S. COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, 4^a ed., Torino, 1973, 427, nt. 28; M. FORNI, *Orientamenti in tema di improponibilità, inammissibilità e improcedibilità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 1323; G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova, 1983, 87; F.P. LUISSO, *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 382; A. BONSIGNORI, *Impugnazioni civili in generale*, ivi, IX, 1993, 355; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 276 ss.; M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, 2^a ed., Torino, 2006, 327; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 5^a ed., Bari, 2019, II, 358; C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, 18^a ed., Torino, 2021, II, 225-226 e 241-242.

⁽³⁰⁾ S. CAPORUSSO, *Impugnazione parziale del lodo rituale e principio di consumazione dell'impugnazione*, in *Riv. arb.*, 2012, 968-969, la quale osserva che, in siffatte ipotesi, «il gravame proposto è in sé perfettamente valido, quale espressione, per l'appunto, di un rituale e corretto esercizio del potere d'impugnazione», ma semplicemente «circoscritt[o], per volontà del soccombente, ad alcune soltanto delle parti della decisione a lui sfavorevoli». Peraltro, come faceva notare A. CERINO CANOVA, *Acquiescenza*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1, nel caso dell'acquiescenza l'estinzione colpisce un potere non ancora esercitato, nel caso della consumazione un potere già esercitato in modo invalido o irrituale.

⁽³¹⁾ M. LIPARI, *Artt. 91-99*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 711-712; dello stesso avviso sono S. PERONGINI, *L'appello nel processo amministrativo*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, 863; G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, 6^a

Allo stesso modo si è orientata la giurisprudenza sin dalle prime pronunce successive alla codificazione ⁽³²⁾. L'applicabilità al processo amministrativo delle anzidette disposizioni del codice di rito civile è apparsa talmente scontata che — come vedremo ⁽³³⁾ — a un certo punto le Sezioni singole del Consiglio di Stato hanno ritenuto di deferire all'Adunanza plenaria alcuni quesiti concernenti l'applicazione del principio di consumazione del potere d'impugnazione.

Va pure detto che, frequentemente, questa giurisprudenza fa riferimento, *in primis*, al c.d. «divieto di frazionamento dei mezzi di impugnazione», che ritiene «sotteso al principio di consumazione delle impugnazioni sancito dagli artt. 358 e 387 c.p.c. (alla base di qualsiasi processo governato, come anche quello amministrativo, dal principio della domanda e da quello dispositivo), che impedisce alla parte che abbia proposto un primo gravame di proporre un secondo, pur quando siano ancora pendenti i relativi termini» ⁽³⁴⁾.

ed., Milano, 2021, 344. Non mi è del tutto chiara, invece, l'opinione di R. CHIEPPA, *Art. 94*, in *Id.* (diretto da), *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2022, 600, il quale afferma che «[i]l mancato rispetto del termine di deposito del ricorso comporta l'improcedibilità del relativo appello, che peraltro può ritualmente essere reiterato se ancora in termini. Invece, la mancata, tempestiva costituzione in giudizio è motivo di decadenza e non di improcedibilità, come accade nel processo civile (artt. 348, 369, 399 c.p.c.). Conseguentemente, non si applicano gli artt. 358 e 387 c.p.c., e l'impugnazione può essere riproposta — purché ovviamente nei termini di cui all'art. 92». Al di là della questione terminologica, della quale — come già detto — non intendo occuparmi, non comprendo, in particolare, che differenza ci sia tra «mancato rispetto del termine di deposito» e «mancata, tempestiva costituzione in giudizio» né per quale ragione nella seconda ipotesi «non si applic[herebbero] gli artt. 358 e 387 c.p.c.», che il Consiglio di Stato ha sempre interpretato proprio nel senso che l'impugnazione può essere riproposta purché nei termini di legge.

⁽³²⁾ *Ex multis*, Cons. Stato, 6 luglio 2012, n. 3966, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 24 luglio 2017, n. 3664 e 8 ottobre 2021, n. 6733, *ibidem*.

⁽³³⁾ *Infra*, § 4.

⁽³⁴⁾ Così Cons. Stato, 8 novembre 2022, n. 9801, in *www.giustizia-amministrativa.it*, e n. 6733/2021, cit.; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 21 giugno 2021, n. 590, *ibidem*; Cons. Stato, 3 giugno 2021, n. 4266, *ibidem*; 21 maggio 2021, n. 3963 e 8 gennaio 2021, n. 280, *ibidem*; 11 dicembre 2019, n. 8411 e 18 febbraio 2019, n. 1097, *ibidem*; 9 luglio 2018, n. 4152, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, 5 luglio 2018, n. 4454, *ibidem*; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 16 maggio 2016, n. 183, *ibidem*, che, peraltro, precisa che «in primo grado [...] non esiste il divieto di frazionamento dei mezzi di gravame, esistendo invece

All'interno di questo filone giurisprudenziale, meritano di essere segnalate le pronunce che hanno affrontato la questione della sorte dell'appello avverso una sentenza del T.a.r. per la Sicilia proposto innanzi al Consiglio di Stato anziché al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana.

Poco più di un decennio fa, tale questione era stata risolta dall'Adunanza plenaria nel senso che «la proposizione dell'appello ad un giudice diverso da quello individuato dalla legge, determina la consumazione del potere di impugnare, ove siano decorsi i termini per il gravame, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza impugnata»⁽³⁵⁾.

Recentemente, rilevato che l'orientamento della Corte di cassazione sul quale si è fondato il primo arresto della Plenaria risulta ormai pressoché superato, essendo nettamente prevalente la tesi secondo cui l'appello proposto dinanzi a un giudice diverso da quello indicato per legge non determina l'inammissibilità dell'impugnazione ai sensi dell'art. 358 c.p.c., ma è idoneo a instaurare un valido rapporto processuale suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della *translatio iudicii*⁽³⁶⁾, la Sezione III del Consiglio di Stato,

come noto la facoltà generale di proporre motivi nuovi nei termini di legge»; Cons. Stato, 2 aprile 2014, n. 1570, in *Urb. e app.*, 2014, 988.

⁽³⁵⁾ Così Cons. Stato, Ad. Plen., 22 aprile 2014, n. 12, in *www.lexitalia.it*, n. 4/2014, cui la questione era stata rimessa da Sez. III, ord. 15 novembre 2013, n. 5443, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Alla pronuncia della Plenaria si erano conformate Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3062, *ibidem*; Sez. II, 14 gennaio 2022, n. 276, *ibidem*.

⁽³⁶⁾ In part., Cass., Sez. Un., 14 settembre 2016, n. 18121, in *Foro it.*, 2017, I, 648, con nota di V. MASTRANGELO, *L'ammissibilità della translatio iudicii in caso di appello a giudice incompetente (Nota a Cass. 14 settembre 2016, n. 18121) - Parte I*; già prima, Sez. VI, (ord.) 9 giugno 2015, n. 11969, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 521, con nota di A. TEDOLDI, *Problemi di geografia giudiziaria nell'appello civile: la competenza funzionale del giudice di seconde cure e il salvagente della translatio iudicii*. Alle Sezioni unite si è conformata la successiva giurisprudenza (Cass., Sez. Un., 18 giugno 2020, n. 11866, *ivi*, 2020, I, 3887; Cass., 15 maggio 2018, n. 11740 e 16 ottobre 2017, n. 24274, in *Guida al diritto*, 2018, 34, 54 e in *CED Cassazione*, 2017), chiarendo che l'effetto conservativo e la *translatio iudicii* presuppongono che il mezzo d'impugnazione sia quello ammesso dalla legge, rimanendo gli stessi esclusi quando sia stato esperito un rimedio diverso da quello concesso dalla legge stessa, quale il ricorso per cassazione invece che l'appello (Cass., 20 luglio 2020, n. 15395, in *CED Cassazione*, 2020).

condividendo l'affermazione delle Sezioni unite che, «una volta che si riconosca effetto conservativo all'atto di appello proposto dinanzi a un giudice territorialmente incompetente, non si vede per quale ragione debba escludersi il medesimo effetto nel caso di gravame (sempre che la scelta del mezzo di impugnazione sia corretta) proposto ad un giudice non corrispondente per grado a quello indicato dall'art. 341 cod. proc. civ.», ha ritenuto «non conforme ai principi che regolano il processo la declaratoria di inammissibilità dell'appello, con conseguente passaggio in decisione della sentenza di primo grado, avverso una sentenza del Tar Sicilia, solo perché proposto dinanzi al Consiglio di Stato e non al C.g.a.»⁽³⁷⁾. Da qui la nuova rimessione alla Plenaria, che, ribadito che le Sezioni del Consiglio di Giustizia Amministrativa sono Sezioni staccate del Consiglio di Stato⁽³⁸⁾, ha affermato che le Sezioni di quest'ultimo innanzi alle quali sia stato proposto appello avverso una sentenza del T.a.r. Sicilia devono dichiarare la propria incompetenza, affinché il giudizio possa essere riassunto innanzi al Consiglio di Giustizia⁽³⁹⁾.

4. Il *dies a quo* del termine per la rinnovazione tra Cassazione, Consiglio di Stato e dottrina: conferme e novità.

Muovendo dalla pacifica applicabilità del principio di consumazione del potere d'impugnazione, vale la pena soffermarsi su una problematica specifica affrontata dalla giurisprudenza civile e amministrativa e risolta in modo talvolta reputato quantomeno opinabile dalla dottrina: il termine per la rinnovazione dell'appello.

Quando, ormai quasi un trentennio addietro, avevo affrontato la questione, Cassazione e Consiglio di Stato la pensavano diversamente: la prima riteneva già allora che, pur in assenza della

⁽³⁷⁾ Ordd. 13 luglio 2022, n. 5921, 2 agosto 2022, n. 6798 e 7 settembre 2022, n. 7770 (identiche), in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽³⁸⁾ In tal senso, già Cons. Stato, Ad. Plen., 13 settembre 2022, n. 13, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽³⁹⁾ Dec. 14 marzo 2023, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it.

notificazione della sentenza di primo grado, il termine sia quello breve decorrente dalla data di proposizione della prima impugnazione, la quale equivarrebbe a conoscenza legale della sentenza da parte dell'appellante ⁽⁴⁰⁾; il secondo, invece, negava ogni rilievo, ai fini della decorrenza del termine breve per la riproposizione dell'appello, sia alla piena conoscenza, comunque acquisita, della sentenza che alla notifica del primo appello ⁽⁴¹⁾.

Lo scrivente, pur ritenendo che gli argomenti addotti a sostegno delle opposte tesi fossero egualmente convincenti e, al contempo, parimenti opinabili, aveva, tuttavia, riconosciuto «che, in mancanza di un'espressa disposizione legislativa che possa ritenersi con certezza applicabile anche al processo amministrativo, la quale sancisca l'efficacia soggettiva della notifica degli atti, la rilevanza bilaterale della notifica dell'appello dovrebbe essere fondata su altri elementi, che al momento non è dato rinvenire nel diritto positivo» ⁽⁴²⁾.

Da allora, la Corte di cassazione ha mantenuto fermo il proprio orientamento circa l'ammissibilità di equipollenti della notificazione della sentenza ai fini del decorso del termine breve per impugnare, *ex art. 326, comma 1, c.p.c.* ⁽⁴³⁾, orientamento che,

⁽⁴⁰⁾ Cass., Sez. Un., 20 maggio 1982, n. 3111, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, I, 953; Cass., 20 giugno 1983, n. 4232, *ibidem*, 1505; Cass., 20 giugno 1985, n. 3713, *ivi*, 1985, 1140.

⁽⁴¹⁾ Cons. Stato, 30 settembre 1988, n. 773, in *Cons. Stato*, 1988, I, 1074, che richiama *id.*, 30 gennaio 1981, n. 13, *ivi*, 1981, I, 59, che aveva aderito al precedente orientamento della Cassazione, ritenendo che, da parte del legislatore, «si sia voluto subordinare in via esclusiva il *dies a quo* ad un atto, munito di rigorosa formalità ed i cui effetti sono assistiti da una particolare certezza».

⁽⁴²⁾ F. SAIITA, *Notazioni*, cit., 784-785.

⁽⁴³⁾ *Ex plurimis*, Cass., 5 novembre 2015, n. 22679, in *CED Cassazione*, 2015; Cass., 13 agosto 2015, n. 16843, in *Guida al diritto*, 2015, 44, 57; Cass. (ord), 18 maggio 2015, n. 10145, in *Il fisco*, 2015, 2479, con commento di A. RUSSO, *Termini e condizioni per la "sostituzione" di un appello viziato*; Cass., 3 settembre 2014, n. 18604, in *CED Cassazione*, 2014; Cass., 9 ottobre 2013, n. 22984, in *Guida al diritto*, 2013, 49-50, 46; Cass., 4 dicembre 2012, n. 21717, in *Foro it.*, 2013, I, 1987, con nota di S. CAPORUSSO, *Sull'esercizio del potere d'impugnazione secondo il canone della Cassazione*; Cass., 3 settembre 2012, n. 14764, in *Guida al diritto*, 2012, 46, 88; Cass., 11 luglio 2012, n. 11762, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 904; Cass. (sez. trib.), 11 maggio 2012, n. 7344, in *Foro it.*, 2013, I, 3566; Cass., 12 novembre 2010, n. 22957, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1442; Cass., 8 ottobre 2010, n. 20898,

però, è stato ampiamente criticato dai processualciviliisti⁽⁴⁴⁾ e proprio per questo sottoposto a riconsiderazione da parte delle Sezioni unite⁽⁴⁵⁾. Queste ultime, pur tenendo conto di parte delle critiche mosse dalla dottrina, e modificando parzialmente le argomentazioni addotte, l'hanno tuttavia confermato, precisandolo⁽⁴⁶⁾.

La dottrina ha criticato anche quest'ultima pronuncia, e in particolare la premessa su cui la stessa si basa, secondo cui la conoscenza effettiva sarebbe equipollente alla conoscenza legale (ottenuta con la notifica di cui agli artt. 326, comma 1, e 285 c.p.c.) ai fini della decorrenza del termine breve per impugnare, osservando che, in tal modo opinando, si finisce per ribaltare del tutto lo scopo della notificazione, che da strumento diretto in via esclusiva a produrre la certezza legale circa l'identificazione di un determinato momento,

ibidem, 1309; Cass., 19 aprile 2010, n. 9265, *ibidem*, 562; Cass., 15 aprile 2010, n. 9058 e 27 ottobre 2005, n. 20912, *ivi*, 2010, 550 e 2005, 10; Cass. (sez. trib.), 7 dicembre 2004, n. 22947 e 11 agosto 2004, n. 15524, in *Dir. e prat. trib.*, 2005, con nota di G. GLENDI, *Sui limiti di riproponibilità dell'impugnazione inammissibile o improcedibile nel processo tributario*; Cass., 7 gennaio 2004, n. 50, in *Foro it.*, 2004, I, 1451; Cass., 12 dicembre 2003, n. 19047, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 12; Cass. (sez. lav.), 26 luglio 2000, n. 9826, in *Foro it.*, 2001, I, 1000, con nota redazionale; Cass., 21 luglio 2000, n. 9569, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1582; Cass., 18 aprile 2000, n. 5011, *ibidem*, 384; Cass., 22 luglio 1999, n. 7896, in *Foro it.*, 1999, I, 3516; Cass. (sez. lav.), 23 gennaio 1998, n. 643, *ivi*, 1998, I, 2942, con nota critica di N. RASCIO, *Sentenza non notificata e appello sottoscritto da procuratore «extra districtum»*: sul termine di riproposizione dell'impugnazione viziata; Cass., 29 novembre 1994, n. 10177, in *CED Cassazione*, 1994; Cass. (sez. lav.), 7 settembre 1993, n. 9393, in *Foro it.*, 1994, I, 438, con nota critica di G. IMPAGNATELLO, *Proposizione di impugnazione inammissibile, conoscenza della sentenza e decorrenza del termine breve per impugnare*; Cass., Sez. Un., 20 maggio 1982, n. 3111, *ivi*, 1982, I, 2210.

⁽⁴⁴⁾ ROB. VACCARELLA, *La notifica della sentenza e dell'atto di impugnazione e i loro effetti ai fini della decorrenza del termine breve*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1011 ss.; G. IMPAGNATELLO, *Ancora sulla decorrenza del termine breve per impugnare*, in *Foro it.*, 2006, I, 240 ss.; N. RASCIO, *cit.*; già prima, T. CARNACINI, *Decorrenza dei termini dalla notificazione di un gravame non coltivato?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 1027 ss.; *contra*, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1957, II, 594.

⁽⁴⁵⁾ Da Cass. civ., 13 maggio 2015, n. 9782, in *CED Cassazione*, 2015.

⁽⁴⁶⁾ Sent. 13 giugno 2016, n. 12084, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1631, con nota di M. GOZZI, *Sulla decorrenza del termine breve dalla data di proposizione della prima impugnazione inammissibile/improcedibile*; in *Corr. giur.*, 2017, 535 ss., con nota critica di C. MASTRACCHIO, *Le Sezioni Unite confermano l'equivalenza tra la notifica della sentenza e l'impugnazione ai fini della decorrenza del termine breve per impugnare*; in *Foro it.*, 2017, I, 3462.

diventa atto surrogabile da qualsivoglia condotta processuale idonea a dimostrare (presuntivamente) che l'atto oggetto di trasmissione è effettivamente conosciuto dalla parte cui sarebbe stato notificato⁽⁴⁷⁾. Evenienza, quest'ultima, che va fermamente esclusa anche guardando alla *ratio* dell'art. 326, comma 2, c.p.c., il quale mira a concentrare in tempi rapidi le possibili impugnazioni in un unico processo nelle cause inscindibili⁽⁴⁸⁾ — «sottopo[nendo] al termine di cui all'art. 325, con una deroga relativa al solo *dies a quo*, una serie di ipotesi che altrimenti non sarebbero ricadute sotto la disciplina dell'art. 327»⁽⁴⁹⁾ — e ha, dunque, carattere eccezionale e non può rappresentare il fondamento di un principio generale secondo cui il termine breve per impugnare decorre da qualsiasi condotta processuale che dimostri la conoscenza effettiva della sentenza⁽⁵⁰⁾.

Ciò anche in ossequio al principio di legalità, il cui rispetto postula la predeterminazione in via legislativa delle forme idonee a far decorrere il termine breve per impugnare onde assicurarne la certezza, attesa l'incidenza di tale momento sulla formazione della cosa giudicata⁽⁵¹⁾.

La Cassazione, *ça va sans dire*, ha continuato per la sua strada⁽⁵²⁾.

I giudici di Palazzo Spada, dal canto loro, mentre — come già riferito⁽⁵³⁾ — anche dopo la codificazione processuale amministrativa — che, per quanto attiene ai mezzi d'impugnazione, non ha in alcun modo inciso sull'applicabilità delle «comuni regole che sovrintendono alla decorrenza del termine breve, da quella in tema di bilateralità

⁽⁴⁷⁾ R. POLI, *Sugli equipollenti della notificazione della sentenza ai fini della decorrenza del termine breve per impugnare*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 85.

⁽⁴⁸⁾ G. IMPAGNATIELLO, *Conoscenza della sentenza e termine breve per impugnare*, in *Ann. Fac. Economia Univ. Benevento*, VIII, 2003, 188.

⁽⁴⁹⁾ ROM. VACCARELLA, *Note in tema di litisconsorzio nelle fasi di gravame: il principio dell'unitarietà del termine di impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 106, nt. 22.

⁽⁵⁰⁾ F. AMATO, *Termine breve di impugnazione e bilateralità della notificazione della sentenza nel processo con due sole parti*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 374 ss.

⁽⁵¹⁾ F. AMATO, cit., 357-358, anche in nota; R. POLI, cit., 103.

⁽⁵²⁾ Cfr., ad es., Cass., 20 giugno 2019, n. 16589, in *Guida al diritto*, 2019, 40, 57; Cass., 4 giugno 2018, n. 14214 e 28 febbraio 2018, n. 4754, in *CED Cassazione*, 2018.

⁽⁵³⁾ *Retro*, § 3.

del termine della impugnazione, a quell'altra, che strettamente vi si può riannodare, cosiddetta della consumazione della impugnazione»⁽⁵⁴⁾ — hanno mantenuto ferma la loro giurisprudenza in ordine alla generale applicabilità del principio di consumazione delle impugnazioni sancito agli artt. 358 e 387 c.p.c. e del sotteso divieto di frazionamento degli stessi mezzi, non hanno quasi mai preso posizione sulla specifica questione qui dibattuta, limitandosi per lo più ad affermare genericamente che, in assenza di declaratoria di inammissibilità o improcedibilità, l'appello può essere riproposto «nei termini di legge»⁽⁵⁵⁾ ovvero «nel rispetto dei termini perentori previsti dalla disciplina legale di riferimento»⁽⁵⁶⁾. Soltanto in rari casi, a quanto consta, hanno esplicitamente affermato che la rinnovazione dell'appello può ritenersi ammissibile ove effettuata «tempestivamente — avuto riguardo anche alla data di notificazione della prima impugnazione (comunque idonea a rendere per la parte impugnante legalmente conoscibile la sentenza gravata e, dunque, a fare decorrere il termine breve *ex art. 92, comma 1, c.p.a.*»⁽⁵⁷⁾.

Sul punto, dunque, può dirsi che tra i due organi della nomofilachia ci sia ormai unanimità di vedute, pur nel perdurante dissenso della prevalente dottrina.

Per la cronaca, sull'equipollenza tra notificazione e altri accadimenti che presuppongano la conoscenza della sentenza non ha inciso nemmeno la recente riforma del giudizio civile d'appello di cui alla legge n. 206 del 2021 e al decreto legislativo n. 149 del 2022, se non, forse, limitatamente all'individuazione specifica del *dies a quo*, da correlarsi a quello in cui la notifica della prima impugnazione si è perfezionata per il destinatario⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 587 ss.

⁽⁵⁵⁾ Così Sez. VI, n. 3663/2017, cit.. Altrettanto generica, invero, Cass. (ord.), 6 maggio 2020, n. 8552, in *CED Cassazione*, 2020.

⁽⁵⁶⁾ Sez. IV, n. 4152/2018, cit.; Sez. V, n. 1097/2019, cit.; Sez. III, nn. 280/2021 e 3963/2021, citt.

⁽⁵⁷⁾ Così Sez. VI, n. 6733/2021, cit.

⁽⁵⁸⁾ Nota, infatti, A. RONCO, *Il giudizio di appello (e le disposizioni sulle impugnazioni in generale)*, in *Giur. it.*, 2023, 719, nt. 8, che, se questo criterio opera ormai

A ragione, dunque, si è recentemente affermato che «verrebbe da dire: *nihil novi*, in questa materia? Orbene, per molti versi è questa la sensazione che si trae dallo spoglio dei repertori» ⁽⁵⁹⁾.

5. Un recente (opinabile) approdo del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana.

A complicare ulteriormente la rinnovazione dell'appello destinato a essere dichiarato inammissibile o improcedibile contribuisce recente giurisprudenza secondo la quale, a tal fine, sarebbe necessario rispettare non soltanto il termine breve decorrente dalla notifica del primo appello, ma anche il termine per il deposito del medesimo.

Alcuni mesi fa, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana si è trovato a esaminare un caso in cui l'appellante aveva dapprima notificato un primo appello, poi depositato oltre il termine decadenziale di trenta giorni dall'ultima notificazione previsto dall'art. 94 c.p.a., e successivamente notificato un secondo appello quando era ancora in corso il termine breve per l'impugnazione decorrente dalla notifica del primo appello, ma era già scaduto il termine per il deposito di quest'ultimo. Ebbene, i giudici palermitani hanno ritenuto «che la notifica di un primo appello faccia decorrere, per la parte notificante, non solo il termine di appello nei confronti di altre parti (e anche della medesima parte già destinataria del primo appello), ma anche il termine di deposito dell'appello, imposto a pena di decadenza con norma di ordine pubblico processuale, che tutela anche l'interesse del destinatario dell'appello a sapere con certezza entro che termine l'appello può essere depositato. Sicché, resta irrilevante in questa sede stabilire la portata del principio di consumazione dell'impugnazione, con

ope legis (benché per il notificante la conoscenza della sentenza si abbia già certamente quando ne richiede la notifica), analogamente dovrebbe operare anche per le fattispecie in relazione alle quali si ammetta un'analogia decorrenza del termine breve.

⁽⁵⁹⁾ S. CAPORUSSO, *Inammissibilità e improcedibilità dell'appello*, in *Giur. it.*, 2019, 245.

riferimento alla possibilità di riproporre l'appello non ancora dichiarato inammissibile o improcedibile, quando non è decorso il termine di proposizione, perché si è fuori dall'ambito applicativo della disposizione, in quanto il termine di impugnazione è irrimediabilmente decorso. Infatti l'art. 358 c.p.c. si riferisce alla "non riproponibilità" dell'appello, se dichiarato inammissibile o improcedibile, anche se non sono decorsi i termini per la sua "proposizione". Se ne desume *a contrario* la possibilità di proporre un secondo appello finché il primo non è dichiarato inammissibile o improcedibile, se non sono decorsi i termini di proposizione. Ma, appunto, presupposto di detta possibilità di proposizione di un secondo appello, è non solo che non vi sia già una declaratoria di inammissibilità o improcedibilità del primo appello, ma anche che non siano decorsi i termini della sua proposizione. Per "proposizione" dell'appello deve intendersi, nel giudizio amministrativo, sia la notificazione che il deposito dell'appello, perché solo il deposito determina la litispendenza. Quindi, ove anche in ipotesi l'art. 358 c.p.c. consenta la riproposizione di un secondo appello finché il primo appello non è dichiarato inammissibile o improcedibile, se non sono scaduti i termini per la sua proposizione, comunque non è questa la situazione che ricorre nella specie, perché sono irrimediabilmente decorsi i termini di proposizione dell'appello. Se è vero che al momento della notifica e deposito del secondo appello non era decorso né il termine lungo dell'appello decorrente dalla pubblicazione della sentenza, né il termine breve decorrente dalla notifica del primo appello, era tuttavia scaduto il termine di deposito del primo appello, e quindi la parte era decaduta dalla possibilità di un secondo appello»⁽⁶⁰⁾.

Secondo questa impostazione, in sostanza, la facoltà riconosciuta alla parte (da ultimo, dalla Plenaria n. 6 del 2022) di notificare un secondo appello per rimediare a errori del primo «deve intendersi temporalmente circoscritta al rispetto di tutti i termini

⁽⁶⁰⁾ Sent. 13 ottobre 2022, n. 1039, in www.giustizia-amministrativa.it.

di decadenza che vengono in rilievo: il secondo appello va in ogni caso notificato non solo prima della scadenza del termine (lungo e breve) di notifica dell'appello, ma anche prima della scadenza del termine di deposito del primo appello».

Questa pronuncia è stata criticata da accorta dottrina, la quale ha rilevato che, anche volendo ammettere che nel processo amministrativo per «proposizione» debba intendersi tanto la notifica quanto il deposito dell'appello, «non si comprende come sia possibile conciliare la norma che costringe il giudice a dichiarare l'improcedibilità dell'appello (il primo) qualora l'appellante non si costituisca nei termini di legge (art. 348 cit.), con l'altra norma che consente la reiterazione di un appello improcedibile (art. 358 cit.). Insomma, per quale ragione si dovrebbe disporre la sanzione dell'improcedibilità dell'appello "irregolare" ai sensi dell'art. 348 se esiste una disposizione (art. 358) che ne consente proprio la sanabilità? La sanzione dell'improcedibilità, a mio avviso, dovrebbe cadere solo sul primo appello; se non che, la parte appellante, se propone *melius re perpensa*, un secondo appello rispettando ovviamente i termini di decadenza del secondo mezzo di impugnazione tanto per la notifica quanto per il deposito dell'atto, intendendo avvalersi della norma che consente la sanabilità del proprio errore ai sensi dell'art. 358 cit., non corre il pericolo di incappare in una pronuncia d'inammissibilità» (61).

La lettura del Consiglio di Giustizia Amministrativa appare obiettivamente troppo rigorosa e finisce per circoscrivere eccessivamente l'ambito di applicazione dell'istituto in esame, che, invece, è finalizzato a evitare che il giudizio d'appello si concluda con una pronuncia di rito in tutti i casi in cui il primo gravame sia inammissibile o improcedibile per vizi meramente formali o procedurali.

(61) G. LEONE, *L'eterna lotta tra il formalismo esasperato e il principio della prevalenza della sostanza sulla forma*, in www.ildirittoprocessoalecivile.it, n. 4/2022, 437, secondo cui, in conclusione, la decisione in esame «s'iscrive tra quelle che costituiscono un ostacolo al principio secondo cui il processo è fatto per l'uomo e non viceversa» (ivi, 439).

Ipotizziamo adesso che l'appellante non adempia l'onere prescritto a suo carico di depositare una copia della sentenza impugnata.

Nel processo civile, sino alla legge n. 353 del 1990, tale omissione comportava senz'altro l'improcedibilità dell'appello, mentre oggi non è prevista alcuna sanzione (né un termine per il deposito) ⁽⁶²⁾. Nel processo amministrativo, di contro, l'art. 94 c.p.a. non soltanto prevede espressamente che l'appello «deve essere depositato [...], a pena di decadenza, entro trenta giorni dall'ultima notificazione [...], unitamente ad una copia della sentenza impugnata», ma viene anche costantemente interpretato dalla giurisprudenza nel senso che l'anzidetto termine perentorio va rispettato, a pena d'inammissibilità, anche per quanto concerne il deposito della sentenza gravata ⁽⁶³⁾.

Mi sia consentito di manifestare il mio garbato dissenso da questa lettura della surriportata disposizione codicistica, che, stando al suo tenore letterale, potrebbe essere benevolmente interpretata nel senso che il termine decadenziale per il deposito riguarda esclusivamente l'appello e non anche la copia della sentenza impugnata ⁽⁶⁴⁾, che potrebbe essere prodotta anche in un momento successivo, purché in tempo utile perché il giudice d'appello, «attraverso la consultazione del fascicolo digitale di appello, possa immediatamente e velocemente individuare, nella moltitudine di atti processuali digitalizzati, la sentenza

⁽⁶²⁾ S. CAPORUSSO, *op. cit.*, 249.

⁽⁶³⁾ Tra le più recenti, Cons. Stato, 13 dicembre 2023, n. 10761 e 7 febbraio 2023, n. 1300, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 22 settembre 2022, n. 956 e 8 giugno 2022, n. 165, *ibidem*.

⁽⁶⁴⁾ Di quest'avviso è C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, 11^a ed., Torino, 2022, 349, ad avviso del quale «per quanto concerne il ricorso il termine è perentorio, mentre per quanto concerne la sentenza, poiché il codice non stabilisce che il termine sia stabilito a pena di decadenza, l'adempimento potrà avvenire anche in seguito»; P. BORGHI, *Inammissibilità dell'appello per omesso deposito di copia della sentenza appellata*, in *Giur. it.*, 2021, 1174 ss., il quale cita in tal senso Cons. Stato, 14 giugno 2011, n. 3619. Quest'ultimo Autore osserva che, «a ben vedere, vi sarebbe addirittura da chiedersi se, in virtù dell'art. 372 c.p.c., [...], non si dovrebbe ritenere che la produzione possa avvenire anche oltre il termine *ex art. 73 c.p.a.* e fino all'udienza pubblica e, pertanto, fino al momento del passaggio in decisione della causa»

impugnata, senza bisogno di accedere al fascicolo di primo grado» (65).

Sia chi scrive le norme processuali che chi le interpreta dovrebbe sempre tenere presente che «la “ragionevolezza” della sanzione processuale di volta in volta comminata dal legislatore per contrastare una determinata condotta delle parti o per sanzionare una determinata imperfezione dell’atto va commisurata sia con lo scopo che il legislatore intende perseguire attraverso l’introduzione di tale sanzione, sia con le conseguenze processuali che la sua applicazione determina per la parte a cui carico viene posta. Essendo evidente che, laddove dall’analisi in concreto delle conseguenze processuali connesse alla sanzione dovesse emergere una sproporzione rispetto allo scopo perseguito [...], questo è chiaro indice dell’irragionevolezza dell’operato del legislatore e di un abuso dello strumento sanzionatorio» (66). Diversamente opinando, si finisce per dimenticare che «il giusto processo civile [ma non solo quello: *n.d.r.*] vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano — siano esse attori o convenuti — ma per rendere pronuncia di merito rescrivendo chi ha ragione e chi ha torto» (67).

Visto il formalismo esasperato con cui legislatore e giurisprudenza ci stanno abituando a convivere (68), non mi stupirei se, di qui a poco, ci venisse detto che la rinnovazione dell’appello è preclusa anche dal mancato tempestivo deposito della sentenza appellata unitamente al primo appello destinato ad essere dichia-

(65) Secondo Cons. Giust. Amm. Reg. sic., n. 165/2022, cit., sarebbe questa la finalità dell’«elementare dovere di collaborazione della parte con il giudice di appello» di cui è espressione la prescrizione, a pena di decadenza, dell’adempimento in parola contenuta nell’art. 94 c.p.a.

(66) A. CARRATTA, *La Corte costituzionale e l’abuso della “sanzione” processuale*, in *Giur. it.*, 2018, 87.

(67) Corte cost., 16 ottobre 1986, n. 220, in *Foro it.*, 1986, I, 2669.

(68) Per un severo giudizio critico sulla filosofia, miopemente restrittiva, che connota taluni interventi del nostro legislatore in materia di impugnazioni civili, cfr. A.A. ROMANO, *Recenti rigori in punto di ammissibilità del ricorso per cassazione dopo le riforme del 2012*, in *Giur. it.*, 2016, 76 ss.

rato inammissibile o improcedibile, cioè che la «proposizione» dell'appello ricomprende, oltre alla notificazione e al deposito di tale atto, anche il deposito della pronuncia di primo grado.

Ciò che equivarrebbe ad introdurre in via giurisprudenziale una sorta di... *Verwirkung* amministrativa all'italiana⁽⁶⁹⁾.

(69) Come lamentato da P. PATRITO, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1336, con riguardo all'assoggettamento dell'azione risarcitoria a un brevissimo termine di decadenza in un sistema in cui l'unica tutela risarcitoria è quella per equivalente. Com'è noto, la c.d. teoria della *Verwirkung*, elaborata dalla giurisprudenza tedesca già nei primi anni successivi alla prima guerra mondiale (RG, 17 novembre 1929 e 23 settembre 1927, in *JW*, 1929, 3488 e in *RGZ*, 117, 358 ss.), è definita come «il principio, basato [...] sulla buona fede, secondo cui, anche prima del decorso del termine prescrizione, il mancato esercizio del diritto, protrattosi per un conveniente lasso di tempo, imputabile al suo titolare e che abbia fatto sorgere nella controparte un ragionevole ed apprezzabile affidamento sul definitivo non esercizio del diritto medesimo, porta a far considerare che un successivo atto di esercizio del diritto in questione rappresenti un caso di abuso del diritto, nella forma del ritardo sleale nell'esercizio del diritto, con conseguente rifiuto della tutela, per il principio della buona fede nell'esecuzione del contratto» (Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 603, con nota di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 448, con nota di F. RINALDI, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*; in *Giust. civ.*, 2005, 2182, con nota di L. RACHELI, *Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwirkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione*). Tale principio non può avere ingresso nell'ordinamento italiano, per il quale «il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare del diritto stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di un'inequivoca rinuncia tacita» (Cass. civ., Sez. lav., ord. 28 gennaio 2020, n. 1888, in www.lanuovaproceduracivile.com, n. 2/2020; Sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23382, in *CED Cassazione*, 2013; v., però, Sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, 10, con nota di N. DE LUCA, *Ritardo sleale ed "estinzione" del diritto. Riflessioni sul riconoscimento della Verwirkung nella giurisprudenza italiana, vent'anni dopo*). Su tale istituto, recentemente evocato anche dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, 7 novembre 2022, n. 9757, in *Foro it. news*, 8 novembre 2022, con nota di L. D'ANGELO, *Ritardo nel provvedere e (in)esauribilità del potere amministrativo: il Consiglio di Stato evoca l'istituto della "Verwirkung"*), cfr., *ex multis*, C.M. NANNA, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, n. 2/2022, 193 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1186 ss.; S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Modena, 2020, 54 ss.; ID., *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 728 ss., ora in ID., *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Torino, 1999; D. IMBRUGLIA, *La regola di tolleranza*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 75 ss., spec. 88-95; nell'ambito

6. Sul «principalismo» delle corti (anche) in materia processuale.

Tredici anni fa, il principio di consumazione del potere d'impugnazione, che fino ad allora non era stato particolarmente indagato in dottrina, è stato oggetto di un ampio lavoro monografico⁽⁷⁰⁾, nel quale si è evidenziato, con dovizia di argomentazioni, che, «pur a fronte di fondamenta normative nient'affatto univoche [...] esso troppo sovente beneficia, presso la giurisprudenza, di tendenze espansive di molto incerta giustificazione»⁽⁷¹⁾: si pensi, a tacer d'altro, al divieto di dedurre nuovi motivi d'impugnazione, che la giurisprudenza suole giustificare proprio facendo leva sulla consumazione del potere di gravame⁽⁷²⁾.

L'opera si conclude con una nota di contorno della quale riporto un brano che — si condivida o meno il pensiero dell'Autrice — mi è parso significativo: «si può legittimamente asserire che, sino a quando il termine non è spirato, l'impugnante non debba incontrare limiti nell'esercizio del proprio potere di impugnare. Il che deve intendersi però a tutto tondo e non soltanto, com'è invece attualmente, limitato alla possibilità di proporre un nuovo atto d'impugnazione immune da vizi che inficiavano il precedente, sempreché il giudice non abbia già dichiarato l'inammissibilità o l'improcedibilità del primo gravame. *A fortiori*, quindi, l'interprete non può additivamente coniare limiti non testuali, che vanno ad evidente detrimento di chi abbia validamente esercitato il potere d'impugnazione»⁽⁷³⁾.

della dottrina più risalente, per tutti, F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.

⁽⁷⁰⁾ S. CAPORUSSO, *La "consumazione" del potere d'impugnazione*, Napoli, 2011.

⁽⁷¹⁾ Così A.A. ROMANO, *Recensione a S. CAPORUSSO, La "consumazione" del potere d'impugnazione*, Napoli, 2011, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 307-308.

⁽⁷²⁾ Cfr. S. CAPORUSSO, *Sull'esercizio del potere d'impugnazione secondo il canone della Cassazione*, in *Foro it.*, 2013, I, 1987 ss.; ID., *Inammissibilità e improcedibilità*, cit., 248-249. Nel senso che, in tal modo, la Cassazione finisce con l'attribuire al principio di consumazione «portata assai più ampia di quella che sarebbe lecito desumere dai medesimi art. 358 e 387», G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2012, II, 336.

⁽⁷³⁾ S. CAPORUSSO, *La "consumazione"*, cit., 324.

Proprio a quest'ultima affermazione mi voglio agganciare per rimarcare come il «principalismo» che contraddistingue oggi l'attività delle corti anche in materia processuale conduca spesso a risultati tutt'altro che in linea con l'obiettivo del giusto processo (74). Nell'interpretare disposizioni processuali che gli attribuiscono poteri discrezionali, il giudice dovrebbe valorizzare l'elemento sistematico mediante l'individuazione e il bilanciamento dei principi fondamentali o generali dell'ordinamento processuale, che contribuiscono ad adottare una decisione ragionevolmente «giusta»: dal principio di effettività della tutela al principio secondo cui l'obiettivo del processo di cognizione è di pervenire ad una decisione di merito, mentre sono eccezionali le ipotesi che portano alla chiusura in rito (75).

Ciò, purtroppo, spesso non accade, come dimostrano le discutibili interpretazioni delle disposizioni codicistiche sulle quali ci siamo soffermati, che vengono talvolta lette privilegiando eccessivamente l'esigenza di favorire la definitiva conclusione del processo mediante la stabilizzazione della sentenza pronunciata nel grado precedente, a discapito del diritto dell'impugnante di rimetterla in discussione davanti al giudice di grado superiore.

ABSTRACT: Il saggio muove dall'applicabilità del principio di consumazione del potere d'impugnazione, per poi soffermarsi sulla problematica specifica del termine per la rinnovazione dell'appello.

ABSTRACT: *The essay starts from the applicability of the principle of consummation of the power of appeal, and then focuses on the specific problem of the deadline for renewing the appeal.*

(74) Sul punto, *amplius*, A. PANZAROLA, *Il ragionamento giuridico nel pensiero di un compianto Maestro*, in questa *Rivista*, 2022, 763 ss., spec. 772-781.

(75) Per maggiori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a F. SAITTA, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 507-513.

Principi, norme, regole sul processo (*)

di GIORGETTA BASILICO

SOMMARIO: 1. Primo approccio alla relazione tra norme processuali ordinarie e principi sul processo. — 2. Norme del processo e norme sul processo: le ragioni di una scelta non solo lessicale. — 3. I principi che governano il processo e la loro genesi. — 4. Poche e semplici considerazioni sul tema dell'interpretazione delle norme processuali. — 5. Lettura di principi e norme attraverso l'attività giurisprudenziale. — 6. Considerazioni a margine sul c.d. diritto vivente. — 7. Dalla regola di giudizio al principio: il ruolo della legislazione extranazionale. — 8. Considerazioni su alcuni principi che sorreggono il processo civile, di particolare e progressiva rilevanza: sul principio di sinteticità degli atti. — 9. *Segue*: sul principio di effettività della tutela. — 10. Conclusioni.

1. Primo approccio alla relazione tra norme processuali ordinarie e principi sul processo.

Avrei potuto intitolare questo mio contributo alla normativa “del processo”, ma ho preferito dire “sul processo”, intendendo necessariamente la prima definizione come insieme di regole che ne predispongono l'andamento o lo svolgimento, mentre la seconda come attinente ai contenuti normativi dell'attività processuale, spesso avulsi dal formalismo dell'altra categoria: le prime sono regole tecniche, contenute prevalentemente nel codice di procedura civile, e comunque in una legge ordinaria, caratterizzate da un piuttosto rigido formalismo, funzionale ad un regolare ed uniforme andamento del processo, che innanzitutto garantisce le parti nelle loro aspettative, ma predispone anche dei limiti per

(*) Il contributo è destinato ad una raccolta di scritti sulla legge processuale coordinata dall'autrice.

il giudice nell'esercizio dei suoi poteri; le seconde sono regole esaminabili esclusivamente in un'ottica funzionale, intrinseca a quella che sorregge il processo, nell'ottica, cioè, del raggiungimento dello scopo del processo — la tutela giurisdizionale domandata — e quindi come insieme di elementi che ad esso contribuiscono.

La riflessione si svilupperà tendendo all'identificazione dei diversi piani su cui si pongono le leggi processuali (sul processo), allo scopo di verificare quale sia il ruolo da esse svolto nell'assetto generale della disciplina dello stesso. Più in particolare, l'intento è quello di verificare il ruolo del rapporto tra principi e norme ordinarie, attraverso l'analisi della natura e della collocazione dei primi nel sistema normativo generale ⁽¹⁾. Da qui la scelta di concentrare l'indagine sul contenuto-funzione delle leggi processuali, piuttosto che sugli aspetti formali delle stesse, ancorché, con particolare riguardo ai principi, assuma profondo rilievo un ulteriore elemento, la genesi di essi.

Non v'è dubbio che almeno per alcuni dei principi si possa parlare di sovraordinazione rispetto alle norme ordinarie, ma questa affermazione non può essere generalizzata, perché la definizione stessa dei principi va incontro a diversi percorsi, dei quali proprio quello genetico mi sembra particolarmente degno di approfondimento.

Non si può fare a meno di constatare che, all'interno della vasta compagine dei principi, si possa operare una gradazione, che qui assumo nel modo più elementare ⁽²⁾: si considerino innanzitutto quelli che sono autentici principi, quelli cioè, di rango costituzionale; essi sono indiscutibilmente tali (si vedrà, *infra*, se sia più opportuno definirli addirittura valori) già *ratione loci*,

(1) La ricerca mi impone di instaurare un dialogo con Andrea Panzarola e con alcuni dei suoi lavori più recenti, con la lettura dei quali mi sono trovata quasi sempre d'accordo; il tenore del dialogo confido che emerga nel corso di queste riflessioni: in partic. v. ID., *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, *passim*.

(2) Cfr. B. CAPPONI - R. TISCINI, *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino, 2014, 7 ss., con i quali non si può non condividere il fondamentale richiamo a Salvatore Satta ed alle riflessioni che lo Studioso articola su questo tema in una serie di scritti.

perché contenuti in un atto normativo primario quale la Carta costituzionale, quindi ricavabili da una fonte gerarchicamente superiore rispetto alle norme ordinarie; scendendo di livello, troviamo quelli non costituzionalizzati, quindi appartenenti ai ranghi della normativa ordinaria e addirittura quelli non scritti, o ancora non scritti, dato che il legislatore, in alcuni casi, ha recepito il principio dopo la sua diffusione.

Le regole primarie, pertanto — cioè i principi di rango costituzionale — manifestano la loro superiorità rispetto alle norme ordinarie in quanto ne orientano il contenuto e le finalità sin dal momento dell'elaborazione nelle mani del legislatore; questa è una relazione scontata. Non con altrettanta certezza si può parlare dei principi di altro livello di cui ho fatto cenno ⁽³⁾.

Ed allora si impone immediatamente un'altra considerazione: quali sono i criteri in base ai quali procedere all'inquadramento ed alla comprensione delle due categorie richiamate di principi? Come ho già accennato, saranno quello genetico e quello funzionale.

Pertanto, nei confronti dei principi di rango costituzionale non si deve fare altro che riconoscerli e quindi, da parte del legislatore, modulare la propria attività in senso loro conforme e, da parte del giudice, farne applicazione, di volta in volta secondo criteri che, però, possono divergere, almeno in considerazione della necessità di mediazione della norma ordinaria, tra la sfera prescrittiva e quella applicativa; per definire, invece, il giusto ruolo degli altri, quelli di genesi diversa dalla Carta costituzionale,

⁽³⁾ Le osservazioni sviluppate nel testo sul tema del rapporto tra norme processuali di genesi differente e non paritaria, prendono l'avvio dal richiamo ad essenziali contributi di Andrea Proto Pisani e, in particolare, ID., *Limiti all'attenzione della dottrina prevalentemente alla necessità di interventi sulla struttura e non anche sui bisogni di tutela*, in *Foro it.*, 2018, V, ora nella Raccolta di scritti *Persona umana e processo civile*, Milano, 2022, 89 ss., ma anche ID., *L'ineliminabile irrompere dei valori nell'interpretazione e la conseguente incapacità della corte di cassazione – costituita da giudici di carriera – di fornire ai cittadini interpretazioni certe. Necessità di iniziare la riflessione sul come assicurare questo risultato indispensabile per la garanzia della parità di trattamento rispetto alla legge*, *ivi*, 131 ss.

occorre necessariamente esaminarne l'aspetto funzionale, quello del ruolo che di volta in volta possono svolgere nel sistema ⁽⁴⁾.

Quanto ai principi di rango costituzionale, da tempo si dibatte sull'esatta collocazione, ovviamente non soltanto lessicale, degli stessi nell'ambito delle regole od in quello dei valori. È una disquisizione che, in generale, è opportuno lasciare agli studiosi del diritto costituzionale e, più in generale, del diritto sostanziale; nell'ottica del processualista credo non si possa che propendere per la prima soluzione: i principi funzionali al processo sono delle regole; forse quelli di cui qui si discute sono delle macro-regole, ma pur sempre tali ⁽⁵⁾. Ma poi, perché la regola dovrebbe risultare

⁽⁴⁾ Per una chiara sintesi sulle “fonti costituzionali” del codice di procedura civile, v. B. CAPPONI - R. TISCINI, *op. cit.*, 17, ma anche 77 ss.

⁽⁵⁾ Il tema, articolato essenzialmente attraverso la dicotomia norme/valori, meglio, principi/valori, con specifico riguardo al tema dell'interpretazione delle norme della Carta, è stato oggetto di vivace disputa tra importanti costituzionalisti (si segnalano, in particolare, A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costit.*, 2001, 45 ss. e F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it* 2005); per una sintesi del problema, v. A. CERVATI, *Valori costitutivi e modifiche testuali*, in *Libro dell'anno Treccani*, 2016, secondo il quale la scrittura di una costituzione ha «lo scopo di testimoniare il riconoscimento di alcuni valori storici costitutivi della vita sociale», per cui «è corretto parlare di «principi» costituzionali, così come di «valori costitutivi» quali momenti iniziali per la convivenza, riconosciuti dalla collettività in ragione del loro contenuto storico, etico e politico». Lo stesso tema non è stato, tuttavia, trascurato né dai processualcivili, né da cultori di altre discipline viciniori: v., per es., A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di regole e principi*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 493 ss., che individua una linea di demarcazione nell'entrata in vigore della Carta costituzionale – della quale precisa che la prima parte è costituita da «principi, o quanto meno da regole non analitiche» — oltre la quale, quindi dopo il 1948, «è dovere del giudice effettuare, offrire ... interpretazioni della legge ordinaria ... costituzionalmente orientate» (e direi che ciò vale anche ove il giudice, per salvare il testo di legge ordinaria, sia chiamato a fare veri e propri bilanciamenti fra principi costituzionali) (495 ss.); di particolare interesse è la riflessione di L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica*. *Scritti*, rist. Milano, 2011, spec. 240 ss., dove introduce il concetto di “principi dogmatici assiomatici”, che distingue dai principi “problematici o dialettici”: i primi possono essere formulati dal legislatore come norme — principio, oppure essere inespressi, condensati in formule dottrinali (le *regulae iuris* del diritto romano), essi sono “disposizioni di principio”, soggetti ad interpretazione: es. tipico è il principio di ragionevolezza; gli altri sono “enunciati interpretativi di secondo grado, derivati in via di astrazione ideatrice dagli enunciati di primo grado, che attribuiscono un significato a testi di legge particolari”. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, rist. Macerata, 2018, Quodlibet, 21, testo e nt. 2, avvertiva dell'errore nell'uso promiscuo delle parole “norma” e “regola”, evocando la

così diversa dal “valore”? Chi può negare che una regola, specialmente se di rango superiore, sottenda sempre un valore? Essa non sia, cioè, casuale o destinata a riempire un catalogo, ma affondi le sue radici in un’idea valoriale, generalmente ben connotata dal punto di vista etico o etico-sociale?

Si disquisisce anche, in dottrina, sulla richiamata distinzione ai fini della certezza del diritto, apparendo ad alcuni che il diritto per regole sia più certo del diritto per principi, ma forse la funzione del principio non è quella di conferire certezza ⁽⁶⁾. Il ruolo del principio è quello di occupare il livello superiore rispetto alla regola di immediata e diretta applicazione, di ispirarla e contemporaneamente di modellarla, ma la certezza, di volta in volta, del risultato di giustizia che si può realizzare, deriverà sempre dalla seconda perché, come ho accennato sopra, essa è a ciò funzionalmente destinata. Una volta che il principio si sia consolidato e le norme si siano ad esso opportunamente adeguate, non vedo problema di certezza del diritto ed anche l’interprete è adeguatamente indirizzato nella sua attività.

letteratura tedesca che attribuiva alla parola *norm* non il significato di regola, ma quello di comando, di imperativo; di non minore interesse è l’opinione, marcatamente tendente alla riflessione filosofica, di A. LO GIUDICE, *La tentazione tirannica dei valori assoluti*, in AA.VV., *I diritti fondamentali al tempo della pandemia da covid 19*, Napoli, 2021, 137 ss., il quale distingue tra etica dei valori — allorché l’obiettivo sia quello dell’attuazione del valore a prescindere dai mezzi o dalla procedura seguiti — ed etica dei principi, certamente compatibile con i fondamenti dello Stato costituzionale, per i quali è rilevante il percorso seguito piuttosto che il risultato ottenuto, con la conseguenza che si supera, così, il criterio della sopraffazione di un individuo sull’altro.

⁽⁶⁾ Sono di grande interesse, in dottrina, le riflessioni di G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 2, 517 ss., sul tema della certezza del diritto in relazione con l’esistenza dello Stato costituzionale: è possibile che molti dei fattori di possibile certezza entrino in crisi nel contesto dello Stato costituzionale perché la certezza del diritto non appare più come il valore preminente, avendo ceduto il passo alla Costituzione: più si dà effettività alla Costituzione, più si ha certezza della legge; quando il diritto per regole presenta un più elevato grado di certezza rispetto al diritto per principi, la certezza del diritto “diventa un valore tra gli altri presenti nel pantheon costituzionale”, costantemente in bilanciamento con essi (si v. 535). Altri spunti di grande interesse sul tema della certezza del diritto, ma nell’ottica dell’attività del giudice come “attività di concretamento della norma”, si leggono in C. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano, 2022, 118 ss., laddove ripercorre il pensiero del filosofo Flavio Lopez de Onate.

Dalle poche considerazioni svolte, si può, pertanto, cominciare a trarre una prima conclusione: i principi di rango costituzionale sono quelli che, a pieno titolo, si collocano in posizione sovraordinata rispetto alla norma (processuale), la quale deve necessariamente richiamarli ed ispirarsi ad essi.

Oggi vanno posti sostanzialmente sullo stesso piano quelli di provenienza europea, secondo un'equiparazione che genera da occasioni risalenti, *in primis* l'adesione dell'Italia alla Comunità economica europea (CEE) — così definita in quel momento — nel 1957 ⁽⁷⁾.

La normativa sovranazionale e specialmente europea, rilevante ai fini della sua applicazione diretta sul processo civile, si incardina essenzialmente su due articoli: l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, che riconosce a tutti il diritto ad un equo processo sulle situazioni soggettive di cui siano titolari e l'art. 13, della stessa Convenzione, che riconosce a tutti il diritto ad un "ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale". Le norme appena ricordate rappresentano dei capisaldi del sistema giurisdizionale nazionale della tutela dei diritti, conformato alle stesse: da lì si evince che il diritto al giusto processo e ad un adeguato accesso al giudice per le tutele debba intendersi come un diritto fondamentale di ciascuno, perfettamente rientrante nel novero di quelle situazioni cui la normativa inter-

(7) Occorre segnalare anche il rilievo progressivamente crescente assunto, in ambito nazionale, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, datata 1950 ed entrata in vigore nel nostro Paese nel 1955; ma il suggello definitivo al primato di quelle norme rispetto alla legge ordinaria nazionale è stato impresso, nel 2007, da due fondamentali sentenze della Corte costituzionale, la n. 348 e la n. 349, entrambe del 24 ottobre, che riconobbero dignità (para)costituzionale alle regole poste dalla CEDU, cui le norme di produzione interna si sarebbero dovute adeguare, essendo, fondamentalmente, recessive. Il rafforzamento della primazia delle norme internazionali su quelle interne si è realizzato con l'emanazione della carta dei diritti fondamentali dell'UE, data a Nizza nel 2000, con conseguente rimodulazione della gerarchia delle fonti: al pari delle norme costituzionali, infatti, si debbono collocare quelle norme della Convenzione EDU e quelle della Carta europea dei diritti fondamentali; a seguire, vi sono regolamenti europei — di portata generale e direttamente applicabili all'interno degli Stati membri —, le direttive — che abbisognano di essere recepite in un provvedimento per poter esplicare i loro effetti —, infine le leggi dello Stato.

nazionale ricordata fornisce riconoscimento e tutela. Il soggetto tenuto ad assicurare che la normativa nazionale sia conforme ad essa è, naturalmente, lo Stato.

Altro fondamentale ruolo è svolto dalla giurisprudenza europea, *in primis* dalle pronunce della Corte di giustizia UE, vincolanti in toto per il giudice che ha effettuato il rinvio pregiudiziale, ma anche per gli altri giudici, quando si sia pronunciata sulla violazione di un diritto fondamentale (così, per es., espressamente, secondo C. cost., 7 giugno 2012, n. 150, che ha considerato *ius superveniens* un sopravvenuto mutamento di giurisprudenza della Corte EDU) (8).

In sintesi, la situazione odierna è tale che, anche in sede processuale e quindi con riguardo a quella normativa, il diritto internazionale, e specialmente se si tratti di norme convenzionali o eurounitarie, prevale su quello nazionale, per cui il legislatore ordinario non può che conformare le proprie regole a quei superiori principi, ai quali già la Carta costituzionale è conforme e si pone allo stesso livello (9).

Qualche problema interpretativo può sorgere, invece, per i principi che hanno una genesi diversa dalla Carta costituzionale

(8) Ma il ruolo delle pronunce della CGUE è fondamentale anche per la produzione ed il consolidamento progressivo di principi generali del diritto, dei quali nel testo della TUE si fa solo cenno: i principi in essa contenuti non hanno efficacia immediatamente precettiva, ma un'efficacia sostanzialmente di indirizzo, sia per il legislatore che per il giudice; se il diritto nazionale entra in contrasto con detti principi, il giudice (nazionale) può procedere alla diretta disapplicazione della norma interna, senza necessità del vaglio della Corte costituzionale: cfr., per chiarezza di riferimenti, R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, 124 ss.

(9) Il fenomeno è descritto come quello della "tutela multilivello", su cui v., solo esemplificativamente, G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *Giudice comune, diritti fondamentali, corti europee*, Pisa, 2020, 8 ss.; M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, disponibile on line dal sito ufficiale della Corte costituzionale, 1 ss.; E. MOTTESE, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: una integrazione "limitata"*, in *Fogli di lavoro per il diritto internazionale - Università di Catania*, 2010, disponibile on line; L. SALVATO, *La complessità del sistema delle fonti del diritto: le norme costituzionali e sovranazionali*, in *Quest. Giust.*, 2022, 1 ss.

o dalla normativa europea equiparata, sui quali occorre riflettere per comprendere l'effettivo ruolo che sono destinati ad avere nella formazione e nell'applicazione della legge ordinaria.

2. Norme del processo e norme sul processo: le ragioni di una scelta non solo lessicale.

Vorrei, a questo punto, tornando al dubbio espresso nell'*incipit* di questo contributo, cercare innanzitutto una definizione di norma processuale o di legge ordinaria processuale, definizione che non può vertere — anche se non ne può prescindere, ovviamente — tanto sulla fonte — codice di procedura civile o legge ordinaria —, piuttosto scontata, quanto sul contenuto e naturalmente sulla funzione ⁽¹⁰⁾.

Legge processuale è certamente quella che serve al processo, ma che serve per quale ragione, o per realizzare quale scopo? Essa è innanzitutto quella che fornisce al processo le sue regole, quindi consiste, da questo punto di vista, nell'insieme delle regole che consentono la vita e lo sviluppo di un processo, la sua articolazione; ma è anche quella che consente al processo il raggiungimento dello scopo che il sistema — *id est* l'insieme delle sue leggi — gli ha assegnato: la realizzazione della tutela dei diritti.

Pertanto due sono le prospettive attraverso le quali cercare di definire la legge processuale: quella strutturale e quella funzionale; ritengo di voler privilegiare, nell'indagine, la seconda.

Coerentemente, però, debbo innanzitutto richiamare un'idea

⁽¹⁰⁾ Un riferimento bibliografico fondamentale è, a questo punto, rappresentato dal contributo di S. LA CHINA, *Norma (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 411 ss.; ma più attuale riflessione è, invece, quella di B. CAPPONI - R. TISCINI, *op. cit.*, 10 s., sul tema dello sconfinamento della norma processuale civile dal contesto del codice di rito, in direzione di leggi speciali: ivi si fa riferimento spec. al d.r. n. 122/1941, legge sull'Ordinamento giudiziario, e alla l. n. 218/1995, Riforma del sistema di diritto internazionale privato; è imprescindibile, tuttavia, in premessa, la lettura di N. BOBBIO, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, in *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 2007, 71 ss., il quale parte dal riconoscimento della distinzione tra teoria strutturale del diritto, identificabile in ottica giuridica, e teoria funzionale del diritto, esaminabile in ottica sociologica.

di processo che sia con essa congruente: ritengo, infatti, che non si possa ragionare sul significato della legge processuale se prima non si abbia la consapevolezza di cosa sia il processo e poiché le “nozioni” (uso qui un termine volutamente generico) di processo sono varie e capaci di sottendere anche un fondamento ideologico, è necessario ancora una volta operare una scelta. Inizierò col pensare il processo come struttura procedimentale funzionale al diritto sostanziale, funzionale, cioè, alla realizzazione concreta delle prescrizioni sostanzialistiche e quindi del diritto del soggetto che, attraverso quelle prescrizioni, ne sia titolare, ogni volta che sia mancata la cooperazione di altro soggetto del rapporto giuridico e quindi sia necessario ricorrere al giudice ⁽¹¹⁾.

Recenti letture mi consentono una sintesi del mai completamente sopito problema del fondamento del processo e della sua natura; e qui subentra il profilo ideologico: secondo l’idea liberale, il processo è attività prevalentemente di parte, o per lo meno ampiamente disponibile per le parti e dalle stesse governata, che realizzano così l’istanza di tutela che ad esso aveva dato vita; secondo un’idea più progressista, ancorché risalente — perché origina dalle riflessioni di Giuseppe Chiovenda — il processo è attività (sempre di parte, ma) governata dal giudice in funzione della tutela delle parti. Si tratta della nozione più autenticamente pubblicistica del processo, che non esclude affatto, né ridimensiona, il ruolo delle parti, tenute costantemente ad un comportamento processuale attivo e che reciprocamente non limiti le prerogative dell’una o dell’altra, ma che, contemporaneamente, dia conto al giudice, il quale ha potere di direzione di quelle stesse attività ed è contemporaneamente responsabile e garante dell’attuazione del contraddittorio.

⁽¹¹⁾ Cito qui, per primo e un po’ per tutti, lo Studioso che, con grandissima chiarezza ed in plurime occasioni, ha sostenuto la tesi che ho sinteticamente replicato nel testo: A. PROTO PISANI, *I rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 37 ss., tesi successivamente ribadita in altri scritti; sulla stessa linea, I. PAGNI, *L’effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Studi dedicati a Maurizio Converso*, cit., 387; ma anche R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, 13 ss.

Se la scelta preferenziale cade sull'idea che il processo è una struttura pubblicistica, quindi governata dal diritto pubblico, già così si delinea lo spazio dell'indagine sulla norma processuale, che è quello, appunto, del diritto pubblico⁽¹²⁾. Detta profilazione appare coerente, da un lato, con la necessità di respingere qualunque tentativo, anche normativo, di fare del processo un'attività privatistica di reciproco scambio tra le parti; dall'altro, con la necessità di allineare il processo ai ranghi dell'attività giuri-

(12) Sembra dubitare della natura pubblicistica del diritto processuale civile G. RUFFINI, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2023, 68 s., attraverso una triplice motivazione: il giudice statale, pur munito di poteri autoritativi, «trova la propria legittimazione nell'intera collettività e non nello Stato apparato»; la sua posizione non è quella di un pubblico funzionario perché i suoi atti sono riferibili «all'ordinamento nella sua universalità»; appartiene all'ambito della giurisdizione civile anche l'attività processuale svolta dagli arbitri, che non sono (art. 813, comma 2, c.p.c.) né pubblici ufficiali, né incaricati di pubblico servizio. Non tutte le segnalate motivazioni mi trovano d'accordo, in particolare non la prima, perché a mio avviso il giudice trova la sua legittimazione solo nella legge; non la terza, perché malgrado la progressiva giurisdizionalizzazione dell'arbitrato, attraverso le varie riforme che si sono succedute a partire dagli anni '90 del secolo scorso, il processo arbitrale continua ad essere un processo privato, ancorché il lodo finale produca *ex lege*, almeno se rituale, gli stessi effetti della sentenza di giudice. Negli anni '70 del secolo scorso, in un momento in cui il sistema italiano non aveva ancora sperimentato la riforma del processo del lavoro, S. CHIARLONI, *Diritto processuale civile e società di classi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 733 ss., poi ripubblicato in un volume dal titolo *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino, 1975, spec. 22 ss., sosteneva che l'impronta pubblicistica delle riflessioni di Chiovenda era stata del tutto emarginata e il processo civile, sia nelle forme ordinarie del II libro, sia in quelle dei processi speciali, mostrava una chiara impronta classista: la premessa di ciò era rappresentata dal fatto che «le leggi processuali – rispecchiando in ciò le leggi sostanziali – hanno come loro cardine la celebrazione della proprietà privata e del suo uso capitalistico». Sull'indiscutibile natura pubblicistica del processo civile, che pure si occupa della tutela di situazioni soggettive tipicamente privatistiche, A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, 4 ss. Tra le riflessioni più recenti è particolarmente interessante quella di G. VERDE, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente*, in *Id.*, *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti*, Torino, 2023, 5 ss., il quale riflette sul passaggio, sempre restando nell'orbita della nozione pubblicistica del processo, dall'idea chiovendiana della giurisdizione come “potere” a quella attuale di giurisdizione come “servizio” (si v. 8 ss.), che pone l'accento sull'aspetto funzionale dell'atto processuale più che sulla sua natura, imponendo una diversa idea anche della forza di giudicato, che non si sorregge più sulla soggezione degli *omnes* all'atto concretizzante l'esercizio di un potere, bensì sull'“in sé del servizio richiesto”, presupponente la giustizia della modalità di svolgimento del processo, che abbia garantito costantemente alle parti le proprie difese.

sdizionale, indubbiamente pubblicistica, connotata dalla presenza imprescindibile del giudice.

La norma processuale, pertanto, non può che essere una norma di diritto pubblico, dal punto di vista della sua collocazione formale, e non può che essere una norma strumentale rispetto a quelle sostanziali, che disciplinano staticamente l'identità delle situazioni giuridiche sostanziali e dei soggetti che ne sono titolari: la strumentalità delle prime si realizza proprio nella funzione, che esse esplicano, di determinare meccanismi di tutela delle situazioni giuridiche narrate nelle seconde ⁽¹³⁾.

La breve ricognizione sin qui fatta rappresenta la base su cui costruire la riflessione sui rapporti tra principi e norme alla quale mi accingo, precisando ancora una volta che i percorsi da seguire sono quello genetico e quello funzionale, per cui si partirà dal momento dell'immissione nel sistema del principio stesso, quindi si tenderà verso l'esame dell'incidenza che principi e norme producono sul risultato di tutela giurisdizionale di un diritto, scopo effettivo del processo.

3. I principi che governano il processo e la loro genesi.

Sono partita da una premessa che è giunto il momento di approfondire: la genesi diversa dei principi che governano il processo e le eventuali conseguenze sui risultati dello stesso.

Afferma Remo Caponi che non esistono principi "sul processo" ma solo principi "comuni a diversi tipi di processo" ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Già A. Rocco, *L'interpretazione delle leggi processuali*, Roma, 1906, 16 ss., definiva la norma processuale "secondaria" rispetto a quella di diritto materiale.

⁽¹⁴⁾ Id., *Autonomia del processo costituzionale*, ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, II, Milano, 2022, 937. Rileggendo le pagine di L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica*, cit., 240 ss., i principi riferibili al processo, in particolare a quello civile, si possono ricondurre alla categoria che l'A. definiva «dogmatici assiomatici», principi che, avendo, appunto, valore assiomatico, «non hanno bisogno di alcuna giustificazione di ordine sostanziale»; all'interno di questa categoria, poi, i principi su cui qui si discute possono ricondursi alla sottocategoria delle c.d. «disposizioni di principio», principi dogmatici «espressi», cioè «formulati dallo stesso legislatore nella veste di norme – principio»: qui l'A. richiama (nt. 9 di pagina 241) Crisafulli, che così definisce i principi formulati nella «nuova costituzione del 1947».

L'affermazione si può, in buona parte condividere. Il principio, specialmente con riferimento a quello di genesi costituzionale, per sua natura deve coprire uno spettro ampio il più possibile; è evidente, però, che essendo differenti le ragioni fondanti le tre macro-categorie di processo previste nel nostro ordinamento — quello penale, quello civile e, in buona parte, quello amministrativo —, difficilmente i principi generali potranno fungere in tutte le direzioni. In conseguenza anche l'indagine cui mi appresto incontra un primo confine delimitato dal processo civile e quindi da quelli che più specificamente lo governano.

Sui fondamentali principi di genesi costituzionale che presiedono al processo civile si sono spese numerose pagine ed espresse molteplici opinioni, che non si possono qui ripercorrere. Vorrei però segnalare una prima particolarità, la diversa collocazione di essi all'interno della stessa Carta: gli artt. 24, comma 1, e 25, comma 1, in parte prima e nel titolo dedicato ai rapporti civili; l'art. 111 nel titolo IV dedicato alla magistratura, più specificamente alla giurisdizione. Occorre inoltre precisare che l'art. 24 si può considerare norma precettiva, di diretta applicazione, mentre l'art. 25, comma 1 e, ancor più, l'art. 111, commi 1, 2, 6 e 7, sono programmatiche, contengono quindi una riserva di legge ordinaria destinata a dare alle stesse attuazione ⁽¹⁵⁾.

In particolare con riguardo alla generalità (e atipicità) del diritto di azione, l'ottica prescelta dal costituente è soggettiva, è quella del titolare, dell'avente diritto, appunto: il costituente non vuole spiegare cos'è il diritto di azione, ma riconoscerlo in capo a "tutti", almeno entro il limite della dimensione spaziale di appli-

⁽¹⁵⁾ Non sembra concordare con l'opinione espressa nel testo — ancorché credo che appaia necessario osservare a fondo lo spirito delle sue parole — G. MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, ora in *Scritti sul processo civile*, Roma, 2012, 233 ss., secondo il quale, dopo aver ribadito lo spessore del nuovo art. 111 e del suo rango di norma costituzionale, afferma che quella è norma «di immediata efficacia precettiva nei riguardi del legislatore dei giudici e dei cittadini»; essa ha, inoltre, «un'efficacia dichiarativa, non costitutiva, avendo avuto il merito di rendere esplicito e incontrovertibile quel che già costituiva il presupposto implicito, ma non per questo oscuro, del nostro sistema giudiziario».

cazione della Carta — quella dello Stato — ed evocando chiaramente altro e generale sovrano principio, che è quello contenuto nell'art. 3, il principio di uguaglianza ⁽¹⁶⁾.

L'art. 111, invece, almeno per i commi 1, 2, 6 e 7 che riguardano la giustizia civile, incontra come destinatari una categoria comunque più ristretta di cittadini, coloro che sono concretamente coinvolti nell'attività giurisdizionale, come parti o come giudici.

A mio avviso i principi c.d. consacrati, che ho appena ricordato, a prescindere dal loro carattere precettivo o programmatico, svolgono un ruolo chiaro ed inequivocabile, di orientamento e delimitazione di confini, della norma processuale, sia nel momento della sua redazione, sia, soprattutto, nel momento della sua applicazione. Essi, come ho già accennato, operano in una duplice direzione: il legislatore ordinario è tenuto ad osservarli per imprimere alla legge processuale, che si accinge a redigere, una direzione univoca con il principio, una evidente congruenza con esso, che potrà essere giudicata a posteriori comunque solo dalla Corte costituzionale, in sede di giudizio di legittimità della specifica norma; il secondo destinatario della regola di congruenza tra norma processuale ordinaria e principio costituzionale, è certamente il giudice, che se ne deve far carico al momento dell'interpretazione, finalizzata all'applicazione di essa: qualsivoglia dubbio interpretativo non può che essere risolto nell'ottica del principio sovrastante, salvo il potere di impugnazione della sentenza ad opera delle parti ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Il tema della generalità/atipicità del diritto di azione è stato condiviso da tutta la dottrina processualciviltistica, ma è attribuibile a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist. Napoli, 1960, 16 ss., il quale estrapolò il diritto-potere di agire in giudizio dalla sfera del diritto soggettivo tutelando, rendendolo autonomo da esso e funzionale (anche) alla realizzazione della volontà di legge, oltre che alla realizzazione concreta del diritto soggettivo violato.

⁽¹⁷⁾ Non mi intratterò sul tema del giudizio di costituzionalità delle leggi, in particolare di quelle processuali, tuttavia non posso esimermi dal richiamare, qui, il pensiero di V. ANDRIOLI, *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 529 ss., oggi in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, 160 ss., spec. 178 ss., dove l'A. vede il fondamento del giudizio di costituzionalità di una legge in «un giudizio di valore sulla opportunità costituzionale di consentire al testo di continuare a

Riprende qui il mio dialogo con Andrea Panzarola, in particolare dalla rilettura del capitolo VI della monografia già citata sopra; il riferito capitolo è dedicato a Carnelutti e i principi, tra metodo dogmatico e teoria generale del diritto: *ivi* l'Autore, dopo aver evidenziato come attraverso la teorica carneluttiana il ruolo fondamentale dei principi sia integrativo, sia, cioè, quello di colmare lacune o antinomie dell'ordinamento, riferisce pure che secondo il Maestro, i principi generali "non sono diritto" perché il diritto è solo "comando" e quindi, evidentemente, i principi non sono comandi (18).

Passerà del tempo per la progressiva affermazione dei principi nel processo civile, tempo nel quale irrompono la Costituzione del 1948 e la successiva affermazione delle tesi di Vezio Crisafulli (19), sull'esistenza (di principi) del diritto costituzionale "prima e indipendentemente dalla legge ordinaria". Da lì un crescendo di attenzione per gli stessi da parte dei processualisti che, come afferma l'Autore con cui sono in ideale colloquio (si veda a pagina 196), continuano a muoversi nella duplice dimensione delle regole e dei principi.

Questa affermazione, che non posso non condividere, è semplicemente il frutto della evoluzione del sistema normativo nel

produrre oppur no proposizioni normative»; dalle parole di Andrioli trae spunto G. VERDE, *Sul potere giudiziale*, cit., 266, per affermare che il giudizio della Corte costituzionale su disposizioni che esprimono "valori" proietta le sue decisioni sul futuro, diversamente da quelle dei giudici ordinari, che "dovrebbero riguardare il passato".

(18) Da qui si spiega, secondo l'A., il ruolo assolutamente marginale dei processualcivili nel convegno pisano del 1940 sui "principi generali dell'ordinamento giuridico fascista" (in particolare 189-190); del convegno pisano del 1940 si occupa anche G. VETTORI, *Effettività della tutela (dir. civ.)*, in *Enc. Dir. Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss., spec. 384 s., il quale precisa che il codice che in quel momento era in preparazione non appariva allineato all'ideologia del tempo ed allora «i principi sovrapposti al codice e a tutto l'ordinamento dovevano consentire questo allineamento»; i giuristi dell'epoca espressero subito molte perplessità, all'esito delle quali fu scritto l'art. 12 disp. prel. «che fa riferimento ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

(19) *Id.*, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, come citato da Andrea Panzarola in nt. 18 di p. 191 della monografia di cui sopra. Il passare del tempo era riuscito a scongiurare l'equiparazione tra principio e ideologia, conducendo il primo verso la direzione della regola di rango superiore.

suo complesso, operato dall'avvento della Carta e, successivamente, dalla concreta operatività della Corte costituzionale. Ma il risultato odierno, ormai consolidato, è quello dell'applicazione diretta dei principi, in una duplice direzione: quella del giudice, che in più occasioni ne fa concreta applicazione al caso concreto, ma anche quella del cittadino, che è tenuto, col suo comportamento, ad uniformarsi ad essi, a prescindere dalla mediazione di una norma ordinaria ⁽²⁰⁾.

4. Poche e semplici considerazioni sul tema dell'interpretazione delle norme processuali.

Quasi in via incidentale, ma ineludibile, desidero fare poche considerazioni sul tema dell'interpretazione della norma, nel caso di specie quella processuale. Il tema è enorme, ha impegnato generazioni di studiosi, principalmente sostanzialisti, ed esigerebbe uno studio a sé stante; ma non è questo l'oggetto del presente contributo, per cui mi limiterò, appunto, a poche riflessioni.

Il fondamentale punto di partenza è rappresentato dall'art. 12 disp. prel. c.c., il cui primo comma è norma di carattere generale, che può ritenersi comprensivo, nel suo ampio novero, anche della legge processuale, mentre il secondo comma si occupa, più specificamente, della regola ermeneutica da osservare per la decisione di una determinata controversia.

In linea generale, la corretta applicazione della legge si realizza attribuendo ad essa il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e (fatto palese) dalla intenzione del legislatore» ⁽²¹⁾. La suddetta regola generale, tuttavia, non appare esaustiva per un'indagine sull'ermeneutica

⁽²⁰⁾ La spiegazione concisamente offerta nel testo mi pare trovi riscontro nelle riflessioni di G. PINO, *La certezza del diritto*, cit., 543 ss., il quale, preso atto che col passaggio dallo Stato legislativo allo Stato costituzionale «il meta-valore non è più la certezza ma il pluralismo» (testo e nt. 41 per importanti riferimenti dottrinali), afferma, in conseguenza, che «la costituzione è documento giuridico pienamente normativo ... suscettibile di applicazione giudiziale (diretta o indiretta)»; «la certezza della legge viene indebolita dalla effettività della costituzione» (in particolare 536).

⁽²¹⁾ B. CAPPONI - R. TISCINI, *op. cit.*, 136 ss.

della norma processuale.

Il secondo comma dello stesso art. 12, come ho già accennato, è più specificamente funzionale all'interpretazione, in sede decisoria, di una controversia, quindi certamente più vicina alle problematiche della legge processuale, ancorché non esclusivamente ad essa, essendo necessaria, per potersi decidere una controversia e quindi per un corretto ed efficace esercizio di potere giudiziale, innanzitutto l'individuazione e l'interpretazione della norma sostanziale a cui sia riconducibile il caso concreto ⁽²²⁾. Tuttavia su questa base si costruisce il profilo oggettivo dell'interpretazione delle norme, in

(22) L'aspetto funzionale dell'interpretazione è particolarmente evidente in L. MEN-
GONI, *Metodo e teoria giuridica*, cit., 161, secondo il quale l'interpretazione si compie
solo come risoluzione di un problema pratico: domanda e risposta. Già T. ASCARELLI, *Pro-
blemi giuridici*, I, Milano, 1959, 12, parlava dell'interpretazione come (attività) non coin-
cidente con il dato interpretato, ma come «ricostruzione» che si svolge «sempre ricondu-
cendosi al dato interpretato eppur sempre modificandolo»; «l'interprete continuamente
costruisce una tipologia della realtà sociale in funzione dell'applicazione della norma»:
sembra quindi, dalle riflessioni dell'A., che non si possa semplicemente assumere una
norma e fornirne una lettura, ma che l'interpretazione appare come una sorta di costruzio-
ne realizzata attraverso la norma e il significato che l'interprete le attribuisce attraverso
il riferimento alla fattispecie astratta; l'interpretazione è dunque «attività creativa, non
logico-deduttiva, ma vincolata ai valori che la società in quel momento esprime»: così
secondo M. STELLA RICHTER, Voce dedicata a *Tullio Ascarelli*, in *Treccani Diritto on line*,
2012, § 3. Ancor prima dell'opinione di Ascarelli, il problema dell'interpretazione aveva
interessato studiosi come A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, cit., 10 ss.,
il quale — come già riferito sopra, nt. 13 — afferma la natura “logica” e non giuridica
delle norme di interpretazione, così come, espressamente, la natura di norme secondarie
o norme-mezzo, alle leggi processuali, evidentemente, rispetto alle norme sostanziali. Il
duplice profilo dell'interpretazione evidenziato nel testo, oggettivo e soggettivo, trova
corrispondenza nelle riflessioni, prima di E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*,
Padova, 1984, 6 ss., 19 ss. ed oggi, di A. CARRATA, *Il giudice e l'interpretazione
della norma processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 159 ss., il quale evidenzia,
per l'interpretazione della legge processuale, una «contiguità fra oggetto (disposizione) e
soggetto (giudice) ... che manca quando oggetto dell'interpretazione sia una disposizione
di natura sostanziale». Lo sviluppo del saggio di Antonio Carrata è articolato sul pensiero
di Emilio Betti e sui limiti di applicazione dei canoni ermeneutici bettiani alle norme
processuali; tuttavia il tema appena ricordato della “contiguità” soggetto-oggetto ricorre
costantemente, per cui, secondo l'A., il giudice, se interpreta la norma sostanziale, «sta
decidendo dell'operato dei contendenti», mentre nel caso dell'interpretazione e dell'ap-
plicazione della norma processuale, «sta valutando il proprio operato»: è direttamente lui
il destinatario della norma e del precetto, in quanto, riprendendo il linguaggio bettiano,
chiamato a dare attuazione al precetto.

particolare di quella processuale; ma altrettanta incidenza sulla delimitazione del problema dell'interpretazione è rivestita dal profilo soggettivo; in particolare per la legge processuale, quell'attività è espressamente demandata al giudice: solo a lui spetta il compito di interpretarla; qualunque altro soggetto che si accingesse a farlo non è, naturalmente, impedito da una legge o da un atto amministrativo, ma il suo tentativo sarebbe assolutamente irrilevante.

La suddetta considerazione, peraltro, mi sembra possa intendersi come un rafforzativo di quel criterio funzionale che ho cercato di convalidare a fondamento dell'indagine sulla legge processuale ⁽²³⁾.

Il processo interpretativo della norma processuale, pertanto, si dipana attraverso due percorsi o direzioni: il primo è quello del rapporto tra la norma ordinaria di specie ed il principio, di volta in volta, generale — riguardante, cioè, tutto il processo — oppure specifico, di quella parte del processo cui la norma in esame appartiene; il secondo percorso è quello funzionale: la lettura, o interpretazione della norma processuale non può che essere finalizzata, come dice lo stesso art. 12, comma 2, disp. prel c.c., alla risoluzione della controversia, a trovare, cioè, la modalità di sussunzione del caso concreto nella norma astratta, affinché il primo possa risolversi in attuazione del bisogno di tutela dell'istante ⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ All'interno della presente riflessione, appare particolarmente significativa l'opinione di Andrea Proto Pisani, il quale parla dell'interpretazione come di lettura congiunta "in combinato disposto" di principi e norme: v. ID., *L'ineliminabile irrompere dei valori*, cit., 136: essa appare in linea, secondo la riflessione di G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, 62 ss., con quel che l'A. definisce «interpretazione dottrinale», di tipo speculativo, non direttamente finalizzata all'applicazione, come è invece quella giudiziaria (ivi, 61 ss.), destinata all'adozione di decisioni autoritative su casi concreti; l'opinione trova, inoltre, conforto nella riflessione di altri studiosi che sul quel tema lo hanno preceduto: v. per es., significativamente, quella di L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica*, loc. ult. cit., sul quale v. anche, più specificamente, *infra*, nt. 25, nonché quella di A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi*, cit., 10 s. già ampiamente richiamata.

⁽²⁴⁾ Sono chiare ed esaustive le parole di E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, cit., 38 ss., sull'interpretazione "adeguatrice" ai principi (costituzionali) e contemporaneamente "al passo con la storia"; ma in linea con esse anche le considerazioni più recenti di G. PINO, per le quali v. *supra* nt. 23.

La soluzione così brevemente prospettata riconosce il ruolo imprescindibile dei principi nel complesso della normazione generale sul processo, tale che l'interprete è tenuto ad effettuare una lettura della seconda in senso orientato esattamente verso di essi, sia nel caso in cui siano sovraordinati, sia in quello in cui siano pariordinati (v. per es., in tale duplice senso, il principio del contraddittorio, contenuto nella Costituzione così come nel codice di procedura civile).

L'inquadramento della norma processuale come delineato attraverso una lettura che origini dall'art. 12, comma 2, disp. prel., trova conforto in opinioni molto autorevoli, anche se meno recenti: nel pensiero di Giuseppe Capograssi, ma anche in quello di Salvatore Satta, è invalsa l'idea della norma giuridica — e, credo di poter aggiungere, specialmente di quella processuale — come funzionale alla risoluzione di problemi pratici ⁽²⁵⁾. Ma se questo è il profilo funzionale della norma processuale, quello strutturale, come ho già accennato, non può non passare attraverso la convergenza di essa con i principi, convergenza che spetta primariamente all'interprete riscontrare.

Quelli sommariamente enunciati sono parametri generali a sostegno del procedimento ermeneutico di una norma; c'è da chiedersi, tuttavia, se e quanto possano influire su quel procedimento i mutamenti sociali ed economici che si verificano all'interno del territorio nel quale si estende l'efficacia della norma.

Arturo Rocco sosteneva che il diritto processuale non risen-

⁽²⁵⁾ Il pensiero di Capograssi cit. nel testo è ripreso e sintetizzato da L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica*, cit., spec. *Attualità di Giuseppe Capograssi*, 229 ss., in cui l'A. col quale intrattiene il dialogo si esprime proprio in questi termini: «la scienza giuridica è una scienza ermeneutica, orientata non all'esegesi di testi, ma alla soluzione di problemi di decisione pratica» (v. spec. nt. 7 di pagina 231). Il ruolo dell'interpretazione secondo S. SATTA, *Quaderni del diritto e del processo civile*, IV, Padova, 1970, 10 ss., è quella di elemento centrale del rapporto tra il giudice e la legge: oggi, dopo il «travaglio delle rivoluzioni che hanno scosso il mondo», «se il giudice dipende dalla legge, anche la legge dipende dal giudice, onde è necessario trovare il punto di incontro tra questi due ineliminabili elementi»: esso è rappresentato dall'interpretazione, «è la stessa legge che si affida al giudice per il suo concretamento» (pagina 13).

te, se non limitatamente, l'influsso dei mutamenti sociali (26). È un'opinione che oggi presenta una limitata valenza; non può, inoltre, non considerarsi il ruolo di quell'interpretazione evolutiva che la giurisprudenza, specie di legittimità, costantemente offre, a volte addirittura incidendo sui principi, specialmente nel senso di riformularne l'applicazione o addirittura di elaborarne di nuovi, che essa impone, da quel momento in poi, come regole ermeneutiche, condizionando il percorso decisionale degli stessi nella direzione configurata: si pensi, per es., alla genesi ed alla storia del principio di ragionevole durata del processo, sul quale tornerò più avanti.

Oggi, a mio avviso, l'incidenza dei fenomeni socio-economici ed anche culturali sul complesso delle norme processuali è evidente e, direi, inevitabile. Il sistema giuridico è, in certo qual modo, avvitato: il recepimento di istanze socio-economiche e culturali induce il sotto-sistema normativo ad una revisione costante, la quale, ovviamente, non può non conformarsi a quelle istanze, che vengono veicolate attraverso l'attività parlamentare ed improntano di sé le norme, soggette a rapida e frequente rimodulazione. Per esempio, nel momento in cui si diffonda nella società, e specialmente nei settori economici di essa, l'idea che la lunghezza e farraginosità strutturale del processo civile impediscano un'adeguata diffusione degli investimenti, in Italia, da parte di imprenditori esteri, è evidente che quell'idea non può non sollecitare il legislatore alla modifica delle norme processuali, le quali, pur congruenti con fondamentali principi di rango costitu-

(26) *Id.*, *L'interpretazione delle leggi processuali*, cit., 16 ss.: la considerazione fatta dall'A. presuppone un concetto, già riportato sopra, di norma processuale come "secondaria" rispetto a quella di diritto materiale; tuttavia, precisa l'A. (in particolare 22 ss.), il diritto processuale non è del tutto insensibile ai nuovi rapporti e nuovi bisogni sociali: esso, inteso «come complesso di norme regolatrici di una funzione dello Stato», non può non risentire dei mutamenti che, per il trasformarsi delle idee politiche e sociali, subisce il concetto dello Stato, dei suoi compiti, delle forme e degli scopi della sua attività». Non esattamente nello stesso senso SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 38, secondo il quale «il concetto del diritto ... deve contenere l'idea dell'ordine sociale», quindi «il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto ..., è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge ...».

zionale e non, sembrano non riuscire a rispondere adeguatamente ad istanze, certamente non normative, ma economiche, allora ritenute fondamentali.

Nel momento successivo, in cui il giudice si troverà ad interpretare la nuova norma per addivenire alla risoluzione di un caso concreto, dovrà, oltre che tenere in considerazione i classici criteri ermeneutici sopra sommariamente riferiti, anche tener conto del nuovo profilo funzionale — perché in fondo di quello si tratta — che la norma, nuova a sua volta, contiene: essa dovrà ottemperare anche ad istanze economiche e quindi, come concretamente accade, l'accelerazione impressa dal legislatore al processo attraverso le nuove norme dovrà orientare il giudice almeno con riguardo ai poteri discrezionali che gli sono attribuiti, i quali dovranno essere esercitati essenzialmente in ottica di accelerazione dell'esito del processo, pur senza che si violino, naturalmente, classici principi essenziali come quello del contraddittorio ⁽²⁷⁾.

Spesso quando un'idea nuova comincia a pervadere la società, è la Corte di cassazione che se ne fa carico, secondo due possibili modalità: o recependo direttamente quell'istanza ed elaborando un criterio di giudizio che applica al caso concreto, criterio che, con ogni probabilità, in un momento successivo verrà tradotto in norma giuridica (del tema mi occuperò nelle pagine seguenti); oppure fornendo nuova interpretazione di norme già esistenti, in senso conforme alle nuove istanze socio-economiche: esempio di tale seconda modalità è quanto accaduto, in tema di ragionevole durata del processo, per es. con la mutata lettura, da un certo momento in poi, dell'art. 37 c.p.c., sul rilievo del difetto di giurisdizione ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Ancorché in ambito sostanzialistico, ma forse non solo, già da tempo pregevoli studiosi hanno ritenuto di poter superare lo spazio fisico di applicazione delle norme giuridiche in favore di uno spazio molto più ampio e connotato dalla preponderanza di rapporti economici, rappresentato dai mercati: così N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Bari, 2006, 49 ss.

⁽²⁸⁾ Quello cit. nel testo è solo un esempio, ma piuttosto eclatante e molto discusso tra gli interpreti; si tratta della decisione con la quale le Sezioni unite diedero il definitivo via libera a quel filone interpretativo che, sulle questioni più disparate, induceva la Supre-

Proprio in ragione di queste poche considerazioni fatte sul tema dell'interpretazione della norma processuale, si può provare a trarre una prima conclusione: Il comma 2, dell'art. 12 disp. prel. continua a rappresentare il punto di partenza per l'esercizio dell'attività ermeneutica di una norma processuale, tuttavia non si può non prendere atto del fatto che le regole ermeneutiche, col tempo, mutano, ne emergono di nuove, e quindi, anche da quel punto di vista, sussiste una variabilità delle stesse che, se da un lato, favorisce un approccio più attuale e concreto — forse anche più effettivo — alla norma, dall'altro può, a volte, apparire discutibile, quando non destabilizzante ⁽²⁹⁾.

5. Lettura di principi e norme attraverso l'attività giurisprudenziale.

La breve sintesi appena svolta sull'attività ermeneutica di una norma processuale mi consente di tornare sul tema dei principi, che — come ho già detto — se di rango costituzionale, sono fondanti, sia al momento dell'elaborazione della norma da parte del legislatore, sia al momento dell'interpretazione della stessa da parte del giudice. Sono quelli che, come ho già avuto modo di precisare sopra, sono vincolanti, per cui l'adeguamento agli stessi si rende necessario in entrambe le fasi appena delineate.

ma Corte ad una rimodulazione, spesso radicale, della lettura di una norma processuale, in omaggio ad un principio dalla stessa elaborato o rielaborato, capace di modificare completamente le sorti del processo al quale venisse applicato. Nella fattispecie si trattava della decisione di Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, con la quale la Corte declinò innovativamente la nozione di giudicato implicito su questione processuale — nel caso di specie il difetto di giurisdizione — in omaggio proprio al principio di ragionevole durata del processo. Tra i numerosi commentatori della sentenza, mi limito a segnalare S.A. VILLATA, *Efficacia «panprocessuale» della pronuncia implicita sulla giurisdizione contenuta in sentenza di merito passata in giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1032 ss. e, *si vis.*, G. BASILICO, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263 ss.

⁽²⁹⁾ È di grande interesse la conclusione rassegnata, alla fine delle sue riflessioni, da G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 347 ss., il quale riconosce all'interpretazione un ruolo "integrativo" delle norme, tale che la stessa abbia una valenza "materialmente costituzionale".

C'è da chiedersi, a questo punto, quale sia il livello di vincolatività espresso dagli altri principi, quelli la cui genesi non è nella Carta fondamentale, ma che sono entrati comunque a far parte del sistema, pur muovendo dall'elaborazione giurisprudenziale.

Affinché quella vincolatività si realizzi è necessario, a mio avviso, che quello che nasce come criterio interpretativo in seno all'attività giurisprudenziale trovi, ad un certo momento, ingresso nel sistema normativo, almeno a livello di legge ordinaria; occorre, cioè, che il legislatore lo recepisca e lo condivida, imprimendo ad esso quella capacità di espansione *erga omnes* che è propria della legge e non solo della pronuncia giurisprudenziale. Occorre, cioè, che il criterio da essa elaborato venga tradotto in una norma, capace, appunto *erga omnes*, di generare quell'obbligo di conformazione.

Ma qui si inserisce necessariamente un altro tema, quello del rapporto e dei reciproci limiti, tra la pronuncia del giudice — in particolare di legittimità — e il prodotto dell'attività legislativa. Il tema si è delineato spesso, negli ultimi decenni, nelle discusse forme del “*prospective overruling*”, cioè del mutamento di opinione, a partire da un certo momento, della Corte di cassazione, la quale modifica la lettura e quindi l'interpretazione di una norma, rispetto ad un orientamento sino a quel momento consolidato e sul quale le parti del processo avevano fatto affidamento, andando in direzione differente, se non addirittura opposta alla precedente; e tutto questo a valere non, ovviamente, per il futuro, ma proprio perché siamo in ambito giurisprudenziale e non normativo, a valere da ora, cioè dal caso concretamente sottoposto all'esame della Corte in quel momento ⁽³⁰⁾.

(30) Per una disamina accurata sia del percorso evidenziato nel testo, che delle ipotesi maggiormente significative esaminate dalla giurisprudenza, v. B. CAPPONI - R. TISCINI, *op. cit.*, 136 ss., spec. 141 ss., i quali si pongono — e pongono al lettore — l'interrogativo se la giurisprudenza si debba considerare fonte di diritto, fornendo, nelle pagine successive, una ovvia e condivisibile risposta negativa; l'opinione, tuttavia, non è uniforme: precisa R. CAPPONI, *Prospective overruling. Bilancio di una vicenda*, in *Dogmatica giuridica*, cit., 211 ss., spec. 214, che in presenza, oggi, di un assetto normativo pluralistico (le c.d. fonti multilivello), «sono venute meno le ragioni storiche» a sostegno della negazione

Il descritto fenomeno, come si è costantemente rilevato, produce effetti particolarmente dirompenti sulla legge processuale, proprio per la sua immediata e diretta incidenza su processi pendenti, che vedono cambiarsi “le regole del gioco in corsa”⁽³¹⁾, durante, cioè, lo svolgimento degli stessi, con conseguenze a volte nefaste sui diritti delle parti. Sui rimedi a quelle conseguenze si è variamente discusso, sia in dottrina che in giurisprudenza; la soluzione maggiormente diffusa tra gli interpreti è quella della rimessione in termini della parte che abbia, senza sua colpa, subito le conseguenze processuali della nuova interpretazione di una certa norma, offerta dalla giurisprudenza, confidando nella diversa interpretazione già consolidata⁽³²⁾.

Posto così il problema, il ruolo della norma e quello della decisione di giudice potrebbero apparire se non identici, per lo meno molto vicini. In realtà la differenza è marcata, essendo il

del carattere di fonte di diritto delle pronunce giurisprudenziali, «la direzione di marcia è segnata».

⁽³¹⁾ R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, 311.

⁽³²⁾ Il caso maggiormente rappresentativo — anche se non il solo — di *overruling* giurisprudenziale è quello relativo alla estensione della regola sulla dimidiazione del termine di comparizione, di cui all’art. 645, comma 2, c.p.c., al termine di costituzione dell’opponente, in un processo di opposizione a decreto ingiuntivo: la relativa decisione è stata assunta dalle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza 9 settembre 2010, n. 19246, molto contestata dalla dottrina e quindi oggetto di grande attenzione da parte di essa: v. *ex multis*, R. CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in *Judicium.it*, 2010; C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d’interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1337 ss.; per una ricostruzione del percorso che ha condotto le Sezioni unite a quella pronuncia, nonché dei successivi interventi anche normativi sul punto, v. G. BASILICO, *Le modifiche relative al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010 – 2013*, a cura di C. PUNZI, Torino, 2013, 229 ss. Sul tema della rimessione in termini nelle ipotesi di decadenza dall’esercizio di un potere processuale di parte, a causa del mutato orientamento interpretativo intervenuto, è favorevole, *ex multis*, G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell’interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1390 ss., mentre opera del distinguo, scandagliando il rapporto tra affidamento incolpevole e dovere di precauzione, G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, *ivi*, 1073 ss., spec. 1090 ss.

nostro sistema giuridico-processuale improntato al principio di non vincolatività assoluta della pronuncia giurisprudenziale⁽³³⁾; pertanto *ab origine* il rapporto tra la pronuncia giurisprudenziale — e quindi il principio di diritto in essa contenuto — e la legge è totalmente divaricato. Come è noto, il principio di diritto espresso dalla Suprema Corte, ancorché a sezioni unite, non vincola in assoluto tutti gli altri giudici che si occuperanno dello stesso caso o di casi analoghi e nemmeno, in certa parte, quello di rinvio in quella causa, il quale, motivando adeguatamente, può dissentire da esso. Sul tema, tuttavia, il legislatore degli ultimi anni e delle ultime riforme è intervenuto con un tendenziale rafforzamento del vincolo prodotto dalla decisione di legittimità, almeno nel caso in cui essa si fosse consolidata in un certo arco di tempo: il pensiero corre, per es., all'art. 360-*bis* (introdotto con la l. n. 69/2009) e specialmente al n. 1, che sanziona l'inammissibilità del ricorso in cassazione allorché il provvedimento impugnato abbia deciso una questione di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e lo stesso non contenga elementi idonei a modificare l'orientamento consolidato⁽³⁴⁾.

Diverso è il ruolo delle norme. Osservando il fenomeno in senso ascendente e riferendoci specificamente alla norma processuale, sia le parti che il giudice sono tenuti all'osservanza rigorosa delle stesse ed alla conformazione ad esse, rispettivamente,

⁽³³⁾ È di interesse la riflessione di L. PASSANANTE, *Quando l'apparenza inganna: pronunce «ampliative» di diritti processuali e tutela dell'affidamento*, in *Foro it.*, 2019, I, 969 ss., il quale contesta la scelta rimediabile della rimessione in termini propria di tanta dottrina, riconoscendo la validità e l'opportunità della stessa solo nel caso in cui l'applicazione del nuovo orientamento giurisprudenziale valga solo per il futuro (questo sarebbe il vero *prospective overruling*), non anche per il presente; il ricorso alla rimessione in termini è necessario e utile solo se «si continuerà a predicare, secondo la teoria classica — che i *common lawyers* denominano «*declaratory theory of adjudication*» — la natura dichiarativa e la correlativa efficacia *naturaliter* retroattiva del nuovo orientamento».

⁽³⁴⁾ Sul tema v. A. CARRATTA, *Il giudizio di cassazione nell'esperienza del «filtro» e nelle recenti riforme legislative*, in *Giur. it.*, 2013, 241 ss.; R. TISCINI, *Il filtro in cassazione nella giurisprudenza della Corte*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1028 ss. In giurisprudenza, Cass., 6 novembre 2023, n. 30774 secondo la quale il precedente giurisprudenziale, ancorché proveniente dalle Sezioni unite, non rientra mai tra le fonti del diritto.

dei propri atti e dei propri provvedimenti, mentre il legislatore impegnato nella redazione di una norma ordinaria, non può che lavorare in modo congruente con i principi di rango superiore. In conseguenza le soluzioni rimediali all'inottemperanza alle suddette regole sono diverse: se non è osservante il giudice, le parti del processo hanno, fino in Cassazione, la *chance* delle impugnazioni; se invece non ottempera il legislatore, occorrerà sempre un intervento giudiziale, ma per condurre la norma al cospetto della Corte costituzionale e sentirne dichiarare l'illegittimità.

Quanto alla Corte di cassazione, come ho già osservato — al di là dei casi in cui la stessa elabori una nuova regola di giudizio, sia pur congruente con istanze socio-economiche di ampia diffusione, oppure, valutando l'opportunità di quel criterio ai fini di una più efficace somministrazione della tutela — quando la stessa addivenga semplicemente ad una diversa interpretazione di norma esistente, fatta alla luce di un certo principio e quindi riconoscendo a quello valore preminente su ogni altro, potrà accadere che non incontri alcuna, o scarsissima, condivisione nel mondo della ricerca ed in quello delle aule di giustizia, ma comunque quella scelta risulti, alla fine, funzionale ad una migliore tutela. Per esempio, in tutte le occasioni in cui la Corte abbia deciso privilegiando il principio di ragionevole durata del processo, essa aveva fatto, ormai, una scelta chiara, che sembrò alla stessa risolutiva di uno dei fondamentali problemi che affliggevano — ed in parte ancora affliggono — la giustizia civile: la durata eccessiva — a volte abnorme — del processo civile, che occorreva ricondurre ad un tempo "ragionevole", intervenendo sulle situazioni più disparate ed anche su diversi passaggi del percorso processuale, certamente non predefiniti ⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ Per una breve ricognizione della genesi del principio riferito nel testo, va detto subito che essa non si incontra nell'art. 111, comma 2, Cost., né rappresenta l'evoluzione normativa di una tesi elaborata dalla giurisprudenza, anche se il contributo della stessa nella reale affermazione del principio è stato fondamentale. Formalmente occorre ripartire dall'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che contiene in sé tutti i principi che il legislatore italiano, nel 1999, ha trasfuso nell'art. 111, comma 2, Cost., compreso quello di ragionevole durata. Ma è difficile dissentire da chi ritiene che il prin-

Nel proprio armamentario normativo, peraltro, la Corte dispone da lungo tempo di uno strumento che, nel presente, si va rafforzando sempre di più, con l'avallo del legislatore: mi riferisco alla nomofilachia, regola di giudizio che trova la sua genesi nell'art. 65, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12⁽³⁶⁾, secondo il quale tra i compiti della cassazione come "organo supremo della giustizia", c'è quello di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge". Sono due, quindi, i compiti così istituzionalmente attribuiti; tra di essi è il secondo che ha assunto, nel tempo, una portata sempre più ampia, la quale ha trovato coronamento in una serie di articoli del codice di procedura civile, *in primis* nell'art. 363, a norma del quale, in mancanza di ricorso di parte (quindi di impugnazione della sentenza), il Procuratore generale della Cassazione può sollecitare la corte alla pronuncia di un principio di diritto nell'interesse della legge, "al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi"; ma addirittura, ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, il principio di diritto può essere pronunciato anche d'ufficio⁽³⁷⁾.

Quindi, la Corte è tenuta ad assicurare l'uniforme interpretazione della legge, ma nessun vincolo è imposto dal legislatore alla determinazione delle modalità attraverso le quali detta operazione si debba svolgere; mi sembra quindi che, proprio in questa ottica, non sia preclusa alla Corte l'applicazione innovativa di

cipio fosse, in realtà, già immanente nel nostro sistema processuale come «componente fondamentale del principio di effettività della tutela giurisdizionale assicurata dall'art. 24, comma 1, Cost.» e del diritto alla difesa in ogni stato e grado del processo, assicurata dal secondo comma dello stesso articolo: così l'efficace sintesi di A. CARRATTA, *Processo ragionevolmente breve*, in *Treccani on line*, 5 aprile 2011.

⁽³⁶⁾ Per una ricostruzione storica della formazione del sistema giudiziario in Italia fino all'epoca dell'emanazione del r.d. n. 12/1941, v. P. BIAVATI - G. GUARNIERI - C. ORLANDI - N. ZANON, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, 33 ss.

⁽³⁷⁾ La struttura attuale dell'art. 363 è quella fornita dal d. lgs. n. 40 del 2006. In argomento v. A. CARRATTA, *Artt. 360 – 391-ter*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, I, Bologna, 2007; E. ODORISIO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, Torino, 2018, 159 ss.; R. TISCINI, *Artt. 360 – 365*, in *AA.VV., Commentario del codice di procedura civile*, IV, Torino, 2013, 548 ss.; *si vis* G. BASILICO, *Sulla funzione nomofilattica delle pronunce nell'interesse della legge*, in *www.rivistagiustizia.it*, 2018.

principi che essa, ad un certo punto, ritenga funzionali ad un migliore andamento del processo. È quanto accaduto, per esempio, con le decisioni sopra citate in tema di difetto di giurisdizione o con quelle in tema di dimidiazione del termine di comparizione per l'opponente a decreto ingiuntivo: le pronunce sono avvenute proprio nell'ottica di una durata più ragionevole del processo, provocando una situazione di *overruling*, tuttavia destinata a stabilizzarsi ed uniformarsi nel tempo, in applicazione proprio dell'altra regola, quella della nomofilachia.

È legittimo domandarsi se anche il fenomeno della emersione, ad opera della giurisprudenza, di criteri nuovi di giudizio, che essa tende a generalizzare e stabilizzare, fino ad assurgere al rango di principi, si possa considerare compenetrato strettamente con la funzione nomofilattica intrinseca all'attività della Corte; se si possa, quindi, affermare che i nuovi criteri di giudizio elaborati e fatti propri nel tempo dalla cassazione trovano, nella loro evoluzione verso il rango di principi, l'avallo di quello nomofilattico. La risposta mi pare debba essere positiva, non perché abbia un fondamento teorico, ma semplicemente perché corrisponde ad uno stato di fatto ⁽³⁸⁾.

Anche per questo motivo si può, oggi, parlare di rafforzamento del principio nomofilattico, che sembra quasi aver trovato nuova ragione della propria esistenza, essendo non fine a se stesso, ma utile per l'affermazione di nuovi principi che nascano con più limitato, intrinseco spessore.

In conseguenza, l'ampliamento, anche a livello normativo, della portata nomofilattica del giudizio di cassazione, non sembra più corrispondere solo al principio generale riferito, ma deve

⁽³⁸⁾ Si potrebbe pensare, per es., al c.d. principio di ragionevolezza: si tratta semplicemente di un criterio di giudizio, generale e trasversale, che conduce il giudice verso una decisione che, evidentemente tra le varie ipotizzabili, appaia come quella più ragionevole, quindi conforme non solo o non tanto ad una lettura rigorosa delle norme, anche sostanziali, di riferimento, quanto ad un criterio di giustizia e, come secondo alcuni (per es. R. CAPONI, *Procedimento sommario di cognizione e canone di proporzionalità*, in *Dogmatica giuridica*, cit., I, 343 ss.), di proporzionalità della decisione rispetto ad un saggio bilanciamento degli interessi coinvolti nella fattispecie oggetto di giudizio.

essere letto in ottica congruente con altri principi, di spessore più ampio e generale, tra cui, per esempio, quello della semplificazione e sinteticità degli atti: la valorizzazione di un principio esistente o il consolidamento di un nuovo criterio nomofilattico di giudizio dovrebbe, così, condurre ad una contrazione dei ricorsi in cassazione e, spingendosi oltre, ad una contrazione delle iniziative processuali sin dal primo grado ⁽³⁹⁾.

6. Considerazioni a margine sul c.d. diritto vivente.

Potrei tentare — senza risultati particolarmente positivi — una sintesi delle considerazioni sin qui svolte sull'incidenza, nel sistema, degli indirizzi ermeneutici giurisprudenziali tendenti alla stabilizzazione, facendo riferimento ad un concetto molto diffuso a partire almeno dagli anni '80 del secolo scorso, che è quello di "diritto vivente". È un concetto per il quale — al di là del profilo lessicale, certamente significativo — non ho nutrito mai particolare apprezzamento, se non altro perché non riesco ad identificare, a contrario, un diritto che non sia vivente: in particolare quello processuale ha un suo divenire intrinseco che non può che dimostrare la permanente vitalità, qualunque ne sia la prospettiva di

⁽³⁹⁾ Ancora sul tema della nomofilachia, vorrei fare qui una breve riflessione, un po' a latere delle considerazioni fatte nel testo e traendo spunto da un colloquio avuto con Remo Caponi, sulla massimazione delle sentenze. Come si osserva pianamente in dottrina, le massime elaborate dall'Ufficio massimario della cassazione, pur senza essere vincolanti per i giudici di futuri giudizi che si trovassero di fronte alle medesime questioni di diritto, «finiscono in pratica con l'orientarli nel senso delle decisioni della Cassazione», «in ragione della forza stessa delle argomentazioni giuridiche su cui si fondano» (così C. MANDRIOLI - A. CARRATA, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2023, 272). Accade a volte, tuttavia, che il sistema delle massime finisca per astrarsi completamente dai casi concreti per diventare una sorta di breviario del pensiero e delle decisioni della Corte; a volte, cioè, la massima è talmente avulsa dal caso concreto da partecipare alla formazione del processo nomofilattico su un certo tema in modo quasi indipendente dal caso di specie — che comunque tende al giudizio e non alla nomofilachia — comprimendo, così, quella delle due funzioni della Cassazione che, in realtà, è la principale ai fini dell'esigenza di tutela dell'avente diritto. Su questi temi v. G. MICCOLIS, *Nomofilachia, sezioni unite e "questione di particolare importanza"*, in *Quest. Giust.* novembre 2020; B. CAPPONI, *La corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *Judicium.it*, aprile 2020.

osservazione. Quindi, dal concetto di diritto vivente si dovrebbero espungere solo le norme abrogate, tutto quello, cioè, che non è soggetto ad applicazione nella realtà dei processi.

Ma la nozione non è così ampia. In realtà il diffuso significato di questa espressione è un altro.

Il concetto ha trovato la sua genesi in una sentenza della Corte costituzionale, la n. 276 dell'11 dicembre 1974, dove «il sintagma “diritto vivente” viene definito, mutuando la formulazione delle ordinanze di rimessione, come “il sistema giurisprudenziale” formatosi nel difetto di espresse disposizioni»⁽⁴⁰⁾. Esso si è, poi, ampiamente diffuso con riferimento ad un certo approdo giurisprudenziale, sull'interpretazione di una data norma, che nel tempo si stabilizzi, assumendo la fisionomia di un orientamento costantemente espresso dalla Corte di legittimità su un certo tema, evidentemente poco chiaro, a volte addirittura carente dal punto di vista normativo.

Parliamo, quindi, di orientamento giurisprudenziale, di un diritto — se così lo si voglia definire — di formazione pretoria⁽⁴¹⁾.

In particolare, nella decisione pioniera che ho appena ricordato, la Corte costituzionale ritenne infondate le censure dei giudici di merito proprio su un certo orientamento formatosi in tema di procedura fallimentare, dagli stessi definito “diritto vi-

⁽⁴⁰⁾ Così secondo L. SALVATO, *Profili del “diritto vivente” nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quest. Giust.*, fasc. febbraio 2015, par. 2; la questione scrutinata, come precisa l'A. in nt. 4, riguardava alcuni articoli della legge fallimentare; sul tema, con esemplare chiarezza, v. M. CAVINO, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. pubbl. Aggiornamento*, Torino, 2010, 134 ss., spec. 137, dove si individua l'elemento di distinzione tra diritto vivente e consuetudini interpretative, il quale risiede, per il primo, nella provenienza da organi giudiziari; ma di particolare interesse è anche la constatazione (si v. pagina 140) che a partire dagli anni 90 la corte costituzionale si è trovata più volte a mettere in discussione “orientamenti giurisprudenziali di cui essa stessa riconosce il radicamento”.

⁽⁴¹⁾ Precisa G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 346 s., che quando si realizza un'interpretazione consolidata di una certa norma, quindi un diritto vivente, quella certa interpretazione si “incorpora” nel diritto positivo e quindi «l'univocità interpretativa in questo caso è anche costitutiva dell'unica risposta giusta al problema ...»; la conseguenza è che l'interprete che se ne voglia discostare dovrà fornire «appositi e particolarmente cogenti argomenti giustificativi»; quindi quando l'interpretazione si cristallizza in un orientamento consolidato, «ha effetti creativi».

vente”, «ossia il “sistema giurisprudenziale” formatosi, nel difetto di espresse disposizioni della vigente legge fallimentare, circa la disciplina dei giudizi derivanti dal fallimento, interrotti per effetto della chiusura dello stesso, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato». Qui appare chiaro, pertanto, che in quelle fattispecie censurate, a monte dell’orientamento consolidatosi, sussisteva un difetto di espresse disposizioni della legge vigente; a quelle istanze la Corte rispose rilevandone l’infondatezza e affermando che «Il sistema di diritto vivente, elaborato dalla giurisprudenza, corrisponde ai criteri cui si informa la disciplina della materia fallimentare, e non contrasta con principi o precetti costituzionali» (42).

In tal modo si aprirono le porte ad una sorta di funzione integrativa di norme da parte della giurisprudenza, legittimata ad intervenire, con attività ermeneutica, anche laddove il sistema normativo non fornisse adeguata risposta al caso di specie, risultando, almeno in parte, carente. È evidente che la descritta situazione, nel percorso evolutivo ricevuto dal “diritto vivente”, è differente rispetto a quella in cui l’orientamento si formi a livello solo interpretativo, perché l’assetto normativo della fattispecie è adeguato e sufficiente (43).

(42) È di particolare interesse, oltre che di attualità, la considerazione della nozione di “diritto vivente” e della sua espansione, fatta da C. cost., 10 novembre 2023, n. 202, in occasione della pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 669-*quaterdecies* e 695 c.p.c., dichiarati parzialmente illegittimi: la Corte, dopo aver considerato la “vivenza” della norma come «una vicenda per definizione aperta», afferma che «un’interpretazione consolidata da parte della Corte di cassazione, rilevante per la formazione del «diritto vivente» può sussistere in relazione a quella parte della pronuncia nella quale si esprime effettivamente la *ratio decidendi* rispetto alla questione di diritto rimessa all’attenzione del giudice di legittimità, e non anche ad eventuali *obiter dicta*, anche se volti ... a rafforzare le motivazioni della decisione»; in senso favorevole, sul contenuto oggettivo, alla decisione della Corte, v. da ult., F. FRADEANI, *Sul reclamo cautelare avverso il rigetto del ricorso per accertamento tecnico preventivo con finalità conciliativa ex art. 696-bis c.p.c.*, in www.rivistagiustizia.it, 2023, 2 (in corso di pubblicazione).

(43) Non è questa la sede per indagare sul tema da ult. delineato, non è tuttavia eludibile l’indagine, quando si parla di diritto vivente, sul più generale tema della certezza del diritto, approfondito, *ex multis*, da M. CAVINO, *Diritto vivente*, cit., spec. 142 ss. (ma

Non sono pochi i casi, tuttavia, in cui la Corte costituzionale, piuttosto che avallare un certo orientamento interpretativo, si limiti a sollecitare il legislatore ad intervenire, sanando la denunciata carenza normativa; ma è altrettanto frequente che il legislatore non ottemperi alla sollecitazione o lo faccia in modo tardivo o inadeguato.

Al di là del significato che il concetto porta con sé, mi pare che produca un risultato non completamente apprezzabile, che è di contrapposizione, a volte quasi di prevaricazione, rispetto alle norme di legge. La giurisprudenza di legittimità, ma anche quella costituzionale, riconducono la riferita definizione, di volta in volta, ad un orientamento interpretativo di una certa norma che si sia stabilizzato nel tempo, superando l'approccio letterale di base, generalmente sull'assunto che il nuovo orientamento risulti più concreto e quindi più favorevole alla realizzazione della tutela dei diritti, invocata dalla parte con riferimento a quella norma.

Nel concreto si tratta, almeno in certi casi, di una sorta di appiattimento della norma sul caso concreto (o su una serie omogenea di casi concreti); si verifica, così, un'inversione del tradizionale sillogismo per il quale la decisione del caso concreto debba tendere al contenuto della norma astratta ed uniformarsi ad esso. Le soluzioni interpretative omogenee che danno vita al diritto vivente può accadere che conducano ad un modellarsi della norma — attraverso quella certa lettura — sulle situazioni sostanziali di volta in volta dedotte in giudizio, che, se effettivamente funzionale ad un miglior risultato di tutela, non genera problemi, altrimenti, se non produttivo di quel risultato, rischia di concretizzarsi in un abuso ⁽⁴⁴⁾.

La salvaguardia del sistema non può che risiedere nella non vincolatività dell'interprete al diritto vivente, per cui vanno as-

rinvio anche alle considerazioni svolte, in ottica alquanto differente, *supra*, testo e nt. 6).

⁽⁴⁴⁾ Una chiara ipotesi di realizzazione di quel sillogismo all'incontrario si è realizzato con la vicenda, già richiamata sopra, della dimidiazione del termine di comparizione dell'opponente a decreto ingiuntivo, anche se in quel caso, come già sottolineato, la disfunzione generata dalla Cassazione è stata in parte sanata dal legislatore.

sunte sempre *cum grano salis* quelle decisioni la cui pronuncia avvenga con esclusivo richiamo ad un orientamento consolidato, con esclusione, o disattenzione, di ogni altra considerazione motivazionale. Quella non vincolatività, però, rischia di essere solo astratta perché se e nella misura in cui la giurisprudenza di legittimità faccia proprio quel certo orientamento, dando vita ad un'ipotesi di diritto vivente, è consequenziale che si predisporrà ad accogliere le impugnazioni contro le decisioni che, magari su efficace contestazione di parte, siano andate in diversa direzione.

7. Dalla regola di giudizio al principio: il ruolo della legislazione extranazionale.

Si può dire, così, di essere tornati al punto di partenza della presente riflessione. La distinzione tra principi normativi di genesi differente e, conseguentemente, la loro capacità di incidenza sui soggetti che ne sono i naturali destinatari.

Credo si possa affermare con relativa certezza che, al momento dell'elaborazione ed enunciazione del nuovo criterio di giudizio da parte della giurisprudenza, non ci troviamo ancora di fronte ad un principio. Come ho cercato di ricostruire nelle righe precedenti, ancorché la giurisprudenza tenda, di fronte all'elaborata regola, a consolidarla ponendola su un piano orizzontale di applicabilità alle più disparate controversie, al di là, ovviamente, di quella dalla quale la stessa sia generata, tuttavia quella prima fase di elaborazione e di stabilizzazione della regola non ne fa un principio.

In conseguenza l'eventuale disattenzione alla stessa che si dovesse verificare, per es. da parte di una sezione della Suprema Corte diversa da quella che l'ha elaborata, non avrebbe gravi conseguenze, al massimo si assisterebbe ad una rimessione alle Sezioni unite per la risoluzione del contrasto. Un sicuro rafforzamento della stessa, infatti, si realizzerà nel momento in cui dovessero farla propria, in una pronuncia, le Sezioni unite, ma restiamo pur sempre allo stadio di regola di giudizio, sia pure più stringente; non siamo ancora a livello di principio.

Allo stadio appena descritto, in conseguenza, il vincolo all'os-

servanza della nuova regola, che si determina in capo al giudice di merito, sussiste nei limiti di cui agli artt. 392 – 394: non si va oltre il vincolo prodotto dal principio di diritto, quanto al caso di specie, e dal principio (o criterio) nomofilattico, al di là di quello. L'eventuale inosservanza di esso da parte del giudice di merito può condurre, unitamente ai relativi motivi, all'impugnazione della sua sentenza, facilmente destinata all'accoglimento ⁽⁴⁵⁾.

L'autentica progressione in ruolo di quel criterio avverrà solo a seguito di un ineludibile passaggio, consistente nella sua recezione da parte del legislatore e nella trasposizione di esso in una norma giuridica. Solo così la regola di giudizio assume lo *status* di principio.

Da qui è facile, mi pare, rispondere alla domanda che mi ero posta, sulla reale differenza, in termini di efficacia e vincolatività, tra i principi di genesi normativa, specialmente costituzionale, e quelli che hanno altra genesi, la quale non può che essere giurisprudenziale. Solo i primi sono veri principi, quindi solo i primi sono vincolanti *erga omnes*; i secondi, diversamente, possono solo diventare tali se e nella misura in cui se ne faccia carico il legislatore traducendoli in una norma.

Negli ultimi decenni, peraltro, anche grazie ad una serie di riforme del processo civile, il fenomeno della trasfusione in norma di una regola di giudizio, elaborata dalla giurisprudenza, si è verificato con una certa frequenza. È accaduto, per esempio, con il principio di sinteticità e semplificazione degli atti, che solo di recente ha trovato riscontro normativo nelle norme ordinarie,

⁽⁴⁵⁾ Osservavano, in tempi ormai lontani, A. PIZZORUSSO - A. PROTO PISANI, *La Corte di cassazione. Note introduttive (1987)*, in *Foro it.*, 1987, V, 16 ss., ora in A. PROTO PISANI, *La giustizia civile tra Costituzione e fede*, Napoli, 2023, 65 s., che, in virtù del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, non potrà accadere che nell'interpretazione del diritto sostanziale o del diritto processuale «applicabile da dei giudici di merito» una certa interpretazione possa essere preferita ad altre perché «idonea a ridurre il numero dei ricorsi», mentre se le norme riguardano direttamente il giudizio di cassazione, in sede di interpretazione la Corte deve tentare di scegliere quella «che meglio le consente di assolvere i propri compiti istituzionali», quindi capace di incidere sul numero dei ricorsi e sui tempi della decisione.

quelle del codice di procedura civile riformato (46).

Le considerazioni appena svolte mi riportano a quella iniziale, relativa all'instaurazione di un dialogo, sui temi presenti, con Andrea Panzarola, di cui mi sembra di poter condividere il pensiero proprio sul punto da ultimo enunciato: l'inidoneità del criterio di giudizio elaborato dalla giurisprudenza ad assurgere a principio del processo, almeno fino a che non sia stato recepito dal legislatore e trasformato, quindi, in norma giuridica (47). L'essenziale ragione di ciò consiste nella scarsa capacità di incidenza ed espansione del criterio di giudizio, limitata allo spettro delle decisioni giurisprudenziali, ed in carenza di un vincolo assoluto che ne imponga l'osservanza: in sintesi, esso non ha, in senso lato, forza di legge.

In conseguenza, assume sempre particolare rilievo il momento genetico del principio: solo se si radica in una norma di legge, il principio può definirsi veramente tale ed operare immediatamente *erga omnes*, ma soprattutto vincolando il legislatore ordinario alla sua osservanza, pena la sottoposizione al giudizio della Corte costituzionale. Se invece esso si forma in un ambito diverso da quello dell'attività legislativa, frutto, in particolare, di elaborazione giurisprudenziale, fino a che non abbia trovato consacrazione in una norma, certamente non produrrà la stessa efficace vincolatività del primo.

Ma a questo punto è necessario richiamare altra genesi di principi, allo scopo di verificare se quella categoria segua lo stesso percorso di quelli di formazione giurisprudenziale, o se, inve-

(46) Tra le modifiche, nel senso indicato nel testo, contenute nel d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, occorre segnalare *in primis* quelle apportate all'art. 121 c.p.c., norma tradizionalmente dedicata alla «libertà di forme» degli atti processuali, oggi espressamente dedicata pure alla «chiarezza e sinteticità degli atti», che, attraverso delle aggiunte alla rubrica e al dettato del primo ed unico comma, impone proprio che gli atti del processo siano redatti secondo quella nuova prescrizione; ma il tema ricorre pure in altri contesti normativi, quale, per es., l'art. 342, primo comma, dedicato alla «Forma dell'appello», in cui il legislatore della riforma ha specificato che l'articolazione della motivazione che sorregge l'atto di appello deve indicare, a pena di inammissibilità, una serie di punti attentamente individuati previa numerazione, "in modo chiaro, sintetico e specifico".

(47) *Id.*, *Regole e principi*, cit., 18 ss.

ce, sia idonea a produrre efficacia vincolante immediata al pari di quelli normativi. Mi riferisco ai principi di origine extranazionale, frutto o di un atto normativo del parlamento europeo, oppure della decisione di una corte europea ⁽⁴⁸⁾.

Non mi soffermo sul tema del recepimento delle disposizioni normative europee, che esula dalle mie competenze, ma al di là delle ipotesi, brevemente esaminate sopra, di elaborazione di un principio attraverso le norme di una Convenzione, se e nella misura in cui quest'ultimo venga fatto oggetto di altro atto normativo, per es. di una direttiva, non si può negare che abbia incidenza diretta all'interno dei vari Stati aderenti, ancorché non si tratti di incidenza diretta sulla vita dei cittadini. Si può, quindi, ritenere che il contenuto della direttiva produca un'efficacia (latamente) vincolante nei confronti degli Stati comunitari, nel senso che questi ultimi sono obbligati ad uniformarvisi attraverso la legislazione interna, ma molto spesso accade che il procedimento normativo di uniformazione avvenga con grande ritardo rispetto alla data di emanazione di quella. È evidente a quel punto che, una volta intervenuta la legge nazionale che faccia proprio il principio contenuto nella direttiva, nessun ostacolo si frapponga più alla efficacia di esso nei confronti dei cittadini e dei giudici chiamati ad applicare quelle norme ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Per es., come ho già ricordato *supra*, nt. 36, il principio di ragionevole durata del processo si suole ricondurre alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848. Ma è necessaria subito un'osservazione: gli artt. 6, 7 e 8 della Dichiarazione parlano della garanzia di accesso alla tutela e di diritto ad una tutela per chiunque, tutela eguale e priva di discriminazioni (tra l'altro le norme appaiono chiaramente volte in direzione del penale piuttosto che del civile), non di durata ragionevole del processo. Si è sostenuto in dottrina, tuttavia, che quel il principio fosse immanente nel nostro ordinamento già prima della previsione realizzata con il nuovo art. 111 Cost.: così A. CARRATTA, *Processo ragionevolmente breve*, cit.

⁽⁴⁹⁾ Appare significativo, a titolo di esempio, il percorso fatto dalla normativa dedicata alla tutela del consumatore: la prima legge organica in argomento è il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), emanata a seguito di delega conferita al governo dall'art. 7, l. 29 luglio 2003, n. 229, che esigeva l'attuazione della Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997 e, soprattutto in tema di risoluzione stragiudiziale delle controversie, di varie Raccomandazioni della Comunità europea. Sempre in attuazione di una Direttiva europea, la normativa consumeristica viene modificata, almeno per la parte relativa alla

Decisamente più blando, ancorché non irrilevante, appare il vincolo prodotto dalla decisione di una delle Corti europee, per il quale rinvio alle considerazioni fatte sopra ⁽⁵⁰⁾.

Pertanto, con riguardo al principio di formazione extranazionale, comunque acquista rilievo, ai fini dell'efficacia e dell'espansione dello stesso, il fatto che il legislatore nazionale se ne faccia carico, solo che in tal caso ci troveremo di fronte ad una legge di recepimento del principio se esso fosse normativo, ad una legge ordinaria comune, se il nuovo principio fosse di elaborazione giurisprudenziale.

8. Considerazioni su alcuni principi che sorreggono il processo civile, di particolare e progressiva rilevanza: sul principio di sinteticità degli atti.

I passaggi finali di questa riflessione mi danno la possibilità di soffermarmi — sia pur brevemente e attraverso una scelta determinata solo dall'interesse personale — su due principi cardine del processo civile, cui ho già fatto ripetutamente cenno, ma che esigono, almeno in funzione dell'ampiezza del loro attuale spazio applicativo, ulteriore approfondimento: si tratta di quello di sinteticità degli atti processuali e di quello di effettività del processo, meglio della tutela somministrata attraverso il processo.

L'occasione è favorevole per fare una ulteriore precisazione relativa ancora alla natura dei principi qui in esame. Mi sembra che una distinzione al loro interno possa essere fatta in questa direzione: esistono principi che si potrebbero definire “fattuali”, destinati a trovare concreta realizzazione/attuazione attraverso attività processuali; mentre per altri si potrebbe parlare di principi “ideali”, che trovano realizzazione non o non solo per mezzo di at-

tutela giurisdizionale, con l. 12 aprile 2019, n. 31, che la trasferisce all'interno del IV libro del c.p.c., artt 840-*bis* – 840-*sexiesdecies*; nel 2023, in attuazione della Direttiva 2020/1828/CE, la normativa consumeristica di cui ai citati articoli del c.p.c., viene ulteriormente modificata con d. lgs. n. 28/2023, che introduce la c.d. azione rappresentativa a tutela dei consumatori.

⁽⁵⁰⁾ V. spec. testo e nt. 8.

tività materiali, bensì anche, o solo, a livello superiore, attraverso la predisposizione normativa di determinati istituti del processo.

L'esempio tipico del primo tipo è rappresentato proprio dal principio di sinteticità degli atti, il quale, al di là della necessaria previsione normativa, trova concretezza solo nella redazione adeguata, e quindi conforme a norma, degli atti processuali, norma che dovrebbe determinare pure la conseguenza (processuale) del mancato adeguamento.

Esempio lampante del secondo tipo è proprio quello, sopra richiamato, di effettività della tutela, che trova concreto riscontro non solo o non tanto nella struttura del singolo atto processuale, quanto nel sistema, meglio in alcune regole che il sistema processuale si è dato, tendenti a far sì che esso possa perseguire il miglior risultato possibile di tutela. In sintesi, si potrebbe dire che il fondamento e quindi lo spazio di realizzazione concreta del principio di effettività si trovi nella funzione del processo e, quindi, nelle regole che ad essa presiedono.

Ma occorre subito, a mio avviso, una ulteriore precisazione: può accadere — e concretamente accade, proprio all'interno dei principi che stiamo esaminando — che alcuno di essi, pur godendo di autonoma espansione, non sia connotato da altrettanto autonoma genesi; esso sia, cioè, riconducibile ad altro principio o ad altra categoria di essi, del quale appare come una specificazione: è esattamente quello che accade con il principio di sinteticità degli atti — ma non solo, come specificherò tra poco — che non nasce come autonoma elaborazione da parte della giurisprudenza, bensì come diramazione del più ampio e “ideale” principio di ragionevole durata del processo⁽⁵¹⁾. Quest'ultimo, pertanto, si configura

(51) Si può discutere, poi, come è stato a lungo fatto in passato, negli anni immediatamente successivi alla riforma costituzionale del 1999, se lo stesso principio di ragionevole durata del processo sia da ricondurre all'ampio e indifferenziato contenitore del “giusto processo” di cui al primo comma, dell'art. 111 Cost.; in questa sede, tuttavia, la discussione non appare necessaria, per cui mi limito a richiamare, per tutti, S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1010 ss., ma anche nelle riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, Napoli, 2020, 73 ss., spec. 90 ss.

quasi come una categoria, univocamente definita ed improntata nella direzione di rendere il processo civile meno defaticante per le parti, ma è talmente ampio e denso di sfaccettature da riuscire a gemmare altri principi che comunque ad esso si conformino: così accade per quello più volte riferito di sinteticità degli atti, ma indubbiamente accade, per esempio, anche per quello contenente il divieto di frazionamento della domanda giudiziale di fronte ad un rapporto obbligatorio unitario.

Ma restando sul principio di sinteticità, l'aspetto che senz'altro fa riflettere è quello relativo alla identificazione del criterio attraverso il quale si realizza l'osservanza di esso. Ho cercato di definire quest'ultimo come "fattuale", il che comporta che qualunque disquisizione, generica o definitoria, su di esso, rischi di apparire priva di significato concreto. È evidente, come ho cercato di chiarire anche nelle pagine precedenti, l'imprescindibilità della previsione normativa, affinché quella che sarebbe una semplice regola affermatasi nella prassi diventi principio; ma proprio quella previsione normativa rischia di essere carente al momento dell'applicazione concreta del principio in esame, quindi al momento della redazione di atti processuali, di parte o di giudice, ad esso conformi, per il motivo semplice che lo stesso legislatore è, oggettivamente, in difficoltà nel determinare la misura di conformità di quegli atti.

È evidente che una delle numerose sfaccettature del problema della lungaggine dei processi e dell'affollamento delle cause civili è stato ed è rappresentato da una sorta di eccesso di scrittura, dall'abitudine — che mi pare riguardi sia alcuni avvocati che alcuni magistrati — di predisporre atti processuali prolissi e/o ripetitivi; ma si tratta, comunque, a mio avviso, di un problema di prassi consolidata nel tempo, non certamente di diritto, e comunque di un problema alquanto marginale.

Il fatto che il legislatore si sia indotto ad occuparsene, pensando di regolarlo normativamente, mi sembra una soluzione in parte rischiosa e in parte inutile: la difficoltà di stabilire concretamente e preventivamente la misura degli atti, sta nel fatto che essa

sia necessariamente variabile a seconda dell'impegno e della difficoltà che il merito di ciascun giudizio pone; per cui il semplice richiamo ad un generico concetto di "sinteticità" dell'atto, come lo troviamo nel nuovo art. 121 c.p.c., mi appare alquanto privo di concretezza e di opportunità. Tuttavia il legislatore dell'ultima riforma ha ritenuto di affrontare *funditus* il problema per cui, a seguito della prescrizione normativa contenuta nell'art. 4, comma 3, lett. b), d.l. n. 149/2022, modificatrice dell'art. 46 disp. att. c.p.c., il Ministro della Giustizia ha emesso un decreto, il n. 110 del 7 agosto 2023, nel quale si esplicitano «i criteri di redazione ...» degli atti processuali, di parte e di giudice, con la specificazione di tetti quantitativi da osservare — riguardo, per es., al numero delle battute — e dei limiti alla derogabilità degli stessi ⁽⁵²⁾.

Ma c'è un altro problema, conseguente alla premessa sin qui enunciata e strettamente connesso all'effettiva realizzabilità ed efficacia del principio, che è quello della sanzione applicabile in caso di sua violazione. La soluzione non è nella norma, la quale — si tratta dell'art. 10 del decreto ministeriale sopra citato — invece, prevede l'istituzione di un «osservatorio permanente sulla funzionalità dei criteri redazionali e dei limiti dimensionali stabiliti dal presente decreto al rispetto del principio di chiarezza e sinteticità degli atti del processo»; si tratta, verosimilmente, di un organismo di controllo a fini statistici ed allo scopo di apportare eventuali correzioni successive alla norma (la verifica in tale senso è prevista, nel seguito dell'articolo, a cadenza biennale), ma certamente non in grado di infliggere una sanzione all'avvocato o al magistrato che abbia disatteso la normativa generale.

Il tema della sanzione, pertanto, viene definito dalla legge, ma in concreto affidato necessariamente alla giurisprudenza; ai

⁽⁵²⁾ Meritano segnalazione, in particolare, le disposizioni del d.m. che prevedono un limite dimensionale per gli atti di parte, oltre al rispetto di criteri redazionali predefiniti, mentre per i provvedimenti giudiziari, si esige solo la seconda prescrizione, la quale si aggiunge al necessario rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità (artt. 3 e 7), nonché l'art. 8 prescrittivo delle "specifiche tecniche" per l'utilizzazione degli schemi informatici nella redazione degli atti.

sensi del nuovo art. 46 disp. att. c.p.c., infatti, il mancato rispetto delle regole che sostengono il principio di chiarezza e sinteticità degli atti di parte non ne determina, ovviamente, l'invalidità — salvo che l'atto risulti concretamente inidoneo al raggiungimento dello scopo — ma “può” essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese processuali ⁽⁵³⁾.

La soluzione prescelta è frutto di un attento confronto tra la dottrina e gli organismi rappresentativi dell'avvocatura e della magistratura ⁽⁵⁴⁾, all'interno del quale comunque spicca il diverso orientamento ripetutamente prescelto dalla Cassazione, che ancora si esprime in termini di inammissibilità del ricorso non conforme ai criteri sin qui considerati ⁽⁵⁵⁾.

È evidente che l'elaborazione di un criterio sanzionatorio per far fronte alle ipotesi di violazione della norma impositiva di limiti di sinteticità degli atti è molto difficile, ma non si può non concludere nel senso che, ove quel criterio non venga elaborato, la norma è in bianco e quindi le possibilità di disattenzione della stessa sono senz'altro numerose.

Ai sensi dell'art. 5 del citato d.m. del 7 agosto 2023, n. 110, in aderenza a quanto già previsto dall'art. 46 disp. att. c.p.c., è possibile derogare ai limiti dimensionali prescritti in ragione della tipologia, del valore, della complessità della controversia, ma anche del numero delle parti o della natura degli interessi coinvolti: la facoltà di superare il limite dimensionale è rimessa al difensore, il quale si dovrà far carico, in tal caso, di motivare

⁽⁵³⁾ Diversamente, per il processo amministrativo, l'art. 13-ter disp. att. c.p.a. prescrive, al comma 5, che il giudice è comunque tenuto ad esaminare “tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti”, mentre può astenersi dall'esaminare quelle contenute nelle pagine eccedenti il limite, senza che ciò rappresenti motivo di impugnazione per le parti.

⁽⁵⁴⁾ Per un'accurata sintesi del problema v. F. DE GIORGIS, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali nella riforma Cartabia*, in *Judicium*, 2023, § 6 e 7, anche per ampia ricognizione bibliografica.

⁽⁵⁵⁾ In arg. v. G. RATTI, *Il principio di sinteticità e chiarezza del ricorso per cassazione secondo la legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1027 ss.; in giurisprudenza, di recente, v. Cass., 24 luglio 2023, n. 22085, ma nello stesso senso anche Cons. Stato, 13 ottobre 2023, n. 8928.

sinteticamente la sua scelta ⁽⁵⁶⁾.

Nella soluzione adottata dal legislatore della riforma, il principio di sinteticità è associato a quello di chiarezza dell'atto, concetto in sé ancora più fluido e per il quale la determinazione dei confini è ancora più incerta; ma anche qui il profilo più discutibile appare quello della sanzione, per la quale possono valere senz'altro le considerazioni appena svolte.

9. Segue: sul principio di effettività della tutela.

Quanto al principio di effettività della tutela, quindi di idoneità delle norme (processuali) ad assicurare che il processo produca il miglior risultato possibile in favore dell'avente diritto, ma contemporaneamente ad un risultato perfettamente congruente con il sistema, l'interesse degli interpreti si è rafforzato di recente, ma in realtà esso è compartecipe del sistema processualcivilistico da sempre, o quanto meno dalla nascita del vigente codice di rito e dalla legislazione speciale parallela che lo accompagna; da sempre, cioè, il legislatore si è sforzato, in vari modi, di predisporre un assetto normativo che garantisse una tutela effettiva, oltre che efficace, al titolare del diritto istante ⁽⁵⁷⁾.

Oggi il principio catalizza l'attenzione degli interpreti essenzialmente in modo proporzionale al fermento di riforme che connota gli ultimi decenni, quasi a giustificarlo nella ricerca spasmodica di quel risultato. È più facile, quindi, configurarlo, ancora una volta partendo da quello di dimensione più ampia e genera-

⁽⁵⁶⁾ Per una riflessione sul più problematico dei criteri di deroga, quello della complessità della causa, v., *ex multis*, R. CAPONI, *processo civile e nozione di controversia "complessa": impieghi normativi*, in *Foro it.*, 2009, V, 136 ss.

⁽⁵⁷⁾ L'opzione prescelta in questa sede è quella dell'indagine sul principio di effettività del processo e quindi della tutela giurisdizionale; per una riflessione, corredata da ampia rassegna di dottrina, sulla differenza tra il concetto di effettività del diritto e quello di effettività della tutela giurisdizionale, v. G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi*, febbraio 2018, spec. 7 ss. Parla di «triplice declinazione del principio di effettività», dopo aver disquisito di necessario adattamento dei rimedi processuali alle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di G. GRISI, Napoli, 2019, 689 ss., spec. 695 ss.

le, che qui mi sembra essere il principio del giusto processo di cui all'art. 111, comma 1, Cost.: perché il risultato della tutela possa essere effettivo, è necessario innanzitutto che il processo attraverso il quale essa si concreta sia “giusto”. Ma il concetto di giustezza del processo è già di per sé polifunzionale e denso di plurimi significati; nell'ottica di queste riflessioni, esso credo che debba essere inteso espungendo il profilo di tanti significati e privilegiando quello funzionale, nella direzione della concretezza dei risultati: la tutela giurisdizionale può dirsi effettiva solo se e nella misura in cui il risultato concretamente ottenuto nel caso di specie sia concreto, quindi la parte che l'abbia domandata abbia potuto disporre di una serie di strumenti processuali idonei a garantire l'effettività, appunto, di quel risultato, quindi la migliore corrispondenza tra quanto domandato al giudice e quanto ottenuto attraverso il suo provvedimento ⁽⁵⁸⁾.

Al di là della diffusione attuale del suddetto principio, non si può non osservare che la sua origine è risalente, ancorché, allora, inespressa: senza dubbio la famosa intuizione chiovendiana per la quale il processo debba dare all'avente diritto tutto quello e proprio quello che egli avrebbe avuto diritto di conseguire sulla base delle norme sostanziali ⁽⁵⁹⁾, già concretizzava il contenuto di quello che oggi si definisce principio di effettività. In conseguenza, sotto il profilo definitorio, non sarebbe necessario aggiunge-

⁽⁵⁸⁾ Non si può non concordare con la “triplice declinazione” di A. CARRATA, *Tecniche di attuazione*, loc. cit., che vede concretato il principio di effettività nelle regole sull'accesso al giudizio, in quelle sull'adeguatezza del rimedio e in quelle sulla «ragionevole durata della tutela»; da ult., per un'analisi del principio nell'ambito dei rapporti familiari e alla luce della riforma Cartabia, v. E. CAMILLERI, *Il prisma dell'effettività e l'ordine possibile delle relazioni familiari. Considerazioni a margine della riforma Cartabia*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, gennaio 2023, 30 ss., spec. 41 ss., dove inquadra le «nuove prospettive e nuovi contenuti del dibattito sui formanti del diritto di famiglia», che evidenziano le plurime sfaccettature del «prisma dell'effettività», concludendo che la riforma pone al centro del suo ordito la somministrazione della più adeguata quantità di tutela a favore dell'avente diritto: si tratta, prevalentemente, di effettività endoprocessuale (quindi, mi permetto di aggiungere, priva pressoché di risultati in termini qualitativi rispetto al risultato di tutela).

⁽⁵⁹⁾ *Id.*, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, rist. Milano, 1992, 110.

re altro. Diversa è invece la situazione con riguardo ai contenuti effettivi del principio e quindi con riguardo alle scelte fatte, nel tempo, dal legislatore processuale, nell'intento di attribuirgli concretezza.

Pur nella sinteticità della presente elaborazione, va detto subito che il non breve lasso temporale trascorso tra la diffusione dell'idea chiovendiana sopra richiamata e la diffusione del c.d. principio di effettività, non rende giustizia dell'emersione, anche in senso formale, e quindi della diffusione, di quest'ultimo, sicuramente tardive; si può ritenere, mi pare, che gli interpreti in senso ampio abbiano tardivamente preso atto non solo dell'esistenza del principio, quanto soprattutto della disponibilità, nel nostro sistema, di una serie di strumenti che sin dall'inizio contribuivano a rendere effettiva la tutela giurisdizionale somministrata; ciò che appare tardiva, pertanto, è, più precisamente, l'elaborazione di un collegamento tra quegli strumenti e l'effettività.

Siamo di fronte, mi pare, ad un caso di preesistenza di certi contenuti rispetto al momento della elaborazione di essi, una sorta di presa d'atto successiva alla realizzazione concreta di quelli ⁽⁶⁰⁾.

Senza voler ripercorrere le tante opinioni che, negli ultimi anni, hanno favorito quella emersione, è tuttavia evidente che già la disciplina di alcuni macro-settori della normativa processual-civilistica nazionale era protesa in quella direzione: mi riferisco, per es., alla tutela cautelare, ma anche all'esecuzione forzata e poi, al suo interno, all'esecuzione in forma specifica. È evidente che il diritto oggetto del processo, che possa, in quel percorso, disporre di quelle forme di tutela, gode senz'altro di una tutela effettiva ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ G. VETTORI, *Effettività della tutela (dir. civ.)*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss., ripercorre i risultati della lettura del principio di effettività, fatta dalla Corte di cassazione, dalla Corte di giustizia e dalla CEDU, nonché, ovviamente, dalla dottrina.

⁽⁶¹⁾ È ineludibile, qui, il richiamo alla sentenza di C. cost., 28 giugno 1985, n. 190, a firma di Virgilio Andrioli, che riconobbe la portata generale e necessaria della tutela cautelare, riconoscendo l'esperibilità di quella urgente *ex art. 700 c.p.c.* anche nel processo amministrativo che, sino a quel momento, conosceva come unica misura cautelare la "sospensiva"; un richiamo alla «tanta parte» avuta dal pensiero di Chiovenda sulla

Eppure gli interpreti, come ho già osservato, sono sembrati non prenderne atto per molto tempo dopo Chiovenda, fino a che non sono stati ridestati dall'avvento della normativa europea e specialmente di quei trattati all'interno dei quali viene addirittura riconosciuto e consacrato come tale il diritto di ogni cittadino ad una tutela giurisdizionale effettiva, che oggi si connette *in primis* all'esistenza di norme idonee a rendere effettivo l'accesso al giudice ⁽⁶²⁾.

riflessione di Andrioli, prima, e di Proto Pisani, poi, si legge in I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 362, testo e nt 38, dove l'A. rimarca le differenze tra i casi in cui il principio di effettività della tutela «ha consentito scelte coraggiose» e casi in cui il legislatore, facendo prevalere un bilanciamento di interessi, abbia operato nella direzione opposta.

⁽⁶²⁾ Richiamo in parte i riferimenti contenuti nella prima parte di questo lavoro (spec. nt. 7 e 8), in particolare il riconoscimento esplicito contenuto nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, o Carta di Nizza, e negli artt. 7 e 13 della CEDU; sulla necessità di predisposizione di una effettiva tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e sulla determinazione dei relativi contenuti, si è più volte espressa anche la Corte di giustizia UE, sia pure prevalentemente per la risoluzione di questioni di diritto penale. Sull'effettività della tutela come effettività dell'azione concretamente esercitabile, v. N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 439 ss., spec. 450 ss., ove l'A. approfondisce il tema dei rimedi effettivi di cui chi accede alla giustizia deve poter disporre, fatto proprio dalla CEDU recuperando una più confacente applicazione dell'art. 13. In ottica di accesso alla giustizia, ma anche di concretezza e quindi effettività dei rimedi, v. D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 907 ss. Precisa I. PAGNI, *Effettività della tutela*, cit., 356, che è merito della Corte di Strasburgo e della Corte di giustizia, oltre ad aver tracciato il quadro delle garanzie «nel processo», quello di aver «fatto emergere i contenuti del diritto al processo». Di grande interesse e concretezza è pure la riflessione di G. VETTORI, *Effettività della tutela*, cit., 381 ss., che si estende sia sul piano normativo, nazionale ed europeo, sia su quello giurisprudenziale, ma sempre nell'ottica della strumentalità della tutela al diritto sostanziale, per cui «il rimedio presuppone sempre l'esistenza di una situazione giuridica protetta» (ivi 403); sulla stessa linea è A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Il giusto proc. civ.*, 2014, 826 ss. Per un'analisi dell'art. 47 e della sua destinazione, “interna” in confronto di istituzioni, organi e organismi dell'Unione, compresa la Corte di giustizia e i Tribunali, e “esterna” in confronto degli Stati membri, “nell'attuazione del diritto dell'Unione”, v. G. VITALE, *Il principio di effettività*, cit., 11; ancora secondo G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e mercato. Saggi*, 2017, 18, il principio di effettività è utilizzato dalla CGUE «per dare massima in attuazione alle Direttive in presenza di posizioni protette dell'ordine comunitario», mentre la Corte EDU si è occupata di garantire l'effettività del diritto di proprietà, delle tutele contrattuali e dei

Ma il ruolo propulsivo di certe idee non può essere attribuito solo alla normativa europea, la quale, prima della recezione nel nostro sistema, è stata preceduta dall'avvento della Carta costituzionale nel 1948, che conteneva in sé, già dalla versione originaria, gli elementi costitutivi di quelle idee, se non altro perché privilegiava, diversamente dal sistema precedente, la persona umana e i suoi diritti, piuttosto che la proprietà e i beni, sul quale esso si incardinava e soprattutto conteneva in sé l'art. 24, matrice del diritto di azione, spettante astrattamente ed indifferentemente a tutti i cittadini ⁽⁶³⁾.

È evidente, quindi, che la riflessione chiovendiana rappresenta solo la base di un percorso che, nel tempo, si è modellato sia in conformità alle sollecitazioni di provenienza europea e nazionale, sia in conseguenza dell'emersione di situazioni giuridiche nuove o di nuova denominazione, che presentavano esigenze di tutela a volte inesplorate fino a quel momento: in tale contesto, si pensi, per es., all'ampliamento progressivo dello spazio riservato alla tutela inibitoria e, anche in correlazione con esso, all'introduzione nel sistema di una figura generale di misura coercitiva, attraverso l'art. 614-bis c.p.c., a tutela di situazioni giuridiche diverse dalle obbligazioni per pagamento di una somma di denaro, che nella versione originaria del codice di rito non esisteva e che, col tempo e con le riforme che si sono succedute, è stata senz'altro potenziata ⁽⁶⁴⁾.

diritti sociali, in una serie di direzioni che l'A. esplicita dettagliatamente; sul richiamo alla concreta differenza tra il diritto di accesso alla giustizia e il diritto ad ottenere effettivamente quanto spetta, v. R. ORIANI, *Il principio di effettività*, cit., 25 ss.

⁽⁶³⁾ Per una serie di importanti riflessioni sul tema, v. A. PROTO PISANI, *Limiti all'attenzione della dottrina prevalentemente alla necessità di interventi sulla struttura e non anche sui bisogni di tutela*, cit., 89 ss.; con tono molto critico e poco condivisibile, S. CHIARLONI, *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 521 ss., spec. 543 s., che arriva a definire la lettura dell'art. 111, fatta da C. cost., n. 303 del 1986, come «formalismo delle garanzie» poiché «il diritto di azione non merita protezione costituzionale quando si è già titolari del diritto di agire per l'esecuzione forzata».

⁽⁶⁴⁾ Sul punto dell'ampliamento dello spazio della tutela inibitoria, è fondamentale riferire dell'apertura ad essa nell'ambito della tutela del consumatore, avvenuta con l'art. 7 della Direttiva 93/13/CEE. Quanto alle vicende della misura coercitiva generale *ex art.*

Cosa accade in caso di violazione del principio di effettività della tutela (giurisdizionale)? Proprio in ragione dell'ampiezza del principio la risposta non è facile né univoca.

Le direzioni dell'indagine sono almeno due:

se la violazione si realizza per mancanza di strumenti, quindi il legislatore è stato carente nel predisporre un determinato meccanismo processuale che avrebbe sicuramente potenziato il grado di tutela per quella certa situazione giuridica;

se la violazione si realizza perché, pur in presenza di un determinato strumento processuale di tutela, il giudice, col suo provvedimento, impedisca alla parte di utilizzarlo o, in altro modo, ne vanifichi l'utilizzazione.

Credo che nel secondo caso la strada maestra sia rappresentata dall'impugnazione del provvedimento giudiziale ⁽⁶⁵⁾; nel primo, invece, si esige un intervento del legislatore di tipo innovativo, quindi introduttivo di una nuova norma o della modifica di altra già esistente, non immediatamente utile per il caso concreto da cui l'esigenza sia sorta; oppure attraverso un pronunciamento della Corte costituzionale, che potrebbe anche fungere immediatamente per la risoluzione del caso concreto.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, quindi, non deroga alla regola sopra espressa, che impone la previsione normativa affinché un principio possa veramente definirsi tale;

614-bis, si deve riscontrare l'ampliamento della previsione dopo l'entrata in vigore della norma nel 2009, che ha condotto, con il recente d. lgs. n. 149/2022, alla possibilità di concessione della stessa anche da parte del giudice dell'esecuzione, oltre che di quello della cognizione. Sul tema delle misure coercitive e sull'analisi dei personali ripensamenti avvenuti nel periodo antecedente al 2009, v. A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, cit., 833; imprescindibilmente, A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione*, cit., 700 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cito, solo esemplificativamente, la pronuncia di Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2022, n. 28975, in www.rivistagiustizia.it, 2022, II, 139 ss., con mia nota, *Il termine di proposizione dell'appello nel processo sommario di cognizione*, con la quale la Corte, accogliendo il ricorso, ha precisato quale sia il *dies a quo* per la proposizione dell'appello contro l'ordinanza pronunciata in primo grado in un processo sommario di cognizione, contrapponendosi decisamente alla soluzione offerta dalla Corte d'appello nel precedente grado di giudizio.

ma contemporaneamente non trova univoca definizione in una norma; rappresenta, bensì, il contenuto, l'espressione, di una serie di istituti processuali, idonei allo scopo di somministrare all'avente diritto una tutela giurisdizionale non purchessia — quello sarebbe un risultato solo formalmente raggiunto — ma proprio quella a cui esso aveva interesse, quella congruente con il bisogno rappresentato al giudice attraverso la domanda ⁽⁶⁶⁾.

Il che non significa che quella domanda debba comunque essere accolta; l'effettività della tutela si realizza anche nel caso in cui la domanda venga rigettata, purché però l'avente diritto abbia potuto usufruire di strumenti processuali adeguati, che gli consentissero di operare per ottenere positivo riconoscimento del suo diritto, ancorché, alla fine, quello non sia intervenuto per oggettiva infondatezza della pretesa.

Sono condivisibili, pertanto, quelle opinioni che agganciano direttamente il principio di effettività all'art. 24 Cost., o considerandolo come una sorta di ampliamento della portata precettiva dell'articolo ⁽⁶⁷⁾, oppure considerando la norma costituzionale come elemento fondativo — anche se non il solo — del principio, nell'ottica della atipicità della stessa garanzia di accesso alla tutela, in presenza del solo interesse dell'istante ⁽⁶⁸⁾. Personalmente

⁽⁶⁶⁾ È molto netta l'opinione di C. RASIA, *Una critica al formalismo processuale da parte della Corte di cassazione*, disponibile *on line*, il quale condivide una decisione definita antiformalistica della Suprema Corte, l'ordinanza del 5 giugno 2019, n. 15276, secondo la quale è preferibile sempre che la domanda di giustizia venga esaminata nel merito. Precisa G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio*, cit., 20, che il principio di effettività è previsto nell'art. 13 (v. sopra nt. 62) della CEDU e come tale utilizzato dalla Corte EDU come «antidoto all'astrattezza delle situazioni soggettive e come strumento che amplia i compiti positivi degli Stati nell'attuazione dei rimedi adeguati alla protezione sostanziale».

⁽⁶⁷⁾ Così con molta chiarezza, G. VETTORI, *Effettività*, cit., 381 ss., il quale richiama la sentenza di C. cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Foro it.*, 2015, I, 1152, che individua nell'art. 24 «non solo il diritto ad un “giusto processo”, ma anche il diritto ad una tutela sostanziale effettiva». V. pure D. IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela giurisdizionale: note a margine di Cassazione 21255/2013*, in *Persona e mercato. Materiali e commenti*, 2014, 61.

⁽⁶⁸⁾ Così I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 387; nello stesso senso si può leggere G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio*, cit., 18, dove riferisce l'opinione di Cass., 27 giugno 2013, n. 21255 e di altre su tematiche specifiche — quale, per

ritengo che l'imprescindibile riferimento appena ricordato, proprio nel suo ampio ed atipico contenuto, contenga in sé il principio di effettività, in relazione al quale l'art. 24, *ab origine* norma precettiva, diviene programmatica, poiché dovrà comunque essere il legislatore ordinario a predisporre gli strumenti processuali di tutela effettiva dei soggetti, rendendo concreta la regola generale dettata dalla Costituzione (69).

10. Conclusioni.

La breve riflessione fatta nelle pagine precedenti mi consente di giungere ad alcune conclusioni, convalidando il presupposto da cui sono partita, secondo il quale il migliore inquadramento della norma processuale non è di tipo statico, e quindi formale o classificatorio, ma di tipo funzionale: la legge processuale può rappresentare meritevole oggetto di indagine solo se la si intende come legge dettata in funzione della tutela giurisdizionale dei diritti (almeno per quel che riguarda la legge processuale civile).

È proprio e sempre nell'ottica della realizzazione dello scopo istituzionale che appare legittimo porsi il problema del rapporto che intercorre, all'interno della vasta compagine delle norme

es., il rilievo officioso di nullità del contratto — che considera il principio di effettività come regola cardine dell'ordinamento costituzionale, volta ad «assicurare il diritto ad un rimedio adeguato al bisogno di tutela» di quella certa situazione sostanziale.

(69) Altra tendenza manifestata dagli interpreti riguarda il collegamento tra il descritto principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello di ragionevole durata del processo o di "efficienza" dello stesso, sempre chiovendianamente inteso, nel senso che la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione; in tale direzione il principio di effettività finisce per operare in modo congruente con quello di efficienza della giurisdizione: occorre possibilmente evitare che un processo, pur assistito dalla presenza di tutti i meccanismi idonei a rendere effettiva la tutela, non raggiunga l'ottimale risultato perché impedito dall'eccessiva lunghezza dello stesso e quindi dall'eccessivo ritardo nella somministrazione proprio di quella tutela: la riflessione è di I. PAGNI, *Effettività della tutela*, cit., 357, ma anche di R. ORIANI, *op. cit.*, 74 s. Per una lettura recente del principio, al quale viene "raccordato" quello di strumentalità delle forme processuali, si v. Cass., Sez. Un., 12 marzo 2024, n. 6477 che impone, a pena di nullità, la sottoscrizione con firma digitale del ricorso per cassazione redatto e notificato in forme telematiche, a meno che non sia possibile ricavare *aliunde* elementi comprovanti la certa paternità dell'atto, in applicazione del principio del raggiungimento dello scopo.

processuali, tra la legge, che è necessariamente legge ordinaria, e i principi, che appartengono alla normativa di rango superiore e quindi si pongono necessariamente come sovraordinati rispetto alle prime; essi peraltro non perdono la loro connotazione neppure nei casi in cui il principio trovi una sua collocazione anche all'interno del testo di legge ordinaria, come nel caso, già richiamato, del principio del contraddittorio.

Quindi, posto come punto di partenza l'inquadramento funzionale della legge processuale in genere, al suo interno il rapporto che intercorre tra principio e norma ordinaria è chiaro: la sovraordinazione del primo rispetto alla seconda fa sì che quello sia costantemente condizionante l'altra, la quale vi si deve conformare, sia nel momento genetico — quindi mediante osservanza da parte del legislatore — sia nel momento applicativo, con correlativo obbligo di decisione congruente da parte del giudice. Quella sin qui descritta è una relazione, mi pare, indiscussa e indiscutibile, come dimostra anche la giurisprudenza costituzionale, con le decisioni — non numerosissime, in verità — che le è dato di pronunciare in tema di legge processuale.

In conseguenza l'asse dell'indagine si è spostata su altro interrogativo: quali sono i principi che si collocano nel solco appena descritto? La risposta mi è parso che non potesse prescindere da un'indagine di tipo genetico, che ripercorresse, cioè, il momento formativo dei principi di volta in volta presi in esame, per capire se, almeno allo stato attuale, tutti quelli che vengono definiti con quell'unico lessico, appartengano effettivamente ad un'omogenea categoria oppure no.

La risposta cui aspiravo è stata negativa, il che impone necessariamente di operare un distinguo, all'interno dell'ampia compagine dei principi, tra quelli ab origine radicati in una norma di legge — generalmente, come ho già segnalato, di rango superiore a quella ordinaria e specialmente di rango costituzionale — e gli altri che vengono immessi nel sistema pur essendo di genesi non normativa.

Il riferimento cade qui, evidentemente, sui principi costruiti

attraverso l'attività giurisprudenziale: non si vuole, con ciò, certamente demonizzare quel tipo di attività giurisprudenziale, a volte meritoria, ma appare necessario attribuire a ciascuno dei prodotti, normativo o giurisprudenziale, il giusto ruolo, non, ovviamente, a scopo classificatorio, ma sempre in ottemperanza a quella funzionalità che spiega l'esistenza stessa e l'operatività della norma processuale.

Ed allora, convenendo con una serie di riflessioni di Andrea Panzarola, più volte evocato nel corso del lavoro, si è preferito non già negare la natura — o meglio la potenzialità — dei “principi” di elaborazione giurisprudenziale, ma offrire agli stessi un inquadramento di tipo subordinato rispetto a quelli di genesi normativa, definendoli regole di giudizio e ritenendo che comunque essi possano assurgere al rango di principi, ma solo se e dopo che il legislatore li abbia recepiti trasfondendoli in una norma.

È quanto accaduto, come ho già sopra evidenziato, con alcuni c.d. principi, quale quello di ragionevolezza delle decisioni, o quello, ancora più attuale, di chiarezza e sinteticità degli atti: il primo è rimasto a livello di regola aulica, invocata dalla giurisprudenza per le ragioni più disparate ⁽⁷⁰⁾, ma sostanzialmente mai recepito in una norma, non potendosi considerare recezione, per es., l'abrogato disposto dell'art. 348-*bis*, primo comma, in base al quale l'appello poteva essere dichiarato inammissibile perché non dotato della ragionevole probabilità di essere accolto.

In conseguenza il c.d. principio di ragionevolezza resta, a mio avviso, una regola di giudizio, mentre quello di chiarezza e sinteticità degli atti, nato sicuramente con analoga caratteristica, può dirsi assunto a principio in ragione della recezione normativa di cui ho parlato nelle pagine precedenti.

In verità le regole di giudizio che rimangono tali nel tempo sono pochissime; ciò che ha creato dei problemi è spesso la modalità di emersione ed affermazione di determinati — almeno nel

⁽⁷⁰⁾ È ciò che rende preferibile il richiamo alle riflessioni di carattere filosofico di S. ZORZETTO, *Ragionamento giuridico e ragionevolezza*, in AA.VV., *Intorno al ragionamento giuridico*, Roma, 2022, 13 ss.

divenire — principi, che la giurisprudenza faccia, dando vita, per esempio, ai casi di *overruling* sopra richiamati.

In conseguenza, se un problema di confine tra le ricordate categorie di norme processuali dovesse sussistere, si potrebbe porre nel periodo intermedio tra l'elaborazione-acquisizione dello stesso e la presa in carico da parte del legislatore; è quel periodo in cui, dietro il paravento — inteso in senso letterale e non deteriore — della motivazione, la giurisprudenza elabora una regola, la fa propria nel caso concreto e ne proietta l'applicazione nel futuro: questo potrebbe essere un momento critico nel quale la norma processuale recede rispetto alla regola di elaborazione giurisprudenziale, senza che quest'ultima possa considerarsi ancora principio. Si realizza così una sorta di criticità nella gerarchia delle fonti, non rilevante dal punto di vista statico, della gerarchia stessa, quanto dal punto di vista degli effetti che quella situazione produce sul processo in corso.

Il problema del confine, o meglio dei ruoli, pertanto, sorge non nel rapporto tra norma processuale e principio (che sia effettivamente tale e come tale sovraordinato ad essa), ma tra norma processuale e regola di giudizio, che la giurisprudenza elabora ed impone, a prescindere dal fatto che sempre, o quasi sempre, quelle regole di giudizio siano congruenti con le esigenze del processo e funzionali ad una realizzazione più effettiva della tutela giurisdizionale.

Al di là, quindi, del profilo definitorio, la regola di giudizio di volta in volta elaborata dalla giurisprudenza non è un principio, col quale la legge ordinaria si debba rapportare secondo i canoni tradizionali della gerarchia delle fonti; ciò che può apparire discutibile è l'utilizzazione che la giurisprudenza ne faccia a mo' di principio, che Andrea Panzarola, proprio con riguardo alla chiarezza e sinteticità degli atti, ha considerato "utilitaristico" ⁽⁷¹⁾; tuttavia, al di là del severo giudizio appena riportato, penso che la salvaguardia del contegno giurisprudenziale evidenziato non

(71) *Id.*, *Principi e regole*, cit., spec. 25 ss.

possa che risiedere proprio nel richiamo del criterio funzionale: l'elaborazione e l'utilizzazione della nuova regola di giudizio, al di là della possibilità che sia utile per risolvere il caso concreto, è sicuramente funzionale alla tutela e ad un migliore risultato di essa. Se così non fosse, la decisione che l'ha accolta sarebbe illegittima. Quindi il criterio funzionale, già prescelto per una migliore lettura delle norme processuali e dei rapporti tra le stesse ed i principi sovrastanti, rappresenta una salvaguardia per determinate scelte della giurisprudenza, allorché si accinga a decidere invocando una regola, pur utile, ma non codificata.

ABSTRACT: Il saggio contiene una riflessione sulla legge processuale sviluppata secondo un criterio funzionale e sui rapporti tra principi e norme ordinarie. L'A. si sofferma, in particolare, sui principi di sinteticità degli atti e di effettività della tutela giurisdizionale.

ABSTRACT: *The essay contains a reflection on procedural law developed according to a functional criterion and on the relationships between ordinary principles and norms. The author focuses, in particular, on the principles of conciseness of pleadings and effectiveness of judicial protection.*

dialoghi con la giurisprudenza

Corte di Cassazione, Sez. I, ordinanza 15 gennaio 2024,
n. 1390

Pres. Valitutti, Rel. Caiazza

È rimessa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, il regime del vizio cagionato dalla mancata nomina del curatore speciale del minore nei procedimenti relativi alla dichiarazione di adottabilità o in cui vengono emessi provvedimenti limitativi, ablativi, o restitutivi della responsabilità genitoriale (massima non ufficiale) (1).

(1) Il regime processuale del vizio relativo alla mancata nomina del curatore speciale nel minore

SOMMARIO: 1. La questione rimessa alle Sezioni Unite: introduzione. – 2. L'auto-determinazione del minore d'età e la qualifica di parte nel processo civile. – 3. I procedimenti che "coinvolgono" il minore. – 4. Il curatore speciale del minore dopo la riforma Cartabia. – 5. Le conseguenze della mancata nomina del curatore speciale. – 5.1. La nullità per vizio della *legitimitas ad processum*. – 5.2. La nullità per vizio relativo all'integrità del contraddittorio, nel senso della mancanza di una parte necessaria. – 5.3. Il regime della nullità varia in ragione della fattispecie considerata. – 6. I poteri officiosi del giudice e il ruolo del Pubblico ministero nel processo minorile. – 7. Conclusioni, in attesa delle Sezioni Unite.

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite: introduzione.

Con l'ordinanza n. 1390/2024 (1) è stata rimessa alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, la questione, oggetto di contra-

(1) Già annotata da L. DURELLO, *Alle Sezioni Unite la questione sul giudice al quale*

sto, circa le conseguenze della mancata nomina del curatore speciale del minore nei procedimenti di adottabilità e/o di adozione di provvedimenti limitativi, ablativi, o restitutivi della responsabilità genitoriale.

Il caso di specie prende le mosse da una intricata vicenda di adozione di un minore, disposta a seguito di provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale della madre. Il ricorso per Cassazione, proposto dalla nonna materna del minore, è stato affidato a tre motivi, con uno dei quali è stata denunciata la nullità del procedimento per omessa nomina del curatore speciale del minore.

La Prima Sezione ha rilevato che, per consolidato orientamento della Cassazione, nei procedimenti relativi alla dichiarazione di adottabilità o in quelli in cui vengono modificate le caratteristiche principali connesse al fascio di doveri, obblighi e facoltà che fanno capo ai genitori con l'emissione di provvedimenti ablativi, limitativi, restitutivi della responsabilità genitoriale, «al minore che non sia già rappresentato da un tutore, deve necessariamente essere nominato un curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.*, in mancanza del quale il giudizio è nullo e la nullità è rilevabile d'ufficio, per mancata costituzione del rapporto processuale e violazione del contraddittorio» (2).

Tanto ribadito, la Sezione Prima, ha ritenuto sussistente al riguardo un contrasto di giurisprudenza con riferimento al regime del vizio che così si determinerebbe e ha individuato gli antagonisti orientamenti che si sono formati in seno alle sezioni semplici.

Secondo un primo orientamento, la mancata nomina del curatore cagionerebbe la nullità del procedimento con rinvio al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 354 (o dell'art. 383) c.p.c.; diversamente, secondo altro orientamento, più "rispettoso" del principio della ragionevole durata del processo, l'ipotesi in esame

va rinviata la causa per mancata nomina del curatore speciale, in *Judicium*, 2023, 491 ss.; A. NOCERA, *Adozione: rimessa alle SSUU la nullità per l'omessa nomina del curatore speciale del minore*, in *Quotidiano giur.*, dal 12 febbraio 2024.

(2) Così l'ordinanza, § "Motivi della decisione".

non rientrerebbe tra quelle tassativamente previste dall'art. 354, 1° comma, c.p.c., con la conseguenza che il giudice dell'appello dovrebbe procedere, per quanto possibile, alla rinnovazione degli atti viziati, senza che il processo possa retrocedere in prime cure.

Le Sezioni Unite, quindi, saranno chiamate a sciogliere il contrasto non pronunciandosi sulle disposizioni introdotte sul punto dalla riforma Cartabia, disposizioni alle quali, infatti, l'ordinanza non riserva alcuna attenzione perché *ratione temporis* non applicabili al caso di specie. Tuttavia, riteniamo opportuno riflettere anche sull'attuale contesto normativo ⁽³⁾, tracciando una breve evoluzione della posizione del minore nel processo familiare e minorile, e segnalando sin da ora che le modifiche introdotte nel 2022 incidono, a nostro sommo avviso, anche sul regime del vizio derivante dall'omessa nomina del curatore speciale.

2. L'autodeterminazione del minore d'età e la qualifica di parte nel processo civile.

L'idea che, nei procedimenti che incidono sui suoi diritti, il minore sia una parte del processo (come espressione di un centro di interessi distinto da quello dei genitori) è molto recente e, invero, ha faticato ad affermarsi nel nostro ordinamento ⁽⁴⁾. La

⁽³⁾ Anche L. DURELLO, *Le Sezioni Unite*, cit., in commento alla stessa ordinanza, illustra le novità della riforma Cartabia ritenendole centrali nella soluzione del contrasto.

⁽⁴⁾ Sulla partecipazione del minore al processo civile, il rinvio è, senza pretese di completezza, agli studi di F. TOMMASEO (tra i quali soprattutto *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. dir.*, 2007, 409 ss.; *Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam. dir.*, 2009, 254 ss.; *Id.*, *La Cassazione sul curatore speciale del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam. dir.*, 2009, 678 ss.; *Id.*, *Ancora sulla curatela del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam. dir.*, 2009, 808 ss.; *Id.*, *La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, in *Fam. dir.*, 2011, 547 ss.; *Id.*, *La nuova giustizia familiare: le norme di legge ordinaria previste dalla riforma*, in *Fam. dir.*, 2022, 426 ss.) e di R. DONZELLI, (*I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, Torino, 2018, spec. 241 ss.; *Id.*, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, in *Judicium. it*, dal 31 gennaio 2022; *Id.*, V. GUIDARELLI, *Commento all'art. 473-bis.8*, in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie. Commento ragionato*, a cura di R. Donzelli e G. Savi, Milano, 2023, 80 ss.; *Id.*, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, spec. 53 ss.) e B. POLISENO (*Profili di tutela del minore nel processo civile*,

mancanza di capacità d'agire del minore d'età si è storicamente tradotta nell'impossibilità di richiedere autonomamente tutela giurisdizionale e nella necessità, quindi, che gli interessi del minore fossero tutelati processualmente dai genitori, dovendosi ricorrere poteri sostitutivi a figure vicariali esclusivamente in casi "patologici" in cui i genitori non volessero o non potessero rappresentare il minore.

Senza poter qui ripercorrere l'evoluzione normativa, giurisprudenziale e — prima ancora — socio-culturale sottesa al riconoscimento del minore come parte del processo, può comunque dirsi che le sollecitazioni principali per il mutamento della condizione (sostanziale e processuale) del minore sono arrivate dalle convenzioni internazionali, che hanno innescato nell'ordinamento interno l'esigenza del cambiamento. Si fa riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo ⁽⁵⁾ e alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli ⁽⁶⁾, le quali consacrano il mi-

Napoli, 2017, passim, spec. 62 ss., 259 ss.; EAD., *Il minore (tutela processuale)*, voce dell'*Enc. dir., Famiglia*, a cura di F. MACARIO, Milano, 2022, 866 ss.; EAD., *Il curatore speciale, il tutore e il curatore del minore*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECHELLA, Torino, 2023, 57 ss.; EAD., *Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, 2022, *Gli Speciali del Foro it.*, 344 ss.).

Si veda, ancora, L. QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, passim, spec. 83 ss.; EAD., *Minore e processo nelle riflessioni della Cassazione: capacità processuale, difesa e ascolto alla luce delle fonti internazionali*, in *Giustizia senza confini, Studi offerti a F. Carpi*, Bologna, 2012, 372 ss.; C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, spec. 33 ss.; ID., *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, Pisa, 2024, 63 ss.; A. ARCIERI, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole dell'ascolto e la rappresentanza*, in *Fam. dir.*, 2022, 387 ss.; D. D'ADAMO, *Il curatore speciale del minore*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1330 ss.; G.O. CESARO, *L'estensione e valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 63 ss.

⁽⁵⁾ Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176.

⁽⁶⁾ Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con l. 2 marzo 2003, n. 77. Ci limitiamo a segnalare l'art. 4, § 1 (che recita: «Salvo quanto previsto dall'articolo 9, quando il diritto interno priva i detentori delle responsabilità genitoriali della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interesse, il minore ha il diritto di richiedere, personalmente o tramite altre persone od organi, la designazione

nore come titolare di diritti soggettivi e riconoscono al fanciullo, ove dotato di capacità di discernimento, il diritto di esprimere la propria opinione nei procedimenti in cui devono essere assunte decisioni che lo riguardano.

Proprio sulla base di questi atti normativi di matrice sovranazionale la Corte Costituzionale è arrivata a riconoscere, dopo iniziali incertezze, che (in alcuni procedimenti) il minore è «parte del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c.» (7).

È evidente, a questo punto, che per affermare che il minore è parte del processo, occorre individuare prima la nozione di «parte» cui si intende fare riferimento, poiché è noto che il termine nel codice di rito assume significati diversi (8). Alcune disposizioni del codice di procedura civile (cfr. gli artt. 28, 29 e 102 c.p.c.) si riferiscono ai soggetti del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, così rimandando — anche nel processo — al rilievo della nozione di «parte in senso sostanziale». Altre volte (cfr. gli artt.

di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria.») e l'art. 9, § 1 (che recita: «Nei procedimenti che riguardano un minore, quando in virtù del diritto interno i detentori delle responsabilità genitoriali si vedono privati della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interessi, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti»).

(7) Cfr. Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Fam. dir.*, 2002, 229 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Giudizi camerali de potestate e giusto processo* e di A. ODINO, N. PASCHETTI, *La Corte Costituzionale non risponde: un'occasione perduta, sarà Strasburgo a dire l'ultima parola?*; in *Giur. it.*, 2002, 903 ss., con nota di L. BERTORELLO, *Nota sulla legittimità costituzionale del procedimento ablativo o modificativo della potestà parentale*. Vedi anche Corte Cost., 12 giugno 2009, n. 179, in *Fam. dir.*, 2009, 869 ss., con nota di M. ARCERI, *Il minore ed i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata*.

(8) Tra gli studi tradizionali sulla nozione di «parte», si ricordano S. SATTA, *Il concetto di parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 69 ss.; C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959; ID., *Delle parti*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, I, 2, Torino, 1973, 881 ss.; S. COSTA, voce *Parti*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 499 ss.; A. PROTO PISANI, voce *Parte del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 917 ss.; F. TOMMASEO, voce *Parti: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; R. MURRA, voce *Parti e difensori*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 262 ss.; F. CORSINI, voce *Parti (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Treccani online*, 2019.

38, 40, 41, 52 e 96 c.p.c.), le disposizioni disciplinano il comportamento dei soggetti che compiono o ricevono gli atti processuali e possono essere anche destinatari dei provvedimenti del giudice. Si parla, a questo proposito, di «parte in senso processuale». Ancora, si ammette una nozione di «parte complessa» nei fenomeni di rappresentanza legale. In queste ipotesi, il rappresentante «sta in giudizio», non in nome proprio, ma in nome dell'incapace (il rappresentato) il quale, peraltro, resta il destinatario degli effetti dei provvedimenti, di rito o di merito, che saranno adottati dal giudice. Per tale motivo si ritiene che parte in senso processuale sia il rappresentato e non il rappresentante, il quale si limita ad esercitare le posizioni processuali «attive» del rappresentato (poteri e facoltà, doveri ed oneri processuali), compiendo gli atti processuali. Pertanto, nella parte complessa realizzata da rappresentante e rappresentato si può distinguere la parte in senso processuale (il rappresentato) e la «parte in senso formale» (il rappresentante) ⁽⁹⁾.

Rievocati i concetti tradizionali, e chiarito che il minore, nei procedimenti che coinvolgono i suoi diritti, è sicuramente parte in senso sostanziale ⁽¹⁰⁾, il nostro codice di procedura all'art. 75, comma 2, prevede che le «persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità». Per questo motivo, il minore d'età, che non è capace d'agire in virtù di quanto disposto dall'art. 2 c.c., è di regola rappresentato nel processo del genitore (o da chi esercita la responsabilità sul minore).

Ancora, secondo l'impostazione tradizionale, unicamente nei casi in cui, ai sensi dell'art. 78 c.p.c., manca la persona a cui spet-

⁽⁹⁾ Nella manualistica, sul concetto di parte, vedi G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2024, 191-192; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 14^a ed., I, Milano, 2023, 169; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 4^a ed., Milano, 2019, 149, 186; G. RUFFINI (a cura di), *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2023, spec. 300 ss.; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, 9^a ed., Milano, 2023, 109 ss.

⁽¹⁰⁾ V. G. RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam.*, 2006, 1257 ss.

ta la rappresentanza o vi sia conflitto di interessi tra il rappresentante e il rappresentato, può essere nominato il curatore speciale ⁽¹¹⁾. Si tratta di una legittimazione straordinaria e transitoria, destinata a durare per quello specifico processo, sostitutiva rispetto a quella in generale affidata al rappresentante legale ⁽¹²⁾.

3. I procedimenti che “coinvolgono” il minore.

Siamo, quindi, giunti alla conclusione che l’opinione maggioritaria ritiene che il minore degli anni diciotto — prima privo di qualsiasi prerogativa processuale, poi ritenuto parte solo in senso sostanziale — sia parte a tutti gli effetti del processo familiare.

Si pone un interrogativo successivo, poiché è affermazione ricorrente nella dottrina e nella giurisprudenza che il minore sia parte «nei procedimenti che lo coinvolgono». Tuttavia, l’applicazione pratica di tale affermazione si è dimostrata assai difficoltosa, influenzata dalla natura della giurisdizione coinvolta, ritenuta perlopiù volontaria ⁽¹³⁾ e non contenziosa, e dal riconoscimento che, in alcuni procedimenti, i diritti del minore non sarebbero davvero coinvolti, o lo sarebbero solo indirettamente. Al riguardo, si richiama spesso l’art. 320 c.c., che assegna al giudice tutelare un potere di controllo meramente formale per l’autorizzazione al compimento di determinati atti nell’interesse del minore.

È stato, altresì, rilevato che tutti i procedimenti che “coinvolgono” il minore presentano gli stessi caratteri e — di conseguenza — le stesse esigenze di tutela ⁽¹⁴⁾, a prescindere dalla natura contenziosa o giusvolontaristica del giudizio, e più precisamente

⁽¹¹⁾ Sul curatore speciale nel processo, tra gli altri, L. DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 840 ss.

⁽¹²⁾ Così E. REDENTI, voce *Atti processuali*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 11.

⁽¹³⁾ Si sostiene che, nel caso del minore e in relazione ai diritti indisponibili del fanciullo, il fondamento della giurisdizione è volontario, e cioè al giudice è assegnato il compito di regolare e tutelare queste situazioni sostanziali (come è messo in evidenza da F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., IV, 122-123).

⁽¹⁴⁾ Per simili considerazioni, ci sembra, F. DANOVI, *La crisi della famiglia. Il processo di separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2015, 150 ss.

in ogni caso in cui il processo sia destinato a concludersi con un provvedimento giurisdizionale idoneo ad incidere sui diritti fondamentali del minore ⁽¹⁵⁾. Nel procedimento di famiglia in senso lato, infatti, l'intervento del giudice è richiesto a tutela di interessi e diritti personalissimi e costituzionalmente garantiti del minore d'età che influiscono sullo sviluppo psico-fisico del fanciullo.

Se tutto questo è vero, il problema non è tanto l'acquisizione (anche potenziale) della qualità di parte del minore, quanto l'esigenza che in alcune ipotesi — non essendo possibile per i genitori curare in giudizio gli interessi del figlio — tale acquisizione sia subordinata all'esistenza di una figura, diversa dai genitori, che garantisca che il minore sia effettivamente una parte autonoma e libera di veicolare, attraverso tale soggetto nominato *ad hoc*, le proprie istanze nel processo.

Questa esigenza, oggi tradotta in una norma positiva, emergeva già prima, sia in virtù di alcune disposizioni, che grazie al lavoro della giurisprudenza di legittimità.

Ad esempio, iniziando dai procedimenti sullo *status filiationis*, la nomina del curatore speciale del minore è espressamente prevista nell'azione di disconoscimento della paternità di cui all'art. 244 c.c., nell'azione di contestazione e reclamo dello stato di figlio legittimo (cfr. artt. 244, 248 e 249 c.c.), nelle impugnazioni per difetto di veridicità del riconoscimento di cui all'art. 264 c.c. In proposito, si ricorderà che la giurisprudenza di legittimità ritiene che nelle azioni di stato il minore sia parte necessaria del processo ai sensi dell'art. 102 c.p.c., nel senso che la mancata nomina del curatore speciale determina un vizio di integrità del contraddittorio ⁽¹⁶⁾.

Stando così le cose è probabilmente — meno agevole, ma più — corretto rilevare che il minore è parte in senso processuale in tutti i procedimenti che lo coinvolgono, e partecipa al giudizio rappresentato processualmente, di regola, dai genitori e può

⁽¹⁵⁾ Vedi G. RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti*, cit., spec. 1260-1261.

⁽¹⁶⁾ Per i necessari riferimenti di giurisprudenza, vedi *infra* in questo paragrafo.

esprimere la propria opinione (attraverso l'istituto dell'ascolto).

Solo in relazione ad alcune fattispecie, il minore d'età deve essere rappresentato processualmente da figure *ad hoc* (il tutore o il curatore *ad processum*). La prima di queste ipotesi, come ormai da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità⁽¹⁷⁾, è quella relativa ai procedimenti di dichiarazione dello stato di adottabilità di cui alla l. 4 maggio 1983, n. 184, procedimenti che incidono sul fascio delle facoltà e dei diritti del figlio, così come sugli obblighi di chi esercita la responsabilità genitoriale, ai quali oggi si aggiungono⁽¹⁸⁾ i procedimenti in materia di affidamento. Peraltro, l'art. 8, comma 4, della l. n. 184/1983 prevede che il procedimento di adottabilità debba «svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore (...)», ritenendosi necessaria — non solo la nomina di un rappresentante legale *ad hoc*, coincidente, in mancanza del tutore, con il curatore speciale, ma anche — la nomina di un rappresentante in senso tecnico (evidentemente diverso dal difensore delle altre parti del processo).

Analoghe considerazioni valgono per i giudizi di decadenza, limitazione o ripristino della responsabilità genitoriale *ex art.* 330, 332 e 333 c.c., come confermato più di venti anni fa dalla Corte Costituzionale⁽¹⁹⁾ e dalla giurisprudenza di legittimità⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Cfr., oltre all'ordinanza in nota, Cass. 25 gennaio 2021, n. 1472; Cass. 17 febbraio 2010, n. 3804, in *Dir. fam.*, 2010, 1201 ss., con nota di G. MAGNO, *Ancora sulla rappresentanza e difesa del minore nel giudizio per la dichiarazione dello stato di adottabilità*; in *Dir. giu.*, 2010, 221 ss., con nota di S. BOCCAGNA, *L'avvocato del minore*.

⁽¹⁸⁾ Come si vedrà *infra*, § 4.

⁽¹⁹⁾ Anche se via di *obiter dictum*. Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, con nota di A. PROTO PISANI, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*, in *Gius. civ.*, 2022, 1476 ss., con nota di G. TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*; in *Fam. dir.*, 2002, 545 ss., con nota di F. TOMMASEO, *La corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*.

⁽²⁰⁾ Si veda, ad esempio, Cass. 13 dicembre 2022, n. 36316, secondo la quale: «nei giudizi riguardanti l'adozione dei limitativi, ablativi, o restitutivi della responsabilità genitoriale, al minore che non sia già rappresentato da un tutore, deve necessariamente essere nominato un curatore speciale *ex art.* 78 c.p.c., in mancanza del quale il giudizio è nullo e la nullità è rilevabile d'ufficio, per mancata costituzione del rapporto processuale e violazione del contraddittorio. In tali procedimenti, infatti, come in tutti gli altri per i quali sia prescritta la difesa tecnica del minore, quest'ultimo è parte in senso formale ed il conflitto di interessi deve ritenersi presunto, a differenza dei giudizi in cui il minore sia

La Cassazione ha spesso affermato che l'inidoneità del genitore a rappresentare l'interesse del figlio minore fosse da ritenersi *in re ipsa*, come per i procedimenti di adottabilità, proprio in ragione della ricorrenza delle limitazioni in punto di responsabilità genitoriale ⁽²¹⁾. Peraltro, l'art. 336, ultimo comma, c.c., aggiunto dalla l. n. 149/2001, prevede che i genitori e il minore siano assistiti da un difensore nei procedimenti *de quo*, previsione che è stata condivisibilmente interpretata nel senso che il minore abbia diritto ad una difesa distinta da quella dei genitori ⁽²²⁾. Il dato, seppure letteralmente riferibile all'istituto della rappresentanza tecnica, apre la strada alla nomina di un rappresentante *ad hoc* del minore, ancora una volta rinvenuto nel curatore speciale (almeno nell'ipotesi di decadenza di entrambi i genitori).

Diversamente, la necessità che il minore sia coadiuvato processualmente da figure *ad hoc* non è tradizionalmente emersa rispetto ai procedimenti aventi ad oggetto il mero esercizio della responsabilità genitoriale o in quelli di separazione personale tra coniugi e divorzio. Nel primo caso, la giurisprudenza ha sostenuto che non fosse rintracciabile *ex ante* un conflitto di interessi tra genitori e minori, ma che lo stesso fosse eventualmente accertabile, caso per caso, in concreto ⁽²³⁾. Quanto ai giudizi di separazione e divorzio, l'esclusione della qualità di parte processuale autonoma per il minore è stata argomentata a partire dallo scopo dei procedimenti che sarebbe di regolamentazione dello *status* dei coniugi ⁽²⁴⁾. Peraltro, la Corte di cassazione ha più volte sostenuto al ri-

soltanto parte in senso sostanziale, ove la sussistenza del conflitto di interessi ai fini della nomina del curatore speciale deve essere valutata caso per caso (Cass. 6 dicembre 2021, n. 38719)».

⁽²¹⁾ Cfr., tra le più recenti, Cass. 20 aprile 2023, n. 10666; Cass. 6 dicembre 2021, n. 38720.

⁽²²⁾ C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, 33 ss., spec. 41.

⁽²³⁾ La Cassazione ha al riguardo affermato la necessità di verificare caso per caso il livello di conflittualità esistente tra i genitori: cfr., *ex multis*, Cass. 24 maggio 2018, n. 12957, in *Foro it.*, 2018, I, 2364 ss.

⁽²⁴⁾ Secondo F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 153, il riconoscimento del minore come titolare di una posizione processuale autonoma «incrementerebbe

guardo che può essere ritenuto adeguato “surrogato” dell’effettiva partecipazione l’istituto dell’ascolto del minore, adempimento sempre necessario quando sussista capacità di discernimento del minore in relazione a tutti i procedimenti che lo riguardano ⁽²⁵⁾.

4. Il curatore speciale del minore dopo la riforma Cartabia.

Con l. 26 novembre 2021, n. 206 e con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (la riforma c.d. Cartabia), il legislatore ha introdotto nuove regole anche in materia di diritto delle persone, dei minorenni e delle famiglie ⁽²⁶⁾. È stato così inserito nel Libro II del

la contenziosità del processo di separazione e divorzio, non soltanto appesantendolo dal punto di vista delle attività delle parti, ma soprattutto immettendo il minore a pieno titolo nel conflitto, invece che proteggerlo».

⁽²⁵⁾ L’orientamento della Cassazione rispetto ai procedimenti di separazione e divorzio è stato criticato dalla dottrina maggioritaria, la quale ha ritenuto che il minore possa essere parte autonoma, anche potenziale, dei suddetti procedimenti, essendo titolare di situazioni giuridiche che vengono incise dai provvedimenti giurisdizionali, tanto che sarebbe possibile per il minore intervenire volontariamente ai sensi dell’art. 105 c.p.c. Così, G. RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti*, cit., 1270; F. CIPRIANI, *I processi di separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 503 ss., 506.

⁽²⁶⁾ Sulle disposizioni del nuovo modello unico introdotto dalla riforma la letteratura è già molto copiosa. Senza pretese di esaustività, accanto agli studi già citati, si vedano i volumi AA.VV., *Riforma del processo per le persone, i minorenni e le famiglie*, a cura di R. GIORDANO, A. SIMEONE, Milano, 2022; AA.VV., *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, 2022, *Gli speciali del Foro it.* 4/2022, cit.; AA.VV., *La riforma Cartabia nel processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di R. TISCINI, con il coordinamento di M. FARINA, Pisa, 2023, spec. 755 ss.; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, spec. 138 ss.; AA.VV., *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECHELLA, cit.; AA.VV., *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. DIDONE e F. DE SANTIS, Padova, 2023, spec. 489 ss.; AA. VV., *Procedimenti relativi alle persone, ai minori e alle famiglie. Commento ragionato*, a cura di R. DONZELLI e G. SAVI, cit.; AA.VV., *Le nuove misure di protezione dell’autonomia dei minorenni*, a cura di C. PILA, Padova, 2023. Poi ancora, M.A. LUPOLI, *Il processo di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1003 ss.; ID., *Il “nuovo” procedimento di separazione e divorzio, tra barriere preclusive e ruolo attivo del giudice*, ivi, 2023, 447 ss.; F. DANOVÌ, *Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Fam. dir.*, 2022, 300 ss.; ID., *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2022, 837 ss.; ID., *Il nuovo rito unitario per i processi relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, in *Giur. it.*, 2023, 712 ss.; ID., *Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 467 ss.; A. GRAZIOSI, *Sui provvedimenti provvisori ed urgenti nell’interesse dei genitori e dei figli minori*, in *Fam. dir.*, 2022, 368 ss.; F. TOMMASEO, *La nuova giustizia*

codice di rito il nuovo titolo IV-*bis* «Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie». Si tratta, perlopiù, di modifiche ritenute necessarie, dato che gli operatori del settore invocavano da tempo la sistemazione di una tutela disomogenea (27), che non sempre riusciva a realizzare uno dei suoi obiettivi principali e, cioè, la protezione del soggetto minore d'età. È, infatti, considerazione condivisa quella per cui l'interesse del minore si pone in posizione di preminenza (28) rispetto agli altri interessi (a volte antagonisti) che vengono in rilievo nelle relazioni familiari e/o nei rapporti di filiazione, svelandosi come la ragione reale della differenziazione delle regole processuali che interessano questo settore, insieme con la indisponibilità della maggior parte dei diritti coinvolti (29).

Tra le disposizioni comuni del modello unitario figurano subito (30) le regole sul curatore speciale (art. 473-*bis*.8), e più in

familiare: le norme di legge ordinaria previste dalla riforma, in *Fam. dir.*, 2023, 288 ss.; ID., *Nuove regole per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2023, 422 ss.; R. DONZELLI, *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *Judicium.it*, dal 13 aprile 2023; G. COSTANTINO, *Questioni di coordinamento tra il nuovo «procedimento unificato» e le altre forme di tutela giurisdizionale delle persone, dei minorenni e delle famiglie*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 169 ss.; C. CECHELLA, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1090 ss.; ID., *La riforma del processo in materia di persone, minorenni e famiglie dopo il d.lgs. n. 149/2022*, in *Quest. Giust.*, 2023, 1.

(27) Vedi C. CECHELLA, *Diritto e processo*, cit., 1 ss., 13 ss.; ID., in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., 22, ove vengono salutate con favore le scelte del legislatore, ritenuto più attento rispetto al passato a strutturare un rito elastico che tenga conto della possibile diversità del suo oggetto; F. DANOVI, *Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Fam. dir.*, 2022, 323 ss., spec. 326, secondo il quale «era ed è necessaria una riforma del rito che ponesse fine alla eterogeneità e frammentarietà dei diversi modelli processuali esistenti a favore di un procedimento unitario, capace di garantire le necessarie esigenze di certezza rispettando le innegabili peculiarità delle situazioni sostanziali incise».

(28) Per tutti, il riferimento è a B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, spec. 145 ss.; EAD., voce *Il minore (tutela processuale)*, in *Enc. dir., Famiglia*, Milano, 2022, 632 ss.

(29) C. CECHELLA, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., 22, collega la differenziazione proprio al carattere indisponibile dei diritti coinvolti e alle posizioni di alcuni soggetti “fragili”, quali il minore, la persona discriminata nel genere, l'incapace, etc.

(30) Oltre alle regole sull'ascolto del minore (artt. 473-*bis*.4 ss.) e oltre alle norme

generale sulla rappresentanza del minore, che si rivelano centrali nell'ottica della pienezza della tutela giurisdizionale.

Il frequente utilizzo in passato della nomina di un curatore speciale del minore alle condizioni previste dall'art. 78 c.p.c. da parte della giurisprudenza, sul quale ci siamo soffermati nei paragrafi precedenti, ha portato il legislatore ad integrare con la l. n. 206/2021 gli artt. 78 e 80 c.p.c. ⁽³¹⁾. Il d. lgs. n. 149/2022 ha successivamente rimaneggiato le norme richiamate e collocato gli istituti della rappresentanza del minore (e cioè, il tutore, il curatore speciale e il curatore "sostanziale") nel rito unitario. Come appena accennato, l'art. 473-bis.8 c.p.c. disciplina la figura del curatore speciale *ad processum* ⁽³²⁾, indicando i casi in cui il giudice deve (comma 1), anche d'ufficio a pena di nullità del procedimento, o può (comma 2) nominare il curatore speciale del minore.

La lett. a) dell'art. 473-bis.8, comma 1, impone la nomina del curatore speciale per le fattispecie in cui il pubblico ministero ab-

che disciplinano la nomina del tutore e del curatore "sostanziale" del minore (art. 473-bis.7 c.p.c.), istituti di cui non ci occuperemo in questa sede.

⁽³¹⁾ Nelle fasi di definizione della l. delega n. 206/2021, si era pensato di modificare l'art. 78 c.p.c. consentendo al giudice la nomina di un curatore speciale nei casi in cui i genitori si trovassero in una situazione di conflittualità con il minore. Tale proposta di modifica è stata criticata dalla Commissione Luiso, la quale ha osservato come una disposizione così generica avrebbe finito per risolversi in una delega in bianco per il giudice che avrebbe potuto nominare il curatore anche nei casi in cui non vi fosse un'accesa conflittualità. I dubbi avanzati dalla suddetta Commissione, avvalorati anche dall'AIMMF, sono stati successivamente condivisi dal legislatore che, al fine di scongiurare il rischio di una delega in bianco al giudice, ha innovato gli artt. 78 e 80 c.p.c. nel modo indicato.

⁽³²⁾ A commento della nuova disciplina relativa al curatore speciale, si veda: L. DURELLO, *Il curatore speciale del minore nella legge delega di riforma del processo civile*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 1829 ss.; B. POLISENO, *Il curatore speciale, il tutore e il curatore del minore*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., 57 ss.; F. MOLINARO, sub art. 473-bis.8 c.p.c., in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., a cura di R. TISCINI, 778 ss.; R. RUSSO, *I poteri del giudice e del pubblico ministero*, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, cit., a cura di A. DIDONE, F. DE SANTIS, 538 ss.; R. DONZELLI, V. GUIDARELLI, sub art. 473-bis.7 ss., in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, cit., 70 ss. Vedi, altresì, D. D'ADAMO, *Il curatore speciale del minore alla luce della riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1315 ss.; C. PILIA, *Le nuove misure di protezione dell'autonomia dei minorenni*, cit., 42 ss.; R. SENIGALLIA, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 978 ss.

bia chiesto la decadenza dalla responsabilità di entrambi i genitori o in cui un genitore abbia chiesto la decadenza dell'altro. Come messo in luce, in queste ipotesi, i giudici di legittimità erano già arrivati ad affermare la regola della necessaria presenza del minore come parte processuale. L'ambito applicativo delle lett. a) dovrebbe escludere — stando ad una interpretazione letterale — i procedimenti: *i*) di decadenza della responsabilità *ex art.* 330 c.c. promossi dal pubblico ministero nei confronti di uno solo dei genitori; *ii*) di decadenza della responsabilità *ex art.* 330 c.c. promossi dal curatore speciale del minore già nominato; *iii*) di limitazione della responsabilità genitoriale *ex art.* 333 c.c.; *iv*) di esclusione di uno o di entrambi i genitori dall'amministrazione del patrimonio del figlio *ex art.* 334 c.c. ⁽³³⁾.

La lett. b) fa riferimento ai casi di adozione di provvedimenti di cui all'art. 403 c.c. e ai procedimenti previsti dall'art. 2 ss. della l. n. 184/1983. L'art. 403 c.c. rappresenta una misura di protezione d'urgenza disposta dalla pubblica autorità in caso di abbandono morale o materiale di un minore o quando lo stes-

⁽³³⁾ Se si accede a questa interpretazione letterale, la legittimazione è riservata quindi esclusivamente al P.M. o all'altro genitore. La richiesta avanzata dal pubblico ministero, quale individuo estraneo alla dinamica familiare, oltretutto figura preposta a tutela di interessi di rilevanza pubblicistica, presuppone che tale soggetto abbia ravvisato una grave inadeguatezza dei genitori a tutelare gli interessi del minore. In proposito, occorre segnalare che, secondo un primo indirizzo, «ravvisando in tutti questi procedimenti una situazione di conflittualità relazionale con indubbie ricadute sulla “lettura” obiettiva del migliore interesse del figlio — indipendentemente da chi e nei confronti di chi è richiesto il provvedimento, stante comunque il condizionamento psicologico e di contesto del genitore, pur se non “incriminato” — pare convincente ritenere che, data l'identità del tipo di problema portato da tutti i casi appena enunciati, anche ad essi debba estendersi la medesima previsione normativa». Così, R. SENIGAGLIA, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale*, cit., 984. Secondo un diverso indirizzo, che riteniamo di condividere, la nomina del curatore speciale non sarebbe imposta dalla lett. a), ma — ove il giudice ritenesse opportuno — vi si potrebbe arrivare attraverso il meccanismo dell'art. 473-bis.8, lett. c) ovvero attraverso il generale potere di nomina del curatore speciale di cui all'art. 473-bis.8, comma 2, c.p.c. In questo senso, B. POLISENO, *Il curatore speciale, il tutore e il curatore del minore*, cit., 63; EAD., *I procedimenti in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 354; G.O. CESAREO, *L'estensione e la valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.*, cit., 63; G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile*, cit., 1435.

so si trovi esposto, nell'ambiente familiare, a grave pericolo per la sua incolumità psicofisica. Per quanto riguarda i procedimenti relativi all'affidamento, invece, parte della giurisprudenza aveva ritenuto necessaria la nomina del curatore speciale ⁽³⁴⁾, in analogia con quanto fatto per i giudizi di dichiarazione di adottabilità. Le ipotesi, allora, di nomina obbligatoria del curatore speciale del minore dovrebbero essere quelle di affidamento extrafamiliare ai sensi dell'art. 2, l. n. 184/2983, di affidamento familiare *ex art. 4*, l. n. 184/1983 e di affidamento ai servizi sociali *ex art. 5-bis* della medesima legge.

Ai sensi della lett. c) dell'art. 478-*bis*.8 c.p.c. il curatore speciale può essere nominato quando, dai fatti allegati nel procedimento, emerga una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori.

Infine, la lett. d) dell'art. 473-*bis*.8, comma 1, c.p.c. prevede la nomina del curatore speciale su richiesta del minore che abbia compiuto quattordici anni. È tema discutibile se, in questa ipotesi, permanga in capo al giudice il potere di effettuare un vaglio di "meritevolezza" della richiesta del minore, ovvero se egli debba accogliere la richiesta *tout court*. In ogni caso, la disposizione valorizza l'autonomia del minore, ulteriormente rafforzata dall'art. 473-*bis*.5, comma 4, c.p.c. che prevede l'obbligo del giudice che procede all'ascolto del minore ultraquattordicenne di informarlo della possibilità di nominare un curatore speciale a norma dell'art. 473-*bis*.8 c.p.c.

Da ultimo, a chiusura delle ipotesi tipizzate nel comma 1, l'art. 473-*bis*.8 attribuisce al giudice il potere di nominare il curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni "temporaneamente inadeguati" a rappresentare gli interessi del minore. Sembra potersi affermare che la discrezionalità del giudice si muove in due direzioni: non solo il giudice può valutare se sussiste in concreto la situazione richiesta dalla legge per la no-

⁽³⁴⁾ Vedi, per tutti, Cass. 25 gennaio 2021, n. 1472 e Cass. 5 maggio 2021, n. 11786.

mina del curatore speciale ma può altresì scegliere, motivando sul punto, se procedere alla nomina o meno del curatore. Si tratta di una innovazione che rende palese l'*intentio legis* di rafforzare i poteri officiosi del giudice nel nuovo modello unitario, consacrata nell'art. 473-*bis*.2 c.p.c. ⁽³⁵⁾, che assegna espressamente al giudice il potere di nominare il curatore speciale, anche in assenza di una richiesta di parte.

5. Le conseguenze della mancata nomina del curatore speciale.

Così ricostruito l'attuale contesto normativo (che non sarà oggetto di specifica pronuncia della Corte di cassazione ma, crediamo, costituirà una suggestione interpretativa ai fini della risoluzione della questione oggetto di rimessione), occorre, adesso, soffermarsi sul regime del vizio di nullità del procedimento costituito dall'omessa nomina del curatore speciale nei procedimenti in cui si ritenga che il minore debba necessariamente partecipare in posizione distinta ed autonoma rispetto a quella dei genitori.

Nella giurisprudenza della Corte di cassazione il contrasto segnalato dalla Sezione Prima è, in verità, ricco di sfumature ⁽³⁶⁾; tuttavia, il nodo centrale resta l'applicazione dell'art. 354, comma 1, c.p.c. (e, di conseguenza, dell'art. 383, comma 3, c.p.c.) in tema di retrocessione in prime cure della causa già in appello. L'incerta applicazione della disciplina prevista per l'assenza di una parte necessaria del giudizio deriva dalla constatazione che la giurisprudenza (almeno fino a ieri) e il legislatore (oggi) contemplanò l'omessa nomina del curatore speciale del minore come motivo

⁽³⁵⁾ Sul quale, per qualche considerazione, vedi *infra* § 6.

⁽³⁶⁾ Si veda, ad esempio, Cass. 30 luglio 2020, n. 16410, secondo la quale i minori «non possono essere considerati parti formali del giudizio, perché la legittimazione processuale non risulta attribuita loro da alcuna disposizione di legge», trovandosi essi nella posizione di parti sostanziali, in quanto portatori di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori. Ancora, Cass. sez. un. 21 ottobre 2009, n. 22238; Cass. 17 maggio 2012, n. 7773. L'omessa nomina del curatore, allora, non può essere censurata come vizio del contraddittorio, ma come vizio sostanziale del provvedimento finale, il quale deve essere sanato senza la retrocessione al grado precedente.

di nullità (cfr. l'art. 473-*bis*.8, comma 1) ma senza individuare puntualmente il regime del vizio di nullità. Si tratta, riteniamo — e nonostante la formula usata evochi una nullità formale degli atti processuali — di una nullità per carenza di un presupposto processuale.

Un'ultima premessa si impone. Evidentemente la necessità di nomina di un curatore “per il” e “nel” processo non sussiste nelle ipotesi in cui sia già presente il tutore del minore. Nelle ipotesi in cui il minore sia già rappresentato da un tutore di regola spetterà a quest'ultimo la scelta circa la nomina del curatore speciale per il processo o di un rappresentante tecnico per la difesa del minore.

Procediamo, allora, per gradi.

5.1. La nullità per vizio della letigimatio ad processum.

Secondo il primo orientamento segnalato dall'ordinanza in commento, nel caso di omessa nomina del curatore speciale, sussisterebbe un vizio relativo «alla corretta istaurazione del rapporto processuale e al contraddittorio» ma il regime sarebbe quello che attiene al vizio della capacità processuale, con la conseguenza che il giudice d'appello, rilevato il vizio, dovrebbe porvi rimedio senza alcuna possibilità di rinviare al primo giudice ⁽³⁷⁾.

Altrimenti detto, in queste ipotesi, la parte è erroneamente rappresentata, ma pur sempre presente nel giudizio, cosicché

⁽³⁷⁾ Cass., sez. I, 7 maggio 2019, n. 12020 (in tema di procedimenti di adozione, in cui si legge: «Ne discende la nullità degli atti del giudizio di primo grado posteriori all'evocazione in giudizio del tutore: nullità cui non segue, però, la rimessione della causa al tribunale; quest'ultima soluzione risulta infatti preclusa dalla tassatività e non estensibilità, per analogia, dei casi in cui il giudice deve limitarsi a dichiarare la nullità della sentenza di primo grado e rimettere le parti davanti al primo giudice (...); essa risulterebbe, del resto, scarsamente coerente con le esigenze di speditezza cui risponde il procedimento diretto alla dichiarazione di adottabilità»); Cass., sez. I, 9 marzo 2022, n. 7734; Cass. 31 gennaio 2023, n. 2829 (nella quale si legge: «deve essere escluso il rinvio del giudizio al primo grado, giacché tale rimessione, comunque contraria al principio fondamentale della ragionevole durata del processo (...), specie quando essa investa interessi di grande delicatezza quali quelli che riguardano la tutela dei minori, risulta preclusa dalla natura tassativa delle ipotesi di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c.»); Cass. 29 novembre 2023, n. 33185.

il vizio della *legitimatio ad processum* è rilevabile in ogni stato e grado del processo, salvo il giudicato. La sanatoria, ai sensi dell'art. 182 c.p.c., opera retroattivamente ma gli atti compiuti in assenza del curatore devono essere rinnovati o ratificati ⁽³⁸⁾.

La tesi sembra aderente al dettato normativo vigente fino alla riforma del 2022, che — ai fini della nomina del curatore speciale del minore — sfruttava la figura generale del curatore speciale di cui all'art. 78 c.p.c.

Del resto, come anticipato, attenta dottrina ritiene che la rappresentanza (legale) processuale del minore sia affidata, in via generale, ai soggetti che esercitano la responsabilità genitoriale in ragione del rinvio fatto dall'art. 75 c.p.c. all'art. 2 c.c. La nomina del curatore speciale del minore — in via sussidiaria ed eccezionale — serve a sostituire i legali rappresentanti esclusivamente nelle ipotesi in cui questi manchino, e vi siano ragioni di urgenza (comma 1 dell'art. 78 c.p.c.) ovvero quando vi sia «conflitto di interessi» tra rappresentante e rappresentato (comma 2 dell'art.

⁽³⁸⁾ Sull'art. 182 c.p.c., cfr. Cass., 29 agosto 2023, n. 25394, secondo la quale In tema di vizio della procura alle liti, l'art. 182, secondo comma, c.p.c. (nel testo applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dalla L. n. 69 del 2009), in forza del quale il giudice che rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione “può” assegnare un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, deve essere interpretato, anche alla luce della modifica apportata dall'art. 46, comma secondo, della l. n. 69/2009, nel senso che il giudice “deve” promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio e indipendentemente dalle cause del predetto difetto, assegnando un termine alla parte che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa, con effetti *ex tunc*, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali; Cass., 20 settembre 2021, n. 25317, secondo la quale nel giudizio di responsabilità promosso dal socio di s.r.l. nei confronti dell'amministratore ai sensi dell'art. 2476 c.c., la società è litisconsorte necessario e l'amministratore, in quanto munito di poteri di rappresentanza dell'ente, versa in una situazione di conflitto di interessi che richiede la nomina di un curatore speciale, il quale mantiene la *legitimatio ad processum* solo fino a quando i soci non provvedono alla designazione di un nuovo legale rappresentante, spettando, poi, al giudice, acquisita la notizia, concedere un termine perentorio per la costituzione di quest'ultimo, in applicazione dell'art. 182, comma 2, c.p.c., pena la nullità degli atti processuali compiuti dopo tale designazione; Cass., 19 maggio 2021, n. 13597, secondo la quale la disposizione dell'art. 182, comma 2, c.p.c., secondo cui il giudice, quando rileva un vizio che determina la nullità della procura al difensore, assegna alle parti un termine perentorio per il rilascio della stessa o per la sua rinnovazione, si applica anche al giudizio d'appello e tale provvedimento può essere emesso all'udienza prevista dall'art. 350 c.p.c.

78 c.p.c.). Solo in questi casi il minore non può stare in giudizio rappresentato dai genitori, con la conseguenza che il vizio attiene — per l'appunto — alla rappresentanza e non alla partecipazione della parte rappresentata ⁽³⁹⁾.

L'orientamento, sicuramente persuasivo, viene arricchito da due argomenti, richiamati dall'ordinanza, ai quali può aggiungersi — a nostro avviso — un terzo.

Il primo esclude l'applicazione degli artt. 354 (attuali commi 1 e 2) c.p.c. e dell'art. 383, comma 3, c.p.c. in ossequio all'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme processuali e, cioè, in obbedienza al principio di ragionevole durata del processo il quale, in materia minorile, assumerebbe (se possibile) maggiore rilevanza ⁽⁴⁰⁾. In questo contesto, la retrocessione al primo grado, in assenza di una norma costituzionale che garantisca il “doppio grado di giudizio”, è considerata un *vulnus* al principio della ragionevole durata del procedimento, a maggior ragione se si tratta di un procedimento a tutela di un soggetto fragile qual è il fanciullo.

Il secondo orientamento fa leva sulla circostanza che il vizio che attiene alla *legitimatio ad processum* non rientrerebbe tra le ipotesi tassative di cui all'art. 354 c.p.c. ⁽⁴¹⁾ (e, a cascata, all'art. 383, comma 3, c.p.c.) ⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ Lo spiega bene R. DONZELLI in vari studi, tra i quali *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., spec. 73-75; ID., V. GUIDARELLI, sub art. 473-bis.8, cit., spec. 89 ss.: «il vizio che si verifica allorché non venga nominato il curatore speciale non riguarda il problema dell'acquisizione della qualità di parte, già risolto a monte, bensì solo il distinto problema della sostituzione del rappresentante legale che, in alcuni casi, si rivela inadeguato» (p. 93).

⁽⁴⁰⁾ Tra le più recenti, Cass. 9 marzo 2022, n. 7734; Cass. 29 novembre 2023, n. 33185.

⁽⁴¹⁾ Per la nota critica alla disciplina della rimessione in primo grado, v. G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli 1984, spec. 302 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr., pure, sull'impossibilità di applicare l'art. 354 c.p.c. ai vizi di invalidità della *vocatio in ius* dell'atto di citazione: G. BALENA, *Nullità del procedimento di primo grado per vizi del contraddittorio e poteri del giudice d'appello*, in *Foro it.*, 1996, I, spec. 1230; C. DELLE DONNE, *Tra neutralità e concludenza. La contumacia nel processo civile*, Torino, 2019, 59, secondo la quale alla declaratoria di nullità della *vocatio in ius* in appello non può conseguire la rimessione della causa al giudice di primo grado sia perché

A quest'ultimo riguardo, va anzitutto ricordato che, secondo un orientamento più risalente della Cassazione, il vizio relativo al potere rappresentativo processuale era riconducibile ai casi di cui all'art. 354 c.p.c., non in relazione all'integrità del contraddittorio ma come inesistenza della sentenza ai sensi dell'art. 161 c.p.c. (43). L'orientamento è stato comunque abbandonato da tempo e, anzi, è stata ribadita più volte dalla Suprema Corte la tassatività delle ipotesi di cui all'art. 354 c.p.c., che ha trovato accoglimento sia in una recente sentenza della Corte Costituzionale, sia nelle modifiche apportate dal legislatore della riforma Cartabia.

Con la sentenza 26 marzo 2020, n. 58, la Consulta ha infatti dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 c.p.c., in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, comma 1, della Costituzione (quest'ultimo quale parametro interposto in relazione all'art. 6 della CEDU), nella parte «in cui non prevede che il giudice d'appello debba rimettere la causa al giudice di primo grado, se è mancato il contraddittorio, non essendo stata da questo neppure valutata, in conseguenza di un'erronea dichiarazione di improcedibilità dell'opposizione, la richiesta di chiamata in causa del terzo, proposta dall'opponente in primo grado, con conseguente lesione del diritto di difesa di una delle parti».

In quel contesto, la Corte Costituzionale ha riconosciuto che la tassatività ed eccezionalità delle ipotesi normative di rimessio-

la nullità della citazione non è inclusa tra le tassative ipotesi di regressione del processo previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c. (non interpretabili analogicamente perché norme eccezionali); sia perché l'esigenza della ragionevole durata del processo prevarrebbe sul principio del doppio grado di giudizio sfornito di copertura costituzionale.

(43) Cass. 19 febbraio 1997, n. 1547, in *Fall.*, 1997, 1098 ss., in tema di procedure fallimentari, secondo la quale il vizio dell'irregolare costituzione del contraddittorio per difetto del potere di rappresentanza in capo ad una delle parti essenziali del processo, configura una situazione di insanabilità assoluta del procedimento che dà luogo a vera e propria inesistenza della sentenza poi emessa, rilevabile in ogni tempo ed in ogni grado, e comporta, per il giudice d'appello, l'obbligo, ai sensi del comma primo art. 354 c.p.c., di rimettere gli atti al primo giudice. Prima, nel medesimo senso, Cass., sez. un., 26 luglio 1985, n. 4346; per l'applicazione dell'art. 354 c.p.c. all'ipotesi in cui il processo è proseguito nei confronti del rappresentante legale di un soggetto divenuto, nelle more del giudizio, maggiorenne, Cass., 27 gennaio 1984, n. 632, in *Giust. civ.*, 1985, I, 191 ss. con nota di A. FINOCCHIARO; in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 60 ss.

ne in primo grado è affermata da una consolidata e risalente giurisprudenza della Cassazione ⁽⁴⁴⁾ «come un riflesso della natura prevalentemente rescissoria del giudizio d'appello, coerente con la regola di assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame, potendo il giudice d'appello limitarsi ad emettere una pronuncia rescindente, cioè di mero annullamento con rinvio, nei soli casi espressamente indicati dal legislatore». Non ha persuaso il giudice delle leggi l'idea che vi sia stata una trasformazione del giudizio d'appello in una *revisio prioris instantiae* di tipo cassatorio, ad opera delle riforme legislative di cui (soprattutto) al d.l. n. 83/2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134/2012. In proposito, se anche in dottrina si discute di un progressivo avvicinamento tra il giudizio d'appello e quello per Cassazione ⁽⁴⁵⁾, nondimeno alla struttura del giudizio d'appello resta connaturato il carattere sostitutivo che, pertanto, giustifica l'interpretazione tassativa degli artt. 353 e 354 c.p.c. ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Si tratta di un orientamento consacrato già diversi anni fa da Cass. 3 ottobre 1995, n. 10389, *Foro it.*, 1996, I, 1297, con note di G. BALENA e di S. TOFFOLI; in *Corr. giur.*, 1996, 425, con nota di M. DE CRISTOFARO; in *Nuova giur. civ.*, 1996, 533. V. anche Cass., sez. un., 27 luglio 1998, n. 7339, *Foro it.*, 1999, I, 2001, con note di F. CIPRIANI e di A. PALMIERI. Sulla natura tassativa dell'art. 354 nel testo *ante* riforma Cartabia, v. Cass. (ord.) 7 maggio 2019, n. 12020; Cass. 12 aprile 2017, n. 9515; Cass. 2 febbraio 2016, n. 1992, che ribadisce espressamente il principio secondo cui i casi che impongono la rimessione della causa al giudice di primo grado sono espressamente indicati dagli artt. 353 e 354 c.p.c. e al di fuori dei casi ivi tassativamente previsti non è possibile la rimessione al primo giudice, secondo quanto esplicitato dall'art. 354, la cui disposizione esprime una norma conforme a costituzione, giacché non esiste garanzia costituzionale del doppio grado di giurisdizione di merito.

⁽⁴⁵⁾ Vedi in proposito R. POLI, *Giusto processo e oggetto del giudizio d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 48 ss.; ID., *La evoluzione dei giudizi di appello e di Cassazione alla luce delle recenti riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 128 ss.; D. DALFINO, *Premessa*, in *L'appello e il ricorso per Cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12 convertito, con modificazioni, in l. 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, V, 281 ss.; A. TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella "iconoclastica" del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 145 ss.; A. BRIGUGLIO, *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 573 ss.

⁽⁴⁶⁾ Secondo la Consulta deve essere respinta la censura del giudice rimettente secondo cui la formula ampia dell'art. 105 c.p.a., laddove prevede la rimessione in primo grado «se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti», raffrontata alla più restrittiva disposizione del codice di rito civile, metterebbe

Quanto, invece, alle innovazioni apportate all'art. 354 c.p.c. dal d.lgs. n. 149/2022⁽⁴⁷⁾, il legislatore ha inteso ridurre le ipotesi di rimessione al primo giudice. L'art. 1, comma 8, lett. o), l. n. 206/2021 aveva demandato al legislatore delegato il compito di «riformulare gli artt. 353 e 354 del codice di procedura civile, riducendo le fattispecie di rimessione della causa in primo grado ai casi di violazione del contraddittorio»⁽⁴⁸⁾. Il d.lgs. n. 149/2022 ha, però, abrogato le sole ipotesi di rimessione già contemplate dall'art. 353 c.p.c. e dal comma 2 dell'art. 354, mentre ha mantenuto in vita tutte quelle disciplinate dal comma 1 dell'art. 354. È

in luce un'irragionevole disparità tra modelli processuali. In proposito, la Corte Costituzionale chiarisce che, a seguire il ragionamento del giudice milanese, si finirebbe per invertire il rapporto tra i citati modelli processuali, elevando il processo amministrativo «a paradigma» di quello civile «in aperta contraddizione con quanto indicato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69». Questo provvedimento, infatti, all'art. 44, comma 1, individua tra le finalità della riforma delle norme sul processo amministrativo quella «di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali», sicché — ribadisce la Corte Costituzionale — «è la disciplina del processo amministrativo a sperimentare un percorso di assimilazione alla disciplina di principio del processo civile, e non viceversa». Peraltro, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, l'art. 105 c.p.a. si deve ritenere allineato agli artt. 353 e 354 c.p.c., nel senso che anche nel processo amministrativo, le ipotesi di rimessione al primo giudice sono da qualificarsi come tassative ed eccezionali (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2018, n. 10, in *Foro it.*, 2018, III, 546, con nota di A. TRAVI; in *Giornale dir. amm.*, 2019, 207, e da A. SQUAZZONI, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 583, secondo cui i casi di rimessione da parte del Consiglio di Stato al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 105 c.p.a., sono tassativi).

⁽⁴⁷⁾ Sulle modifiche operate dal d.lgs. n. 149/2022, v. V. VIOLANTE, *Sub art. 354 c.p.c.*, in AA.VV., *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di R. TISCINI, cit., 506 ss.; S. BOCCAGNA, *Le nuove norme sulle impugnazioni in generale e sul giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 643, spec. 661 ss.; G.P. CALIFANO, *Il nuovo giudizio di appello (dopo la riforma di cui al decreto legislativo 149/2022)*, in *Diritto processuale civile italiano e comparato*, 1, 2023, spec. 72, § 6.3; G.B. DELUCA, *Il giudizio d'appello*, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, *op. cit.*, 197 ss., spec. 215 ss.

⁽⁴⁸⁾ Già da tempo, del resto, era emersa la necessità di distinguere, nell'ambito delle ipotesi di rimessione, quelle dovute a scelte di politica legislativa (art. 353; art. 354, comma 1, limitatamente al caso dell'omessa sottoscrizione; art. 354, comma 2) da quelle imposte dal rispetto degli artt. 3 e 24 Cost. (tutte le altre ipotesi contemplate dall'art. 354, comma 1), osservando come le prime avessero perduto la propria giustificazione in seguito alla riforma dell'art. 111 Cost., posto che l'esigenza, ad esse sottesa, di tutelare il doppio grado di giurisdizione doveva considerarsi recessiva rispetto all'obbligo costituzionale di assicurare la durata ragionevole del processo.

già stato osservato che la nuova formulazione dell'art. 354 c.p.c. rischia, per una sorta di eterogenesi dei fini, di «rendere più sfumato (o meno esplicito) il carattere tassativo dei casi di rimessione» (49).

Le ulteriori innovazioni apportate all'art. 354 sono una diretta conseguenza dell'abrogazione dell'art. 353 c.p.c. Di particolare interesse, ai nostri fini, è il comma 3 dell'art. 354, secondo il quale, in tutte le ipotesi in cui il giudice d'appello riconosca la giurisdizione declinata dal primo giudice o riscontri una nullità degli atti del processo che non comporta la retrocessione al primo grado, «ammette le parti a compiere le attività che sarebbero precluse e ordina, in quanto possibile, la rinnovazione degli atti a norma dell'art. 356». Ebbene, ove il compimento delle attività precluse e la rinnovazione siano ritenute conseguenze “automatiche” al ricorrere del vizio (50), il processo di appello dovrà di fatto ripartire da zero, così frustrando l'intento dichiaratamente acceleratorio sotteso all'intervento innovativo.

Infine, il terzo argomento che potrebbe essere speso per evitare l'applicazione del regime del vizio dell'integrità del contraddittorio, attiene — oggi come ieri — alla valutazione della complessiva struttura del processo familiare e minorile, caratterizzato da ampi poteri officiosi del giudice e dalla presenza del pubblico ministero. Sul punto, però, ci riserviamo di ritornare oltre (51).

(49) L'*incipit* dell'art. 354 adesso recita «Il giudice d'appello, se dichiara [...] pronuncia sentenza con cui rimette la causa al primo giudice», in luogo del vecchio «Fuori dei casi previsti dall'articolo precedente, il giudice d'appello non può rimettere la causa al primo giudice, tranne che dichiarare [...]». Si tratta di un'osservazione di S. BOCCAGNA, *Le nuove norme sulle impugnazioni*, loc. ult. cit., il quale prosegue: «È dunque prevedibile che la riscrittura della norma non varrà a sopire (e potrebbe anzi addirittura rinfocolare) le note discussioni circa la possibilità di estendere il trattamento ivi delineato a ipotesi diverse da quelle testualmente previste, a cominciare da quella più dibattuta della nullità della citazione introduttiva per vizio della *vocatio in ius* (...)».

(50) Cfr. V. VIOLANTE, *Sub art. 354 c.p.c.*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., 509.

(51) Vedi, *infra*, § 6.

5.2. La nullità per vizio relativo all'integrità del contraddittorio, nel senso della mancanza di una parte necessaria.

Secondo l'altro orientamento riportato nell'ordinanza in commento, il regime del vizio della mancata nomina del curatore speciale del minore è quello della nullità insanabile che attiene alla mancanza di una parte necessaria, che determina la rimessione al giudice di prime cure ai sensi degli artt. 354, commi 1 e 2, e 383, comma 3, c.p.c. ⁽⁵²⁾. Si tratta di una configurazione che, se poteva essere esclusa nel sistema previgente, trova nuova linfa vitale e pare più corretta nell'attuale contesto normativo, nonché socio-culturale. Proviamo a chiarire.

Ripartiamo dall'art. 2 c.c. (rubricato «Maggiore età. Capacità d'agire») che, al comma 2 sancisce che «Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro». In proposito, l'interpretazione prevalente della disposizione è nel senso che il legislatore ha attribuito al minore una vera e propria capacità di agire anticipata in materia di lavoro, escludendo il potere di rappresentanza, concorrente o sussidiario, del genitore ⁽⁵³⁾.

Gli interpreti hanno, infatti, riconosciuto, sulla base dell'art. 2 della Costituzione, una generale capacità del minore per il compimento di atti giuridici nell'ambito delle situazioni personali

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass., sez. I, 6 marzo 2018, n. 5256; Cass., sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1471; Cass., sez. I, 5 maggio 2021, n. 11786; Cass., sez. I, 16 dicembre 2021, n. 40490 (secondo la quale: «Nei procedimenti limitativi o eliminativi della responsabilità genitoriale ex artt. 330 ss. c.c., dunque, il giudice di merito, in forza del combinato disposto dell'art. 336 c.c., commi 1 e 4, tenuto a nominare al minore un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. (che a sua volta provvederà a designare un difensore ai sensi dell'art. 336 c.c., comma 4), determinandosi, in mancanza, la nullità del processo che, se rilevata in sede d'impugnazione, comporta la remissione della causa al primo giudice, perché provveda all'integrazione del contraddittorio, in applicazione dell'art. 354 c.p.c., comma 1, e art. 383 c.p.c., comma 3»); Cass., sez. I, 4 luglio 2023, n. 18844; Cass., sez. I, 13 dicembre 2022, n. 36316; Cass., sez. VI-1, 21 aprile 2022, n. 12802. Per il procedimento di adottabilità, v., tra le tante, Cass., sez. VI-1, 8 giugno 2016, n. 11782.

⁽⁵³⁾ V. G. DE CRISTOFARO, *Minore età e contratto di lavoro*, in DE CRISTOFARO - BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, 47.

che godono di tutela costituzionale, attraverso le quali il minore esprime la sua personalità. Peraltro, anche con riguardo ai diritti patrimoniali del minore, la tendenza è ad estendere l'anticipazione della capacità d'agire ammettendo i minori a compiere atti e contratti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana, tenuto conto della loro capacità di discernimento⁽⁵⁴⁾.

Così, sembra legittimo affermare che tanto più il figlio è vicino al raggiungimento della maggiore età, tanto più deve esser dato rilievo giuridico alla propria autodeterminazione, sia rispetto agli atti sostanziali, che rispetto agli atti processuali⁽⁵⁵⁾.

Dal nostro punto di vista, allora, deve essere forse rimeditata l'idea che l'affidamento della rappresentanza legale del minore ai genitori sia un dato incontestabile e il necessario punto di partenza di tutte le discussioni sull'esercizio dei diritti del fanciullo nel processo. Più nello specifico, l'art. 473-*bis*.8 c.p.c. — «norma dalla spiccata valenza simbolica»⁽⁵⁶⁾ — si pone oggi idealmente sullo stesso piano dell'art. 75 c.p.c., nel senso che per i procedimenti indicati dall'art. 473-*bis*.8, comma 1, c.p.c. la nomina del curatore speciale del minore non risponde ad una legittimazione sostitutiva e straordinaria rispetto a quella del genitore, ma all'esigenza di affidare, in prima battuta, la rappresentanza processuale al curatore speciale (o al tutore, se già nominato). Si è più volte detto che, nel sistema previgente, la nomina del curatore speciale era agganciata a conflitti, anche potenziali, ma rintracciabile solo *ex post*, mai *ex ante*, in mancanza di predeterminazione di fattispecie in cui poteva essere dall'inizio esclusa l'adeguatezza della

⁽⁵⁴⁾ In questo senso, uno spunto in A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 26^a ed., a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI, Milano, 2023, 97.

⁽⁵⁵⁾ È pure il caso di ricordare che, alla luce delle indicazioni della normativa sovranazionale, una parte della dottrina ha ritenuto di ritrovare, nel superamento (sul piano del diritto sostanziale) della rigida impostazione che voleva il minore capacità d'agire per gli atti a contenuto strettamente personale, la chiave di lettura per escludere la necessità della rappresentanza legale o della nomina del curatore speciale in relazione a diritti personali del minore, cfr. ci sembra L. QUERZOLA, *Il processo minorile*, cit., 107, 113 ss.

⁽⁵⁶⁾ A. MORACE PINELLI, *Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 966.

rappresentanza legale del genitore ⁽⁵⁷⁾. Oggi ci sembra che quei parametri possano essere rintracciati nell'art. 473-*bis*.8, comma 1, lett. a)-d), norma che diventa attributiva di rappresentanza legale direttamente al curatore speciale, con la conseguenza che il figlio non è — da principio — correttamente rappresentato dal genitore, non determinandosi la necessità di “sostituzione” del rappresentante, ma della corretta costituzione del contraddittorio nei confronti di una parte necessaria, ma assente.

Pertanto, la mancata partecipazione del minorenne, rappresentato dal curatore speciale e assistito da un difensore tecnico ⁽⁵⁸⁾ nelle ipotesi previste dall'art. 473-*bis*.8, comma 1, c.p.c. determina a pieno titolo un vizio di nullità per mancata integrità del contraddittorio, con applicazione delle speciali regole di cui agli artt. 354, commi 1 e 2, e 383, comma 3, c.p.c. che si attivano proprio quando il “rapporto giuridico processuale” non è stato correttamente instaurato nei confronti delle parti necessarie⁽⁵⁹⁾.

La soluzione proposta trova riscontro, a nostro avviso, nel raffronto tra il comma 1 ed il comma 2 dell'art. 478-*bis*.8 c.p.c.

Ai sensi del comma 2, il giudice «in ogni caso» (e quindi a prescindere dall'ambito applicativo del comma 1), può nominare

⁽⁵⁷⁾ Simili considerazioni in B. POLISENO, *Il curatore speciale, il tutore e il curatore del minore*, cit., 58.

⁽⁵⁸⁾ Secondo C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie*, cit., spec. 35-45, la nomina del curatore speciale non risolve il problema del riconoscimento del minore come parte del processo, essendo necessaria la nomina del difensore tecnico, in ossequio a quanto stabilito dalle Convenzioni sovranazionali. In particolare, l'Autore osserva che «La Convenzione di Strasburgo, all'art. 5, va oltre un semplice diritto del minore di partecipare al processo (...) e disciplina, senza remore, una rappresentanza tecnica del minore (...) Il rappresentante legale esiste certamente nel processo dell'incapace, ma è necessario anche che un rappresentante tecnico sia presente» (p. 39).

⁽⁵⁹⁾ Nello stesso senso, mi sembra, C. CECHELLA, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1111, secondo il quale: «Il richiamo alla nullità, non deve ritenersi richiamo alla mera nullità formale degli atti, piuttosto ad una nullità extraformale, inquadabile nell'ambito della carenza dei presupposti processuali, in particolare del litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c., con l'applicazione della relativa normativa in caso di violazione, e con il richiamo alle norme sulla remissione in primo grado, qualora il vizio sia colto per la prima volta in appello o nel giudizio innanzi alla Corte di Cassazione (art. 354, 1° comma e art. 383, 3° comma c.p.c.)».

il curatore speciale «quando i genitori appaiano per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore».

Vero è che la disposizione appare piuttosto vaga, tuttavia in questa ipotesi ci sembra di poter rilevare che, ove si ritenga che il minore non sia (già da principio) parte processuale in tutti i processi che lo coinvolgono, l'indicazione potrebbe essere intesa come una sorta di intervento per ordine del giudice, naturalmente alle condizioni qui previste (e non a quelle contemplate dall'art. 107 c.p.c.)⁽⁶⁰⁾. Se, invece, si crede (come crediamo) che il minore sia parte in ogni procedimento che coinvolge i propri diritti, il comma 2 rievoca la dinamica della nomina del curatore speciale come figura vicariale rispetto ai genitori⁽⁶¹⁾ tanto che, non casualmente, solo in questo comma vi è il rinvio alle disposizioni generali di cui all'art. 78, 79 e 80 c.p.c.

In altri termini, mentre il comma 1 attribuisce la rappresentanza legale ad un soggetto diverso dai genitori⁽⁶²⁾, con il comma 2 si ricade nello schema della valutazione *ex post* della inadeguatezza del genitore (peraltro temporanea), con la conseguenza che la mancata nomina del curatore speciale in questa seconda ipotesi determina un vizio relativo alla capacità processuale della parte presente ma erroneamente rappresentata.

Infine, bisogna per completezza osservare che la giurispru-

⁽⁶⁰⁾ Peraltro, secondo la Cassazione (cfr., ad esempio, Cass. 26 maggio 2009, n. 12142) l'art. 354 c.p.c. si riferisce esclusivamente all'ipotesi di litisconsorzio necessario *ex art.* 102 c.p.c. e non si estende a quelle di comunanza di causa di cui agli artt. 106 e 107 c.p.c., nelle quali la chiamata in causa del terzo è rimessa esclusivamente al potere discrezionale del giudice di primo grado, le cui valutazioni al riguardo non possono formare oggetto né di appello né di sindacato in sede di legittimità.

⁽⁶¹⁾ Come rilevato da R. DONZELLI, *Manuale*, cit., 61, la nomina del curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c. presuppone sul piano logico-giuridico che il minore sia già parte processuale.

⁽⁶²⁾ È vero che l'art. 473-bis.8, comma 1, c.p.c., impreciso nella sua formulazione, potrebbe rendere la soluzione prospettata in queste note di difficile applicazione in alcuni casi (e, in particolare, nelle ipotesi di cui alle lett. c e d). Tuttavia, non ci sembra che tale considerazione possa legittimare, da sola, soluzioni alternative. Del resto, gli interpreti si confrontano ormai ogni giorno con un dettato normativo farraginoso e, anzi, proprio per questo, è forse auspicabile adottare un'impostazione volta a ricostruire il sistema.

denza ritiene che il comportamento del curatore speciale possa rendere superflua la rimessione al primo giudice. In particolare, il curatore speciale, anche se intervenuto volontariamente o nominato in appello, potrebbe dichiarare di non aver interesse alla retrocessione del giudizio e/o ratificare gli atti già compiuti nell'interesse del minore ⁽⁶³⁾.

5.3. Il regime della nullità varia in ragione dalla fattispecie considerata.

Diamo atto, peraltro, dell'esistenza di un'altra posizione in dottrina, che valorizza anch'essa il nuovo dato normativo di cui all'art. 473-bis.8, comma 1, c.p.c. e individua un diverso regime del vizio a seconda dell'ipotesi concretamente prevista ⁽⁶⁴⁾. In particolare, nei casi di cui alla lettera a) e b), vista l'accentuata criticità delle situazioni sostanziali e la mancanza (verosimilmente non reversibile) del genitore cui viene conferita la rappresentanza legale, l'omessa nomina del curatore speciale si tradurrebbe

⁽⁶³⁾ Così Cass. 18 settembre 2023, n. 26764, nella quale si legge: «Occorre, tuttavia, distinguere tra l'ipotesi in cui non sia stato chiamato a partecipare al processo un litisconsorte e l'ipotesi in cui non sia stato nominato il curatore speciale alla parte (nella specie, il minore) che faccia parte del giudizio, ma che sia rappresentata da soggetti (nella specie, i genitori) che versino in conflitto di interessi. Solo nel primo caso può infatti parlarsi di mancata integrazione del contraddittorio, con la conseguente disciplina prevista dal combinato disposto dell'art. 102 c.p.c. e art. 354 c.p.c., comma 1. Nella seconda evenienza si verifica un vizio che attiene all'esercizio dei poteri processuali della parte, comunque presente in causa, il quale, se pure determina una nullità del processo, non rientra tra quelle tassative previste dall'art. 354 c.p.c., comma 1 (...) Nel caso di specie, come già evidenziato, il curatore speciale dei minori ha mostrato di aderire all'attività processuale svolta prima del suo intervento e la parte ricorrente non ha prospettato alcun pregiudizio al proprio diritto di difesa, sicché senza dubbio la censura deve essere respinta.». Vedi anche Cass. 9 maggio 2024, n. 12717, secondo la quale «anche alla luce della condotta processuale tenuta dal curatore, che non ha lamentato alcun pregiudizio per effetto della sua pretermissione nel giudizio di primo grado, né ha introdotto elementi di novità tali da privare le altre parti di facoltà non altrimenti già pregiudicate, la Corte distrettuale, anche con riguardo a tale profilo processuale, non poteva quindi addiventare alla declaratoria di nullità del giudizio di primo grado e della relativa sentenza, avendo preso correttamente atto del fatto che alla denuncia del vizio de quo non si accompagnavano censure di merito, il che imponeva di dover confermare le statuizioni del giudice di prime cure».

⁽⁶⁴⁾ Vedi, tra gli altri, L. DURELLO, *Alle Sezioni Unite la questione*, cit., spec. 499-500.

in un vizio di integrità del contraddittorio a tutti gli effetti. Diversamente, nelle ipotesi di cui alle lett. c) e d) dell'art. 473-*bis*.8, il contraddittorio potrebbe dirsi comunque garantito dalla presenza dei genitori, cosicché l'omessa nomina del curatore determinerebbe un problema di esercizio del potere rappresentativo e un difetto della capacità processuale.

L'orientamento cerca di risolvere i problemi che derivano dalla formulazione dell'art. 473-*bis*.8 c.p.c. Infatti, se nelle ipotesi di cui alla lett. a) (riferita ad alcuni procedimenti *de responsabilitate*) e di cui alla lett. b) (riferita ai procedimenti di cui all'art. 403 c.c. o di affidamento *ex l. n. 184/1983*), la mancanza del rappresentante legale può essere puntualmente collocata nel tempo, nelle fasi iniziali del procedimento, e risponde a fattispecie normative abbastanza precise; diversamente, le ipotesi di cui alle lett. c) e d) sono collegate ad un comportamento doveroso del giudice o alla volontà del minore, così da rendere la loro riconduzione al modello del litisconsorzio necessario meno agevole.

Tuttavia, il nuovo testo dell'art. 473-*bis*.8 non ci pare fornisca un sicuro conforto per l'opzione ermeneutica "particolareggiata" a seconda della concreta fattispecie; e, d'altra parte, nel nostro ordinamento esistono ipotesi in cui la presenza di una parte diventa necessaria in un momento successivo rispetto all'inizio del procedimento e/o dipende dal concreto atteggiarsi del procedimento stesso.

6. I poteri ufficiosi del giudice e il ruolo del Pubblico Ministero nel processo minorile.

Infine, qualche brevissima considerazione su un altro argomento che potrebbe essere utilizzato per definire il regime del vizio della capacità processuale e le conseguenze dell'omessa nomina del curatore speciale.

Come accennato, nel processo minorile trovano ampio spazio i poteri ufficiosi del giudice civile ed è assegnato un ruolo rilevante (almeno sulla carta) al Pubblico Ministero, in qualità di soggetto agente o, comunque, di interveniente cui sono assegnati

pervasivi poteri istruttori. In questo senso, si richiamano due disposizioni generali introdotte dalla riforma Cartabia e, cioè, l'art. 473-*bis*.2, in tema di poteri del giudice, e l'art. 473-*bis*.3 sul ruolo del Pubblico Ministero.

L'art. 473-*bis*.2 c.p.c. ⁽⁶⁵⁾, al fine di realizzare effettivamente la «tutela dei minori» ⁽⁶⁶⁾, incentiva un ruolo attivo del giudice, che può (*recte*: deve) adottare le misure necessarie per la protezione dei minorenni. Nello specifico, ai sensi del comma 1 dell'articolo citato, il giudice (*i*) nomina d'ufficio il curatore speciale del minore; (*ii*) adotta i provvedimenti opportuni a protezione del fanciullo anche «in deroga all'art. 112 c.p.c.»; e (*iii*) dispone l'ammissione di mezzi di prova anche «al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile».

L'eccezione che appare più vistosa, ma che era già intrecciata dalla fitta tessitura giurisprudenziale ⁽⁶⁷⁾, è realizzata proprio dalla possibilità per il giudice di derogare all'art. 112 c.p.c., e cioè al principio di c.d. corrispondenza tra chiesto e pronunciato — una delle declinazioni che assume il c.d. principio dispositivo ⁽⁶⁸⁾ e adottare provvedimenti a tutela della prole che non trova-

⁽⁶⁵⁾ V., se vuoi, G. FANELLI, *I poteri del giudice a tutela del minore (anche) nella fase di attuazione dei provvedimenti*, in AA. VV., *Diritto e giustizia nelle relazioni familiari. Problemi e prospettive*, a cura di M. ABBAMONTE, F. ALCINO, Milano, 2024, 169 ss.

⁽⁶⁶⁾ Sul nuovo art. 473-*bis*.2 c.p.c., C. CECHELLA, *Gli atti introduttivi, le preclusioni e le riaperture difensive. L'istruttoria*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., 20 ss.; B. FICCARELLI, *I poteri del giudice*, *ibidem*, 107 ss.; C. BRIGUGLIO, sub art. 473-*bis*.2 c.p.c., in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, cit., 760 ss.; R. RUSSO, *I poteri del giudice e del pubblico ministero*, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. DIDONE - F. DE SANTIS, *op. cit.*, 531 ss.; G. SAVI, sub art. 473-*bis*.2, cit., 23 ss.

⁽⁶⁷⁾ Cfr., ad esempio, Cass., 4 agosto 2022, n. 24179, per la quale in tema di separazione personale tra coniugi e di divorzio — anche con riferimento ai figli di genitori non coniugati — il criterio fondamentale cui devono ispirarsi i relativi provvedimenti è rappresentato dall'esclusivo interesse morale e materiale dei figli, con la conseguenza che il giudice non è vincolato alle richieste avanzate ed agli accordi intercorsi tra le parti e può quindi pronunciarsi anche *ultra petita*. V. ancora Cass. (ord.) 30 novembre 2021, n. 37596; Cass., 24 agosto 2018, n. 21178, in *Fam. e dir.*, 2019, 472 ss., con nota di B. POLISENO, *Poteri del giudice, relazioni investigative e tutela della prole*.

⁽⁶⁸⁾ Non è possibile fornire in maniera soddisfacente indicazioni bibliografiche su un tema così ampio. Il rinvio è, per tutti, a M. CAPPELLETTI, *Principio dispositivo ed in-*

no piena corrispondenza in quelli effettivamente richiesti. La disposizione, peraltro, non prevede alcun limite temporale, con la conseguenza che deve ritenersi che i suddetti poteri siano sempre esercitabili nel corso del procedimento.

Giova segnalare che il legislatore fa espressamente riferimento all'art. 112 c.p.c. e non menziona l'art. 99 c.p.c. ⁽⁶⁹⁾, che, letto con l'art. 2907 c.c., riserva la tutela giurisdizionale al titolare del diritto e impedisce all'autorità giudiziaria di procedere d'ufficio in assenza di una specifica domanda di parte ⁽⁷⁰⁾. Com'è evidente, però, il confine tra la pronuncia in assenza di domanda e la pronuncia che non corrisponde completamente a quanto richiesto con la domanda giudiziale ⁽⁷¹⁾ diventa molto sottile. Peraltro, nel nuovo modello unitario vi sono provvedimenti che, per espressa previsione normativa, possono essere adottati dal giudice d'ufficio (si pensi ai provvedimenti *ex art. 473-bis.22 c.p.c.* nell'interesse dei figli e, nella fase d'attuazione, alle misure *ex art. 473-bis.39 c.p.c.*).

Proprio sulla base di queste valutazioni, nonostante la previsione sia funzionale a garantire l'interesse del minore, la scelta normativa è stata criticata perché foriera di rischi per la terzietà e imparzialità del giudice ⁽⁷²⁾ così portando taluno a fornire un'in-

terrogatorio della parte, in *Annuali dell'Università Di Macerata*, 1959, 233 ss.; ID., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, 305 ss., spec. 308; E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551 ss.; A. PANZAROLA, *A proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 649 ss.; ID., *Il principio dispositivo preso sul serio*, prima in *Gius. civ.*, 2017, 701 ss., ora in ID., *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, 235 ss.

⁽⁶⁹⁾ Lo rileva anche G. SAVI, *sub art. 473-bis c.p.c.*, cit., spec. 24-25.

⁽⁷⁰⁾ L'ordinamento processuale civile è — sia pure in linea tendenziale e non senza qualche eccezione — ispirato dal principio *ne procedat iudex ex officio*, il quale esclude che in capo all'organo giudicante siano allocati significativi poteri di impulso processuale (cfr., per tutti, cfr. Corte Cost., 9 luglio 1970 n. 123).

⁽⁷¹⁾ Cfr. A. CARRATA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, 141 e F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., IV, 126, i quali ritengono che il giudice possa assumere provvedimenti opportuni anche in assenza di domande delle parti.

⁽⁷²⁾ Secondo G. SCARSELLI, *La riforma del processo di famiglia*, in *Giustiziansieme.it*, dal 15 dicembre 2021, «la deroga al principio della domanda» non sarebbe «giustificata dalla indisponibilità dei diritti o dall'interesse superiore del minore, poiché questi interessi sono assicurati dalla presenza del PM e del curatore speciale del minore, mentre

terpretazione più compatibile con il principio della domanda, secondo la quale il potere in commento può essere esercitato quando vi sia una domanda di parte, andando al più oltre i limiti di questa, ma sempre previa instaurazione del contraddittorio tra le parti.

Si tratta, non v'è dubbio, di una tecnica processuale incisiva che va ben oltre il generale potere di direzione del procedimento di cui all'art. 175 c.p.c. e — forse — supera l'ambito applicativo dell'art. 112 c.p.c. Evidentemente, il legislatore ha fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'attribuzione di più ampi poteri al giudice è (forse non l'unica, ma) la migliore tecnica processuale per assicurare la protezione della prole ⁽⁷³⁾. Occorrerà verificare come tale impostazione verrà calata nel sistema processuale cui siamo abituati, sistema che ruota attorno

il giudice, anche dinanzi a questi diritti, e anche a fronte dell'interesse superiore del minore, deve comunque rimanere terzo e imparziale; e la terzietà e l'imparzialità del giudice escludono che questi possa provvedere d'ufficio». *Contra*, in relazione però all'ampliamento dei poteri istruttori del giudice, P. LICCI, *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, cit., 64. Per C. CECHELLA, *Gli atti introduttivi, le preclusioni e le riaperture difensive. L'istruttoria*, in *La riforma del processo e del giudice*, cit., 23, «se il contraddittorio si conduce seriamente anche il processo su situazioni indisponibili potrebbe non implicare necessariamente l'accentuazione dei poteri del giudice sino a derogare al principio della domanda». Vedi anche F. DANOVÌ, *Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, op. cit., spec. 473-474; M.A. LUPOLI, *Il "nuovo" procedimento di separazione e divorzio*, cit., spec. 455-456.

⁽⁷³⁾ Lo stesso atteggiamento, ci pare, è rintracciabile nella modifica dell'art. 316 c.c. Secondo la versione anteriforma *Cartabia*, in caso di contrasto su questioni di particolare importanza, il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del minore ultra-dodicenne, suggeriva le determinazioni che riteneva più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare (art. 316, comma 3, c.c.). L'utilizzo del verbo «suggerire» era interpretato nel senso che il giudice dovesse svolgere una funzione conciliativa senza imporre alle parti alcuna soluzione. In caso di permanenza del contrasto, il giudice attribuiva il potere decisionale sulla questione relativa al minore al genitore che riteneva più idoneo a curare l'interesse del figlio. L'art. 1, comma 4, lett. a), n. 3, d.lgs. n. 149/2022 sostituisce alla parola «suggerisce» l'espressione «tenta di raggiungere una soluzione concordata» e prevede che, in caso di mancato accordo tra le parti, sarà il giudice stesso ad adottare la soluzione che ritiene più adeguata nell'interesse del minore. Sul punto vedi G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia" (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 6, 1407 ss., spec. 1423 ss.

alla domanda di parte relegando la tutela giurisdizionale officiosa a mere e sporadiche eccezioni.

Quanto, invece, alla possibilità di ammettere d'ufficio mezzi di prova «anche al di fuori dei limiti posti dal codice civile», la formula utilizzata dal legislatore richiama quella usata dall'art. 421, comma 1, c.p.c. per il rito del lavoro. In quel contesto, si ritiene che l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice non sia una vera deroga al principio dispositivo, poiché il giudice non può mai formare il *thema probandum* e può esercitare i propri poteri solo in relazione a fatti e fonti di prova che risultino già dagli atti di parte ⁽⁷⁴⁾.

Infine, a corredo del rafforzamento dei poteri del giudice, l'art. 473-bis.3 ribadisce un ruolo attivo del Pubblico Ministero «nell'esercizio dell'azione civile e al fine di adottare le relative determinazioni» ⁽⁷⁵⁾.

La positivizzazione, a livello di norma generale, del potere-dovere del p.m. si spiega alla luce dell'esperienza maturata nel rito di famiglia, in cui l'intervento del p.m. non ha avuto carattere decisivo nell'ottica della tutela delle situazioni coinvolte ⁽⁷⁶⁾. Si tratta, in via di prima approssimazione, di un «indistinto potere istruttorio autoritativo» ⁽⁷⁷⁾ che, forse, sarebbe stato necessario distinguere, per l'appunto, in ragione del tradizionale ruolo del p.m. agente o p.m. interveniente ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁴⁾ P. LICCI, *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, Pisa, 2020, 62 ss., ove ampli e ulteriori riferimenti bibliografici. Si veda anche M. TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, 104 ss., secondo il quale l'art. 115 c.p.c. non impone al giudice di fondare la decisione soltanto sulle prove proposte dalle parti.

⁽⁷⁵⁾ C. BRIGUGLIO, sub art. 473-bis.3, in *La riforma Cartabia*, cit., 764 ss.; G. SAVI, sub art. 473-bis.3, in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, cit., 44 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in *Fam. dir.*, 2010, 370, testo e note, il quale rileva che il ruolo del p.m. si è spesso ridotto ad un «mero passaggio burocratico del fascicolo dagli uffici della procura della repubblica competente».

⁽⁷⁷⁾ Cfr. G. SAVI, *ult. op. cit.*, 45.

⁽⁷⁸⁾ La disciplina degli artt. 69 e 70 non è stata modificata dal d.lgs. n. 149/2022 ma il correttivo del processo civile — che sembrerebbe di imminente approvazione — ha

Si osservi, peraltro, che il p.m. è legittimato a proporre l'azione (ed è parte necessaria) nei procedimenti in cui anche al minore è stata assegnata tale qualifica. Anzi, come chiarisce la Relazione illustrativa, sono proprio i modelli citati (in particolare l'art. 9, l. n. 184/1983 e art. 403 c.c.) ad ispirare gli ampi poteri conferiti al p.m.

7. Conclusioni, in attesa delle Sezioni Unite.

Alla luce del percorso che abbiamo provato a tracciare, può sostenersi che il regime di nullità che si determina a seguito della mancata partecipazione del minore, assistito da un rappresentante legale *ad hoc* (diverso dal genitore) e da un difensore tecnico (e che probabilmente in passato poteva essere sempre ricondotto al vizio relativo alla *legitimatio ad processum*), oggi può essere accostato ai vizi relativi all'integrità del contraddittorio per mancanza di una parte necessaria. A questo approdo ci ha condotto l'evoluzione del diritto sostanziale e processuale, in un ordinamento ormai proteso verso la valorizzazione dell'autodeterminazione del minore, a maggior ragione se capace di discernimento.

Gli argomenti a sostegno della diversa soluzione, che individua nel difetto della capacità processuale il regime del vizio dell'omessa nomina del curatore speciale del minore, ci sembrano oggi più deboli di ieri.

Non è forte quello relativo l'esclusione del vizio della capacità processuale dalle ipotesi tassative di cui all'art. 354, comma 1, c.p.c. che, come abbiamo cercato di mettere in luce, non può essere usato se il vizio è configurato come d'integrità del contraddittorio per mancanza di una parte necessaria.

Neppure persuade il richiamo, ormai quasi di stile, al rispetto del principio costituzionale della ragionevole durata del processo. Data la particolare delicatezza degli interessi coinvolti nel pro-

previsto una modifica all'art. 70 c.p.c., nel senso che il p.m. sarà chiamato ad intervenire necessariamente nelle cause dinanzi al tribunale «in cui devono essere emessi provvedimenti relativi ai figli minori» (cfr. nuovo numero *3bis*).

cesso minorile (e nelle fattispecie oggi individuate dall'art. 473-*bis*.8 c.p.c.), è auspicabile costruire un sistema di tutele in cui, sia garantito al curatore speciale del minore il compimento delle attività ritenute necessarie e che non erano state compiute in sua assenza. Non è determinante che, poi, si applichi il nuovo comma 3 dell'art. 354 c.p.c. oppure vi sia rimessione al primo giudice, poiché avrà comunque un allungamento dei tempi processuali⁽⁷⁹⁾, che non è "irragionevole" o strutturale, ma serve a rimediare ad una situazione patologica del processo che potrebbe compromettere la tutela effettiva del minore.

GIUSEPPINA FANELLI

ABSTRACT: L'Autore riflette sul regime del vizio che consegue all'omessa nomina del curatore speciale del minore, nei casi in cui detta nomina si ritenga necessaria, alla luce dell'ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite della Corte di cassazione e del nuovo contesto normativo.

ABSTRACT: *The paper addresses the issue of the regime of invalidity that follows from the failure to appoint the child's special representative, in cases in which it is deemed necessary, in the light of the decision referring the matter to the United Chambers of the Court of Cassation, and of the new legislative context.*

⁽⁷⁹⁾ Vista, peraltro, l'attuale durata dei giudizi d'appello.

Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza 19 ottobre 2023,
n. 29023

Pres. Travaglino, est. Manzon

Agenzia delle Entrate c. I.E. S.P.A.

Il provvedimento direttoriale si configura come atto, tipicamente amministrativo, meramente ricognitivo e attuativo del disposto di legge, che si limita a regolare gli aspetti pratici dell'attuazione del meccanismo previsto per legge. Si tratta, quindi, di atto amministrativo generale, non contenente una pretesa tributaria sostanziale, rispetto al quale appare evidente l'estraneità alla materia devoluta alla giurisdizione tributaria, in quanto nessuna disposizione del d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, attribuisce alle Commissioni tributarie un potere direttamente incisivo degli atti generali, in deroga alla tipica giurisdizione di legittimità costituzionalmente riservata agli organi della giustizia amministrativa. Ne deriva che trattasi di un'azione di annullamento esercitabile in prevenzione ed alternativamente alla disapplicazione da parte del giudice tributario, secondo uno schema che risulta ben chiaro in tali disposizioni legislative processuali. Le stesse considerazioni devono considerarsi vevoli anche per gli ulteriori provvedimenti agenziali impugnati e in particolare per la circolare n. 22/E del 23 giugno 2022. A tale atto si deve infatti ascrivere contenuto integrativo del provvedimento direttoriale ed in quanto tale allo stesso è associabile sul piano della sussistenza dell'affermata giurisdizione amministrativa (1).

(1) Sulla tutela in tema di provvedimenti direttoriali e circolari in materia tributaria (in particolare per i tributi sugli extraprofitti)

SOMMARIO: 1. L'oggetto del giudizio. — 2. L'impugnazione del decreto direttoriale, della circolare e della risoluzione. — 3. Giurisdizione del giudice tributario. La natura tributaria del contributo straordinario. — 4. L'elenco di cui all'art. 19. — 5. La soluzione del Tar nel senso della non impugnabilità dei decreti direttoriali dinanzi al giudice amministrativo. — 6. La diversa impostazione del Consiglio di Stato. — 7. La decisione della Cassazione. — 8. La natura giuridica dei decreti direttoriali. — 9. Sulla giurisdizione. — 10. Sulle forme di tutela: impugnabilità e disapplicazione. — 11. Sull'impugnabilità delle circolari.

1. L'oggetto del giudizio.

L'art. 37 del decreto legge 21 marzo 2022, n. 21 («Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina»), convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 2022, n. 51 ha introdotto una misura impositiva straordinaria (perché dovuta solo nell'anno 2022), ivi definita «contributo a titolo di prelievo solidaristico straordinario», i cui soggetti passivi sono le imprese che esercitano l'attività di produzione di energia elettrica, di gas metano o di estrazione di gas naturale, i soggetti rivenditori di energia elettrica, di gas metano e di gas naturale o che esercitano l'attività di produzione, distribuzione e commercio di prodotti petroliferi, nonché i soggetti che, per la successiva rivendita, importano a titolo definitivo energia elettrica, gas naturale o gas metano, prodotti petroliferi o che introducono nel territorio dello Stato detti beni provenienti da altri Stati dell'Unione europea ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Si tratta del cd. tributo sugli extraprofitti approvato al fine di ridistribuire i maggiori guadagni connessi all'aumento dei prezzi conseguente all'inizio della guerra in Ucraina. La base imponibile del contributo solidaristico straordinario è individuata dal comma 2 dell'art. 37 citato nell'incremento del saldo tra le operazioni attive e le operazioni passive, riferito al periodo dal 1 ottobre 2021 al 30 aprile 2022, rispetto al saldo del periodo dal 1 ottobre 2020 al 30 aprile 2021; e in caso di saldo negativo del periodo dal 1° ottobre 2020 al 31 marzo 2021, ai fini del calcolo della base imponibile per tale periodo è assunto un valore di riferimento pari a zero. Il contributo si applica nella misura del 25 per cento nei casi in cui il suddetto incremento sia superiore a euro 5.000.000. Il contributo

La norma, al quinto comma, prevede, che, «Con provvedimento del direttore dell’Agenzia delle entrate, sentita l’Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, sono definiti gli adempimenti, anche dichiarativi, e le modalità di versamento del contributo. Con il medesimo provvedimento possono essere individuati dati aggiuntivi da indicare nelle fatture di cessione e di acquisto dei prodotti di cui al comma 1 e sono definite le modalità per lo scambio delle informazioni, anche in forma massiva, con la Guardia di finanza».

In virtù di questa previsione normativa, è stato emanato il provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate prot. n. 221978 del 17 giugno 2022, recante «Definizione degli adempimenti, anche dichiarativi, e delle modalità di versamento del contributo straordinario, ai sensi dell’articolo 37 del decreto-legge 21 marzo 2022, n. 21. Definizione delle modalità per lo scambio delle informazioni con la Guardia di finanza». Successivamente, come spesso avviene in occasione della approvazione di nuovi tributi, sono state emanate la circolare dell’Agenzia delle entrate n. 22/E del 23 giugno 2022 e la circolare n. 25/E pubblicata in data 11 luglio 2022.

Un tributo passeggero e quasi insignificante che, però, ha dato vita ad un particolare contenzioso che consente di ripassare i canoni tradizionali sull’impugnazione degli atti generali in materia tributaria, tra giudice tributario e giudice amministrativo, con un’incursione sulla peculiarità dei decreti direttoriali sempre più diffusi.

non è dovuto se l’incremento è inferiore al 10 per cento. Il criterio di calcolo è contemplato nel comma 3 dell’art. 37: ai fini del calcolo del saldo di cui al comma 2, si assume il totale delle operazioni attive, al netto dell’IVA, e il totale delle operazioni passive, al netto dell’IVA, indicato nelle Comunicazioni dei dati delle liquidazioni periodiche IVA. Il contributo è liquidato e versato per un importo pari al 40 per cento, a titolo di acconto, entro il 30 giugno 2022 e per la restante parte, a saldo, entro il 30 novembre 2022, con le modalità di cui all’art. 17, d. lgs. 9 luglio 1997, n. 241.

2. L'impugnazione del decreto direttoriale, della circolare e della risoluzione.

Il potenziale contribuente, infatti, impugna proprio il decreto direttoriale del 17 giugno 2022, la circolare del 11 luglio 2022 e la risoluzione n. 29/E del 20 giugno 2022 ⁽²⁾. Per il ricorrente, l'Agenzia delle Entrate, nel dettare la disciplina attuativa dell'art. 37, avrebbe ampliato la platea dei soggetti passivi d'imposta specificando che, oltre ai soggetti che svolgono in via principale attività di produzione di energia elettrica, sono chiamati al versamento del contributo anche soggetti diversi che svolgono tale attività solo in via del tutto residuale ed incidentale (anche mediante il richiamo a determinati "codici ATECO"). Si contesta, altresì, la mancata individuazione della manifestazione di capacità contributiva. La questione di legittimità costituzionale sarebbe rilevante, perché il provvedimento impugnato sarebbe il primo attuativo della norma ed i vizi che inficiano la legge sarebbero tali da provocare anche l'illegittimità del provvedimento stesso e il conseguente annullamento. Si contesta, inoltre, che mancata deducibilità dall'Ires del contributo straordinario e si sottolinea, infine, che la misura fiscale introdotta, provocando una distorsione nel mercato, non sarebbe nemmeno rispettosa del principio di proporzionalità, che «fa parte dei principi generali del diritto dell'Unione» ⁽³⁾.

⁽²⁾ In una breve nota alla giurisprudenza in commento si sottolinea che l'impugnativa era dichiaratamente indirizzata a strumentalizzare il ricorso di legittimità davanti al giudice amministrativo per incardinare un giudizio dinanzi alla Corte cost. (per dichiarare costituzionalmente illegittimo per violazione degli artt. 3 e 53 Cost. e, segnatamente, per contraddizione con i principi generali di eguaglianza, coerenza, divieto di doppia imposizione ed effettività della capacità contributiva, nella parte in cui non ha consentito ai soggetti passivi del "contributo straordinario" di dedurre quanto versato a tale titolo dalla base imponibile dell'Ires) e dinanzi alla Corte Giust. (per violazione dei principi di proporzionalità, non discriminazione, parità di trattamento, nonché violazione della libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi). Questo spiegherebbe la rigidità della soluzione del Tar, ma nulla impedisce ai contribuenti di impugnare gli atti generali al fine di proporre l'immediata devoluzione alle Corti di vertice deputate a valutarne la conformità all'ordinamento costituzionale e a quello europeo. Cfr. M. BASILAVECCHIA - L. BASILAVECCHIA, *La giurisdizione sugli atti generali in materia di extraprofiti delle imprese energetiche*, in *GT Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2024, 21 ss.

⁽³⁾ Citando la decisione della Corte Giust., 2 settembre 2015, C-309/14.

Il contribuente, qualificando come tributo il contributo in questione, ricorre contro i suddetti atti dinanzi al giudice amministrativo, iniziando un percorso giudiziario che forse neanche immaginava.

3. Giurisdizione del giudice tributario. La natura tributaria del contributo straordinario.

Il primo punto affrontato dalla decisione del Tar è costituito dalla natura tributaria del contributo oggetto del contendere ⁽⁴⁾.

La decisione parte dall'esame degli artt. 2, 7 e 19, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. L'art. 2, comma 1, dispone che «Appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati». L'art. 7, comma 5, dispone che le Corti di giustizia tributaria, se ritengono illegittimo un regolamento o un atto generale rilevante ai fini della decisione, non lo applicano, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, salva l'eventuale impugnazione nella diversa sede competente. L'art. 19, infine, prevede che il ricorso dinanzi alle Corti di giustizia tributaria può essere proposto avverso una serie di atti ivi elencati, aventi natura di atti individuali.

Correttamente, quindi, il Tribunale amministrativo si domanda se si è in presenza di un tributo, e se vi è un atto rientrante nell'elenco dell'art. 19, sviluppando una serie di osservazioni che vale la pena riportare perché condensano la prevalente opinione giurisprudenziale.

Il Collegio osserva che i caratteri identificativi generali del tributo debbono essere individuati nei seguenti elementi tipizzanti, tratti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte Costituzionale: — «la matrice legislativa della prestazione imposta, in quanto il tributo nasce direttamente in forza della legge, risultando irrilevante l'autonomia contrattuale; — «la doverosità della prestazione, che comporta un'ablazione delle somme con attribuzione delle stesse ad un ente pubblico»; — «la circostan-

⁽⁴⁾ Si tratta della decisione del T.A.R. Lazio, 17 novembre 2022, n. 15224.

za che i soggetti tenuti al pagamento del contributo non possono sottrarsi a tale obbligo e la legge non dà alcun sostanziale rilievo, genetico o funzionale, alla volontà delle parti»; — «il nesso con la spesa pubblica, nel senso che la prestazione è destinata allo scopo di apprestare i mezzi per il fabbisogno finanziario dell'ente impositore».

Per il Tar la ricorrenza dei requisiti è evidente, in quanto: — il prelievo è disposto da una norma avente forza di legge; — non è dubitabile la definitività della prestazione patrimoniale, della quale non è prevista alcuna forma di restituzione o di ripetibilità, neppure parziale, in favore dei soggetti passivi; — non vi è alcuna controprestazione in rapporto sinallagmatico con i versamenti del contributo, che si propone di colpire un indice di capacità contributiva, individuato nell'incremento del saldo tra le operazioni attive e le operazioni passive riferite a un preciso e determinato lasso temporale (extraprofitto); lo scopo del prelievo è costituito dal contenimento, per le imprese ed i consumatori, dell'aumento dei prezzi e delle tariffe del settore energetico.

4. L'elenco di cui all'art. 19.

Verificata la natura tributaria del contributo straordinario e quindi l'astratta inclusione nell'art. 2, il Tribunale amministrativo nega la giurisdizione del Giudice Tributario sui decreti direttoriali e sulle circolari.

Il Tar non si limita correttamente a ricordare che gli atti in oggetto non sono ricompresi nel novero di quelli tassativamente elencati all'art. 19 del d. lgs. n. 546 del 1992. Piuttosto, richiama l'orientamento della Cassazione per il quale «la tassatività di cui al predetto art. 19 deve intendersi riferita non già ai singoli provvedimenti nominativamente indicati, bensì alle “categorie” a cui questi ultimi sono astrattamente riconducibili, nelle quali vanno ricompresi gli atti atipici, o con *nomen iuris* diverso da quelli indicati, che però producono gli stessi effetti giuridici. In altri termini, l'elencazione degli atti impugnabili contenuta nell'art. 19 del d. lgs. n. 546 del 1992 ha sì natura tassativa; ma, in ragione

dei principi costituzionali di tutela del contribuente e di buon andamento della P.A., ogni atto adottato dall'ente impositore che porti, comunque, a conoscenza del contribuente una specifica pretesa tributaria, con esplicitazione delle concrete ragioni fattuali e giuridiche, è impugnabile davanti al giudice tributario, senza necessità che si manifesti in forma autoritativa. È dunque consolidato l'orientamento nel senso di ritenere sussistente in capo al contribuente l'interesse a ricorrere nel caso in cui egli venga a conoscenza, seppure non nelle forme tipiche previste dalla legge, di un atto incidente sul patrimonio, relativo ad un rapporto tra lui e l'Amministrazione finanziaria rientrante nella cognizione delle Commissioni tributarie».

Ma, appunto, il Tar conclude in senso negativo circa l'impugnabilità innanzi al giudice tributario, perché gli atti in epigrafe non determinano, in concreto, in capo ai ricorrenti, alcuna imposizione tributaria diversa che quella specificamente e minutamente direttamente disposta dal testo legislativo: nel senso che essi non comportano una diretta incidenza sul patrimonio di coloro che sono individuati dalla norma come soggetti d'imposta, essendo puramente ripetitivi (e solo in parte esplicativi) della norma primaria di riferimento ⁽⁵⁾.

5. La soluzione del Tar nel senso della non impugnabilità dei decreti direttoriali dinanzi al giudice amministrativo.

Esclusa l'impugnabilità dinanzi al giudice tributario, il Tar volge lo sguardo alla giurisdizione amministrativa.

Al riguardo esclude che si tratti di provvedimento adottato nell'esercizio di un potere discrezionale in base alla previsione legislativa,

⁽⁵⁾ Il Tar osserva anche, in modo quasi didascalico, che «La giurisdizione tributaria sussisterà, invece – alla luce dell'art. 19 citato e dei principi su richiamati, così come anche l'indispensabile interesse processuale dei soggetti passivi dell'imposta, nei confronti dell'eventuale avviso di accertamento per omesso o parziale versamento; oppure dell'eventuale diniego del rimborso di quanto versato (quest'ultima ipotesi, ai sensi del combinato disposto fra l'art. 38 del D.P.R. n. 602/1973 e l'art. 19, comma 1, lettera g) del d.lgs. n. 546/1992)».

in quanto la delega è volta unicamente a «definire gli adempimenti, anche dichiarativi, e le modalità di versamento del tributo», oltre che, eventualmente, i dati aggiuntivi da indicare in sede di fatturazione e le modalità di scambio di informazioni con la Guardia di finanza. La norma non contempla — né per il Tar avrebbe potuto contemplarlo — in alcun modo il potere astratto di incidere sugli elementi strutturali dell'imposta, ossia sull'individuazione dei soggetti passivi, sulla determinazione della base imponibile (mediante l'introduzione — ad esempio — di ipotesi di detrazione o deduzione d'imposta), sulla delimitazione del presupposto d'imposta, sulla definitività della decurtazione, o ancora sulla destinazione del gettito.

Per il Tar, non si può riconoscere un atto impugnabile neanche sulla scorta del contenuto concreto che il Direttore dell'Agenzia delle entrate ha impresso all'atto delegato dalla norma primaria con il suo atto del 17 giugno 2022. Infatti, si limita a una parte definitoria degli elementi strutturali del tributo, e conferma il carattere sostanzialmente descrittivo del precedente articolato. Non è neanche impugnabile la circolare n. 22/E del 23 giugno 2022, emessa dall'Agenzia delle entrate a seguito della pubblicazione del provvedimento su descritto del 17 giugno 2022, perché ha, a sua volta, carattere ricognitivo del primo ⁽⁶⁾.

Non si tratta quindi, per il giudice di prime cure, di un atto di natura regolamentare, in quanto è da escludere la mancanza della competenza in capo all'Agenzia delle entrate ai sensi dell'art. 62 del d.lgs. n. 300 del 1999, e non si rinvergono neppure i caratteri tipici dell'atto regolamentare (in quanto espressione della potestà

⁽⁶⁾ Al Tar viene agevole, peraltro, ricordare che «A ciò si deve aggiungere, quanto alla circolare n. 22/E del 23 giugno 2022, nonché alla successiva circolare emessa sulla scorta dell'art. 37 citato dall'Agenzia delle entrate, recante il numero 25/E/2022 dell'11 luglio 2022 («Crediti d'imposta per acquisto di energia elettrica in favore di imprese "energivore" e "non energivore" in relazione al primo e al secondo trimestre 2022 - Contributo straordinario contro il caro bollette - Risposte a quesiti»), che, come già affermato da questa Sezione, (T.A.R. Lazio, 18 febbraio 2019, n. 2207), la circolare non è impugnabile né innanzi al giudice amministrativo, non essendo un atto generale di imposizione; né innanzi al giudice tributario, non essendo atto di esercizio di potestà impositiva, e quindi sussiste il difetto assoluto di giurisdizione in ordine ad essa (si veda anche Cass., Sez. Un., 2 novembre 2007, n. 23031)».

normativa attribuita all'amministrazione di incidere, integrandola ed arricchendola, su una precedente disciplina legislativa), ossia la natura innovativa, che caratterizza i regolamenti, insieme alla generalità e all'astrattezza. Non è inquadrabile, neanche, tra gli atti amministrativi generali, che sono espressione di potestà amministrativa di natura gestionale e sono rivolti alla cura concreta d'interessi pubblici, seppure a destinatari indeterminati ma individuabili in un momento successivo; e che, come tali, producono effetti nei confronti di una quantità di soggetti in ragione della loro titolarità di specifici rapporti, ma senza essere caratterizzati dalla astrattezza, cosicché la produzione dell'effetto giuridico in questione non richiede l'esercizio di altri poteri pubblici innovativi dell'ordinamento. Non sono, infatti, atti generali in quanto privi elementi di novità in punto di organizzazione e di regolazione minuta delle attività dell'Amministrazione finanziaria e dei contribuenti (come dovrebbe essere proprio di un atto amministrativo generale): tutte già disciplinate, direttamente, o tramite rinvio ad altre norme di pari rango, dalla norma primaria di riferimento.

6. La diversa impostazione del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato ricorda che, ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a. sono devolute alla giurisprudenza amministrativa «le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi (...) concernenti l'esercizio (...) del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti (...) posti in essere da pubbliche amministrazioni»; e che nella sua essenza, il potere amministrativo cui fa riferimento la disposizione richiamata è quello dato dalla legge per l'attuazione concreta della volontà normativa in essa espressa ed è destinato a manifestarsi attraverso atti giuridici di competenza di soggetti pubblici in grado di incidere in modo unilaterale sulle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari ⁽⁷⁾.

Secondo il Consiglio di Stato si è in presenza di potere amministrativo in quanto, in conformità all'art. 23 Cost., alla fonte

(7) Si tratta di Cons. Stato, 29 marzo 2023, n. 3216.

normativa primaria sono stati riservati gli elementi costitutivi della prestazione impositiva, mentre a quella gerarchicamente subordinata sono stati demandati gli ulteriori aspetti di dettaglio della stessa, necessari per l'attuazione della norma impositiva.

Ne deriva quale ulteriore conseguenza che gli atti riconducibili alla fonte amministrativa istituita dalla norma di legge partecipano della relativa natura e sono quindi a loro volta qualificabili come atti amministrativi.

Irrilevante, invece, è stabilire se sul piano sostanziale il provvedimento in esame abbia natura regolamentare o di atto amministrativo generale, perché, in base al sopra citato art. 7, comma 1, c.p.a. la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo concerne infatti “provvedimenti” e “atti” delle pubbliche amministrazioni comunque espressivi del potere pubblico, quali pacificamente sono sia i regolamenti che gli atti amministrativi generali.

Per il Consiglio di Stato è quindi pacifica la natura di atto amministrativo del decreto direttoriale, della circolare e della risoluzione impugnati ed è incontestabile l'assenza nella fattispecie controversa di atti di imposizione tributaria che possano valere a radicare la giurisdizione degli organi del contenzioso tributario, ai sensi dell'art. 19, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. Anzi, i rapporti di quest'ultima con la giurisdizione amministrativa sono definiti nel senso che ad essa è riservata, ai sensi del sopra richiamato art. 7, comma 1, c.p.a., la cognizione in via principale sugli atti regolamentari o amministrativi generali dell'amministrazione finanziaria in materia tributaria, come nel caso di specie; questi rimangono comunque conoscibili dal giudice tributario in via incidentale, ai fini della relativa disapplicazione, ai sensi dell'art. 7, comma 5, del citato decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, e dunque del sindacato ad esso spettante sull'atto di imposizione rientrante nelle ipotesi previste dal sopra citato art. 19 del medesimo decreto legislativo.

Il Consiglio di Stato, pertanto, sottolinea come la tesi del Tar condurrebbe a un vuoto di tutela giurisdizionale in contrasto con

i principi costituzionali ricavabili dagli artt. 24 e 113 della Costituzione, e tale da porre l'operatore economico inciso dal tributo di fronte all'alternativa di violare la norma tributaria, attraverso l'inadempimento agli obblighi dichiarativi e di versamento in parte disciplinati anche dal provvedimento direttoriale, e dunque di essere esposto al potere di accertamento dell'amministrazione finanziaria; o di versare lo stesso e poi impugnare l'eventuale diniego di rimborso, secondo modalità riconducibili alla regola *solve et repete*, che in materia tributaria è stata da tempo risalente giudicata in contrasto con la Costituzione (8). Il Consiglio di Stato annulla quindi la decisione rinviando la causa *ex art.* 105, comma 1, c.p.a. davanti al giudice di primo grado.

Avverso la decisione propone ricorso per Cassazione non solo l'Agenzia delle entrate ma anche, forse esagerando, il Ministero dell'economia e delle finanze, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e ARERA, con la società contribuente a resistere per sé, ma potremmo aggiungere, per tutti.

7. La decisione della Cassazione.

Per la Cassazione, il provvedimento direttoriale è qualificabile come atto amministrativo generale, come tale impugnabile avanti al GA, in virtù della previsione di cui all'art. 7 c.p.a., commi 1 e 4, che rispettivamente prevedono che «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni (9). Non sono impugnabili gli atti o provvedi-

(8) Citando la sentenza della Corte cost., 31 marzo 1961, n. 21.

(9) Per un precedente cfr. Cass., Sez. Un., 18 aprile 2016, n. 7665, che riguarda la giurisdizione in materia catastale, dove si afferma che per gli atti amministrativi generali in materia catastale (quali gli atti generali di revisione) vi è la giurisdizione del giudice amministrativo, a differenza degli atti individuali (quale il classamento) che rientrano

menti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico» e che «Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma» (10).

Per i supremi giudici, non ha rilievo la natura discrezionale ovvero vincolata (meramente attuativa della norma primaria) dell'atto in contesto, non essendo un presupposto necessario a fondare la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, ma essendo invece sufficiente a tal fine che si tratti di un atto autoritativo proveniente da una PA.

Peraltro, è possibile riconoscere una la natura — pur latamente — discrezionale del provvedimento de quo in forza della medesima norma primaria istitutiva della relativa potestà amministrativa, laddove prevede l'acquisizione obbligatoria del parere dell'Autorità regolatrice del settore energia (ARERA), la cui non vincolatività è un chiaro "indizio" della facoltà di scelta ponderale di interessi demandata al direttore dell'Agenzia delle Entrate. Né rileva il richiamo alle disposizioni del d. lgs. n. 300 del 1999 (art. 56, comma 1, lett. b) e art. 62), posto che l'attribuzione della gestione e della riscossione dei tributi pacificamente consente all'agenzia fiscale l'esercizio di potestà amministrative pubbliche che, come detto, sostanziando i provvedimenti agenziali, ne fondano la competenza di sindacato giurisdizionale secondo le richiamate previsioni del c.p.a. (11).

Quindi, la Cassazione condivide «l'affermazione della giurisdizione amministrativa sancita dalla sentenza impugnata. Poiché

nella giurisdizione del giudice tributario.

(10) Si tratta a rigore di tre sentenze gemelle Cass, Sez. Un., 19 ottobre 2023, nn. 29023, 29026 e 29042.

(11) A differenza dei provvedimenti impositivi "individuali", quale attuazione — questa sì — vincolata delle singole leggi di imposta, ma di competenza giurisdizionale del giudice tributario *ex artt. 2 e 19*.

l'esercizio del potere discrezionale dell'Agenzia delle Entrate, pur attuativo della *voluntas legis* (peraltro secondo il principio costituzionale di legalità dell'azione amministrativa), costituisce il presupposto generale dell'azione impositrice concreta, la situazione soggettiva che ne deriva non può essere che qualificata come interesse legittimo, giacché altrimenti se ne creerebbe un'assenza di giustiziabilità costituzionalmente non consentita. In altri, più semplici e stringenti termini, la sussistenza di un interesse legittimo, che costituisce la situazione giuridica soggettiva tutelanda, deriva dalla stessa ontologia dei provvedimenti impugnati e quindi sussiste in *re ipsa*».

Infine, la Cassazione ritiene che le stesse considerazioni devono considerarsi vevoli anche per gli ulteriori provvedimenti agenziali impugnati e in particolare per la circolare n. 22/E del 23 giugno 2022, in quanto atto integrativo del provvedimento direttoriale ed in quanto tale allo stesso è associabile sul piano della sussistenza dell'affermata giurisdizione amministrativa.

8. La natura giuridica dei decreti direttoriali.

È giunto il momento di tirare le fila di questo paradigmatico evento giurisprudenziale.

Il primo punto da affrontare è costituito dalla natura giuridica dei decreti direttoriali. Come si è visto dalla lettura delle decisioni, le alternative sono tre: atto normativo, atto amministrativo generale, mero atto interno non impugnabile ⁽¹²⁾.

In base alla teoria generale delle fonti del diritto, gli atti naturalmente diretti all'attuazione di una legge, o di un atto avente forza di legge, sono i regolamenti governativi di esecuzione e di attuazione/integrazione, di cui all'art. 17, legge n. 400/1988 ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Sulla distinzione tra regolamenti e atti amministrativi generali cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, 2000; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963.

⁽¹³⁾ Per il quale con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunziarsi entro novanta giorni dalla richiesta, possono essere emanati regolamenti per disciplinare:

Si assiste, però, ormai da parecchio tempo, alla tendenza a ricorrere a decreti direttoriali (e non solo), talvolta definiti espressamente «di natura non regolamentare» dalla fonte primaria contenente il rinvio (non sempre presente), per l'adozione dei quali il procedimento è informale e più flessibile rispetto a quanto previsto dall'art. 17 medesimo. Si tratta della cd. fuga dal regolamento, che caratterizza non solo il diritto tributario, ma tutta la materia di diritto pubblico ⁽¹⁴⁾. Con la complicazione che, come ci possono essere atti amministrativi generali aventi natura normativa, possono esserci regolamenti non aventi natura normativa.

Il primo dubbio che è sorto in dottrina è se siano conformi alla Costituzione e, per quanto qui interessa, all'art. 23 della Costituzione, che prevede che nessuna prestazione (personale o patrimoniale) può essere imposta se non in base alla legge. Si tratta di una riserva di legge relativa, che non impedisce l'integrazione da altre fonti. Sotto questo profilo, l'art. 23 non è violato neanche se non avessero natura normativa ⁽¹⁵⁾. È vero che non rientrereb-

a) l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi nonché dei regolamenti comunitari; b) l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale; c) le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge; d) l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge.

⁽¹⁴⁾ Cfr. C. MASCIOTTA, *Il mancato esercizio della potestà regolamentare del Governo e l'impatto sulle rispettive fonti di previsione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, disponibile in www.osservatoriosullefonti.it. Vicenda stigmatizzata dai costituzionalisti come una «truffa delle etichette»: v. F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, 356. Vedi anche M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683, dove si ricorda che «È del resto un fenomeno tralaticio nel diritto amministrativo, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, tutto un creativo fiorire di svariate locuzioni all'insegna dell'ambiguità: pararegolamentare, subnormativo, pseudonormativo, anomalo, atipico e così via, cui oggi può anche aggiungersi una nuova figura inventata dal legislatore italiano, e cioè il «decreto non avente natura regolamentare». Da ultimo D. IACOVELLI, *Regolamenti e illegittimità*, Padova, 2007, 56 ss, per la quale la prassi della fuga è andata progressivamente riducendosi in assenza di previsione legislativa, ma è andato ampliandosi nelle previsioni del legislatore che autorizza l'esercizio del potere regolamentare in deroga alla disciplina dell'art. 17.

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2020, 152, ove ampie citazioni cui si rinvia, e dove si ricorda che la disciplina legislativa po-

bero nell'alveo della l. n. 400 del 1988, ma sono comunque previsti dalla legge e, quindi, non vi sono margini per contestarne la validità⁽¹⁶⁾. Se avessero natura normativa, costituirebbero un'evasione favorita dalla minore complessità procedimentale per la loro adozione, ma non sembra esservi nel nostro ordinamento una riserva di regolamento. L'art. 3 preleggi non li contempla fra le fonti del diritto ma l'esplicito rinvio da parte della singola legge è sufficiente a colmare ogni vuoto. La questione rientra, in fondo, tra le tematiche relative alle fonti del diritto, e pur non trovando soluzione univoche, non v'è dubbio che appare arduo riscontrare limiti invalicabili per le fonti secondarie⁽¹⁷⁾.

In verità, però, questo dubbio rileva solo se si riconosce natura normativa ai decreti in questione. Se, come vedremo preferibile, la loro natura è amministrativa, difficilmente si pone un problema con l'art. 23 della Costituzione o con l'art. 3 delle preleggi⁽¹⁸⁾.

trebbe essere integrata addirittura da provvedimenti amministrativi individuali nei limiti in cui ciò non determini una violazione di altri precetti costituzionali.

⁽¹⁶⁾ Cfr. P. RUSSO - G. FRANSONI - L. CASTALDI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 2016, 43.

⁽¹⁷⁾ Cfr. L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)* in *Enc. Dir.*, Annali II, t. 2, 2008. Pur non affrontando specificamente il tema, sembra riconoscere l'assenza di limiti F. MODUGNO, *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010.

⁽¹⁸⁾ Per V. NUCERA, *I provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate ed i confini della normatività*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 961 si tratta di atti a contenuto normativo, "vestiti" di forma amministrativa, emanati in assenza di una previa investitura legislativa. Se ne dovrebbe derivare allora l'illegittimità per violazione di legge o incompetenza o, addirittura, la nullità sotto il profilo della carenza di potere, opzione che meglio coglie il deficit radicale di legittimazione. In ogni caso, la conseguenza sarebbe quella di negare efficacia precettiva ai medesimi e, dunque, di escludere che essi impongano un dovere di conformità al contribuente e alla stessa Agenzia che li emana. Ma essendo troppo diffusi per riconoscerli illegittimi si afferma si potrebbe pensare che tale "fonte" tragga la propria legittimazione non già da una norma di investitura generale, quale l'art. 3 delle Preleggi, ma dalla singola disposizione che ad essa rinvia, in tal modo "abilitandola" ad attuare e, all'occorrenza, completare la disciplina "rinviata". Se anche non v'è, infatti, una norma primaria che affidi la potestà normativa all'Agenzia, né che riconosca al provvedimento del Direttore valore di regolamento, si potrebbe, tuttavia, ipotizzare che, laddove quest'atto sia "investito" del compito di dare seguito e completare la previsione di legge, venga, per tale via, "autorizzato" ad emettere precetti normativi.

Per G. FRANSONI, *Appunti a margine di alcuni "provvedimenti" attuativi emanati dalla Agenzia delle Entrate* in *Rassegna Tributaria*, 2001, 365, sarebbero atti amministrativi anche perché diversamente sarebbero illegittimi e cita G.U. RESCIGNO, *L'atto norma-*

Un secondo profilo riguarda i poteri del soggetto che li ha emanati. L'Agenzia delle entrate è un ente pubblico al quale espressamente la legge non conferisce potere normativo, che sarebbe rimasto in capo al Ministero, e solo quello amministrativo riconosciuto alle Agenzie (come affermato dallo stesso Tar) ⁽¹⁹⁾. Ma anche sotto questo profilo, nulla impedisce alla singola legge di attribuir potere normativo all'Agenzia. Anche questo dubbio non ha, però, ragion d'essere se si nega la natura normativa agli atti in questione.

Il terzo profilo è, appunto, quello contenutistico. Normalmente si distingue tra atti normativi che innovano l'ordinamento giuridico, che sarebbero i regolamenti normativi, e atti ammini-

tivo, cit., 28 ss., dove si ribadisce che, premessa l'esistenza di atti normativi "secondo il trattamento" (in quanto la loro esistenza presuppone l'applicazione di specifiche regole: ricorso per Cassazione, principio *iura novit curia*, principio *ignorantia legis non excusat*) e di atti normativi "secondo il concetto" (ovvero di atti generali ed astratti), afferma la preminenza del criterio discriminante del "concetto" rispetto a quello del "trattamento" proprio perché esso è, fra l'altro, quello idoneo a risolvere il problema principale, attinente alle condizioni di legittimità dell'atto.

Il problema nella dottrina tributaria sembra essere stato affrontato per la prima volta, anche se con riferimento al Ministero dell'Economia e delle finanze e non delle Agenzie, da F. BATTISTONI FERRERA, *Le deleghe per l'emanazione di disposizioni di attuazione con decreto ministeriale di natura non regolamentare*, in L. PERRONE - C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 553 ss. (e anche *Una nuova fonte di produzione normativa: i decreti ministeriali non aventi natura regolamentare*, in *Le fonti del diritto, oggi*, (Atti delle Giornate di studio in onore di A. Pizzorusso, Pisa, 3-4 marzo 2005), 191 ss., Pisa, 2006. L'Autore, in particolare, ne contesta la conformità alla Costituzione argomentando attraverso l'idea che la Costituzione si è inserita in un sistema previgente e pertanto le regole dettate dall'art. 3 preleggi si debbano considerare recepite nel testo della legge fondamentale e comportano una configurazione delle fonti del diritto come sistema chiuso. L'Autore ricorda anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1966, per sottolineare che la fuga dell'Esecutivo dal regolamento costituisce fenomeno non nuovo, in quanto nel testo citato si rilevavano i regolamenti con contenuto normativo gabellati per provvedimenti, come pure disposizioni formalmente regolamentari ma senza sostanza normativa, tutti da considerare illegittimi.

⁽¹⁹⁾ G. FRANSONI, *Appunti a margine di alcuni "provvedimenti" attuativi emanati dalla Agenzia delle Entrate* in *Rassegna Tributaria*, 2001, 365; S. DONATELLI, *La natura giuridica dei decreti direttoriali di ripartizione territoriale delle Agenzie delle Entrate all'interno di uno stesso*, in *Rassegna Tributaria*, 2006, 1661 ss.; V. NUCERA, *Agenzie fiscali*, in *Diritto online*, 2014. Contra M. BERTOLISSI, *Agenzie fiscali*, in *Dig. sez. comm.*, Torino, 2007, che ammette attività di normazione secondaria in capo alle Agenzie, assumendo che si tratta di testi prevalente.

strativi generali che regolano il modo di essere e di agire dell'amministrazione (20). Per la Cassazione in esame, si tratta di «atto meramente ricognitivo e attuativo del disposto di legge», che «si limita a regolare gli aspetti pratici dell'attuazione del meccanismo previsto per legge».

Si potrebbe, però, obiettare che nella nostra ipotesi non regolano il modo di essere e di agire dell'amministrazione ma, almeno nel caso in esame, gli adempimenti, anche dichiarativi, e le modalità di versamento del contributo. Ma nulla impedisce che gli atti amministrativi generali non normativi abbiano effetti prescrittivi (21). Specificano quindi gli obblighi e le modalità di adempimento a carico dei contribuenti, già previsti nelle linee generali dalla legge.

Non si tratta quindi di prevedere obblighi ma di indicare come gli obblighi vanno adempiuti. Siamo quindi dinanzi ad atti amministrativi che, non riguardando singolo individui, possono definirsi generali (22).

Si tratta pertanto di atti amministrativi generali, in quanto espressione di potere amministrativo che non innova l'ordinamento giuridico (23) e che non riguardano individui specifici, con

(20) Il criterio sostanziale per distinguere gli atti normativi da quelli regolamentari è prevalente in dottrina, sia amministrativa che tributaria, al punto che anche un regolamento che rispetti i requisiti della l. n. 400 sarebbe un atto amministrativo generale in caso di contenuto provvedimentale. Cfr S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*; M.A. Grippa Salvatti, *Regolamenti delegati e riserva di legge*, in *Rass. Trib.*, 1994, 1905 ss.; A. DI PIETRO, *I regolamenti, le circolari e le altre norme amministrative per l'applicazione della legge tributaria*, in AMATUCCI (a cura di), *Trattato di diritto tributario*, vol. I, tomo II, Padova, 1994, 636. Per la dottrina pubblicistica cfr. G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, 1494.

(21) Cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 142 ss. L'Autore però fa l'esempio dell'art. 23 Cost. e dei regolamenti comunali che rispettano la relativa riserva di legge. Esempio forse poco felice perché nei tributi locali i comuni approvano regolamenti normativi, non atti amministrativi generali. Ulteriore riprova della difficoltà anche nelle ricostruzioni teoriche di distinguere i due istituti.

(22) In fondo la natura provvedimentale degli atti che approvano i modelli di dichiarazione è piuttosto pacifica, e talvolta indicata dalla legge. E anche un bando di concorso è solitamente visto come atto amministrativo e non normativo.

(23) Per S. DONATELLI, cit. i decreti in esame appartengono alle cosiddette norme interne che costituiscono un *tertium genus* rispetto ai regolamenti ed agli atti amministrativi

i quali non si dispone ma si provvede. Peraltro, anche se si segue il criterio formale, la mancata previsione di regolamenti indica una natura di atto amministrativo ⁽²⁴⁾.

Sia che segua il criterio formale, sia che si segua quello sostanziale si può affermare e concludere con la Cassazione in esame che «Si tratta, quindi, di atto amministrativo generale, non contenente una pretesa tributaria sostanziale, rispetto al quale appare evidente l'estraneità alla materia devoluta alla giurisdizione tributaria, secondo i canoni fissati dalla giurisprudenza consolidata di queste Sezioni Unite» ⁽²⁵⁾.

generali. Le norme interne, sono state definite da una autorevole dottrina, come norme che non vengono assunte nell'ordinamento generale e non operano all'esterno dell'ordinamento cui appartengono (e cioè non hanno rilevanza nei confronti dei soggetti della collettività statale in quanto tali) in quanto sono destinate a operare soltanto all'interno dell'ordinamento particolare e nei confronti dei soggetti della relativa minore entità organizzativa senza diventare fonti dell'ordinamento generale. Si tratta di norme la cui emanazione risale alla potestà di autorganizzazione che è propria e naturale di ciascuna istituzione tanto pubblica quanto privata.

Se norme interne, non sarebbero impugnabili, in fondo nella logica della decisione del Tar.

⁽²⁴⁾ Sostenuto da G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, 2023, 68; A. CERRI, *Regolamenti*, in *Enc giur*, vol. XXVII; Roma, 1988.

Non rientrano, inoltre, tra i decreti previsti dal d.p.r. 23 luglio 1986, n. 611 - Approvazione dell'elenco dei decreti e degli altri atti da inserire nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 1, commi 1 e 4, l. 11 dicembre 1984, n. 839.

⁽²⁵⁾ In generale, con riferimento ad un provvedimento del Direttore dell'agenzia delle entrate avente ad oggetto il nuovo bollettino di conto corrente postale per il contributo unificato per le spese giudiziali, la Corte cost., 11 febbraio 2005, n. 73 ha sottolineato che «Gli atti emanati dall'Agenzia delle Entrate, a differenza di analoghi provvedimenti di altre agenzie non fiscali, rientrano tra quelli tipici dell'ordinamento statale in quanto all'Agenzia è stato affidato, per legge, l'esercizio di una tipica funzione statale: la gestione delle entrate tributarie erariali. Ne deriva, tra l'altro, la ammissibilità di un conflitto di attribuzione sollevato da una Regione (la Sicilia in particolare) e lo Stato». Conflitto nella specie negato perché si tratta di atti che non incidono sulla sfera di competenza costituzionale dell'ente confliggente ma si limitano a regolare le modalità di versamento di un tributo e quindi un aspetto esecutivo del procedimento di riscossione, con effetto solo nei confronti dei contribuenti e dei soggetti abilitati a ricevere il pagamento.

9. L'oggetto del giudizio.

Verificata la natura giuridica di atti amministrativi generali, si pone il problema del giudice competente a vagliarne la legittimità. Correttamente le sentenze in esame, ed in particolare il Tar, procedono *step by step* verificando la natura tributaria del provvedimento, e le norme processuali in gioco.

Quanto alla natura tributaria, non vi è molto da aggiungere rispetto a quanto rilevato dal Tar. I quattro elementi ivi indicati discendono direttamente dalle due norme costituzionali che più di ogni altra concernono la materia tributaria: l'art. 23, per il quale «nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta in base alla legge» e l'art 53, per il quale «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva»⁽²⁶⁾.

Seguendo un criterio formale il legislatore lo definisce contributo. E nella teoria generale normalmente si insegna che nei tributi vi rientrano le imposte, le tasse e i contributi, pur con difficoltà nel disegnarne i relativi confini. In questo caso il termine contributo sarebbe legato al fatto che le imprese partecipano in modo particolare alle spese pubbliche in ragione degli extraprofitti che hanno guadagnato.

Sul piano pratico, rileva in modo decisivo il comma 6 di detto articolo per il quale ai fini della riscossione del contributo, dell'accertamento e delle relative sanzioni, nonché per il relativo contenzioso, si applicano le disposizioni in materia di imposta sul valore aggiunto in quanto compatibili. Il richiamo di norme

⁽²⁶⁾ La dottrina rileva come questi criteri individuati dalla giurisprudenza non sono esaustivi con riferimento a prestazioni dalla natura incerta dovuta anche ad assetti legislativi ambigui. In particolare, vi sono una serie di prestazioni che hanno natura *latu sensu* corrispettiva, anche se non sono assistite da assetto sinallagmatico. E il collegamento con le spese pubbliche, da un lato riguarda tutte le entrate dello Stato, dall'altro, richiama appunto l'art. 53 Cost., che per l'opinione prevalente riguarderebbe solo le imposte e non tutti i tributi. Cfr., per tutti e da ultimo, per una breve sintesi L. COSTANZA, in A. CONTRINO et al., *La giustizia tributaria*, Milano, 2024, 40. In realtà, nessuna definizione è mai esaustiva in diritto; e quanto al richiamo dell'art. 53 Cost., questo va inteso nei limiti del riferimento generico alle spese pubbliche, non al limite garantista della capacità contributiva.

certamente tributarie non può non condurre a riconoscere natura tributaria.

La natura tributaria farebbe pensare alle Corti di giustizia tributaria, già Commissioni tributarie, in forza dell'art. 2 del d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, per il quale appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati. Ma la norma va collegata con l'art. 19 del medesimo decreto che contiene l'elenco degli atti impugnabili, tra i quali non rientrano né il nostro decreto direttoriale né la relativa circolare.

Va riconosciuto che, proprio argomentando dal generico richiamo ai tributi fatto dall'art. 2 (come modificato nel 2002 e nel 2005), ed in particolare dalla generalizzazione della giurisdizione tributaria, parte della dottrina ha negato la natura tassativa dell'elenco di cui all'art. 19. Il tentativo dottrinale non pare, però, abbia trovato generalizzato consenso⁽²⁷⁾. Peraltro, l'atto non rientra nell'elenco dell'art. 19 neanche valorizzando la giurisprudenza che in qualche misura ne amplia il contenuto dando rilevanza alla sostanza dell'atto e creando la figura degli atti impugnabili in via facoltativa⁽²⁸⁾. Si tratta infatti sempre di atti individuali e mai di

⁽²⁷⁾ Per una recentissima sintesi cfr. C. GLENDI, *Sub. art. 19* e F. RANDAZZO, *Sub art. 2*, in CONSOLO - GLENDI, *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Milano, 2023.

⁽²⁸⁾ Da ultimo, in tema di impugnabilità del diniego di accesso alla procedura di collaborazione volontaria, assimilato alla domanda di definizione agevolata di rapporti tributari, espressamente contemplata dall'art. 19, cfr. Cass, 12 gennaio 2024, n. 1335, dove si ricorda che «Anche recentemente questa Corte ha ribadito il principio per cui in tema di contenzioso tributario, l'elencazione degli atti impugnabili contenuta nell'art. 19, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 ha natura tassativa, ma non preclude la facoltà di impugnare anche altri atti, ove con gli stessi l'amministrazione finanziaria porti a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria, esplicitandone le ragioni fattuali e giuridiche, siccome è possibile un'interpretazione estensiva delle disposizioni in materia in ossequio alle norme costituzionali di tutela del contribuente (artt. 24 e 53 Cost.) e di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), ed in considerazione dell'allargamento della giurisdizione tributaria, che è stato operato con la l. 28 dicembre 2001, n. 448 (cfr. Cass., n. 12150/2019; n. 1230/2020; n. 15318/2021). Per altro verso, è stata in particolare riconosciuta la facoltà di ricorrere al giudice tributario avverso tutti gli atti adottati dall'ente impositore che, esplicitando concrete ragioni (fattuali e giuridiche) che la sorreggono, porti, comunque, a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria, senza necessità di at-

atti generali ⁽²⁹⁾, come ben precisato con riguardo agli atti in materia catastale. Escluso il giudice ordinario ⁽³⁰⁾, non può che riconoscersi la giurisdizione del giudice amministrativo ⁽³¹⁾, presso la

tendere che la stessa, ove non sia raggiunto lo scopo dello spontaneo adempimento cui è naturaliter preordinata, si veda della forma autoritativa di uno degli atti dichiarati espressamente impugnabili dall'art. 19, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546: sorge, infatti, in capo al contribuente destinatario, già al momento della ricezione della notizia, l'interesse, ex art. 100 c.p.c., a chiarire, con pronuncia idonea ad acquisire effetti non più modificabili, la sua posizione in ordine alla stessa e, quindi, ad invocare una tutela giurisdizionale, comunque, di controllo della legittimità sostanziale della pretesa impositiva (e/o dei connessi accessori vantati dall'ente pubblico) (Così Cass., n. 17010/2012). Ne consegue che il contribuente ha la facoltà, non l'onere, d'impugnazione di atti diversi da quelli specificamente indicati nell'art. 19, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, il cui mancato esercizio non determina alcuna conseguenza sfavorevole in ordine alla possibilità di contestare la pretesa tributaria in un secondo momento; ciò comporta che la mancata impugnazione da parte del contribuente di un atto non espressamente indicato dall'art. 19, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 non determina, in ogni caso, la non impugnabilità (ossia la cristallizzazione) di questa pretesa, che può essere successivamente reiterata in uno degli atti tipici previsti dallo stesso art. 19 (in termini: Cass., n. 21045/2007; Sez. Un. n. 10672/2009; Cass., n. 14373/2010; n. 8033/2011; n. 10987/2011; n. 16100/2011)». Sugli atti impugnabili necessariamente e facoltativamente cfr., tra gli altri, F. PISTOLESI, *Il processo tributario*, Torino, 2021, 17 ss.

⁽²⁹⁾ E l'art. 7, comma 5, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, dispone che le corti di giustizia tributaria, se ritengono illegittimo un regolamento o u atto generale rilevante ai fini della decisione, non lo applicano, in relazione all'oggetto dedotto nel giudizio, salva l'eventuale impugnazione nella diversa sede competente. L'art. 7, comma 4, l. 27 luglio 2000, n. 212, precisa che la natura tributaria dell'atto non preclude il ricorso agli organi di giustizia amministrativa, quando ne ricorrano i presupposti.

⁽³⁰⁾ Trattandosi di atto amministrativo. L'art. 9 c.p.c. tuttora prevede che il tribunale è esclusivamente competente per tutte le cause in materia di imposte e tasse, ma la norma è ormai da intendersi, a seguito della cennata riformulazione dell'art. 2, d. lgs. n. 546/1992, limitata alle controversie tra privati e in materia di esecuzione forzata: cfr. F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2017, 24 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. M. BASILAVECCHIA, *La giurisdizione in materia amministrativa del giudice tributario*, in questa *Rivista*, il quale ricorda alla nota 15 che «Non condivisibile appare l'affermazione della giurisdizione tributaria sancita dal Cons. Stato, 29 febbraio 2016, n. 853, in un caso nel quale l'atto generale tariffario è stato considerato come direttamente incidente sui singoli rapporti tributari: Spetta alla giurisdizione del giudice tributario la controversia avente ad oggetto l'impugnativa di un decreto del presidente di una Autorità portuale con cui è stata aumentata la tassa portuale per alcune voci merceologiche (quali il carbone, oli minerali alla rinfusa, esclusi i laterizi). In questa ipotesi, infatti: a) si è al cospetto di atti che determinano in via immediata un elemento essenziale della obbligazione tributaria (fissano la misura dell'aliquota dovuta, ed indicano e "perimetrano" le merci sulle quali è dovuta); b) trattasi di atti autoesecutivi, immediatamente lesivi, e non necessitanti di alcun ulteriore atto specificativo (l'importo dell'imposta dovuta discende unicamente dal dato quantitativo riposante nelle merci movimentate)». Infatti, se si adottasse questo metro, molti degli atti generali definitivi di una

quale si può impugnare direttamente l'atto, entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione, per un eventuale annullamento con effetti *erga omnes* ⁽³²⁾.

10. Sulle forme di tutela: impugnabilità e disapplicazione.

Va però verificata l'immediata lesività dell'atto generale ⁽³³⁾. Si potrebbe dubitare della impugnabilità immediata del decreto direttoriale, sostenendosi che si tratta di un atto generale non idoneo, prima dell'emanazione di un atto applicativo, a pregiudicare in modo immediato e attuale interessi legittimi ⁽³⁴⁾. Ma il contenuto stesso del decreto comporta un'incidenza negli interessi legittimi del contribuente, in quanto contribuisce a delineare la platea dei soggetti passivi d'imposta.

Dinanzi la giudice tributario è possibile la disapplicazione, per la quale occorre però attendere l'atto individuale ⁽³⁵⁾. L'art.7, comma 5, del d. lgs. n. 546/1992 dispone che le corti di giustizia tributaria di primo e di secondo grado, se ritengono illegittimo un regolamento o un atto amministrativo generale, rilevante ai fini della decisione, non lo applicano, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, salva l'eventuale impugnazione nella diversa sede

precisa obbligazione tributaria dovrebbero essere considerati alla stregua di atti individuali, come fossero latori di una pretesa specifica verso il singolo contribuente.

⁽³²⁾ E precisamente dinanzi al T.A.R. Lazio, competente per territorio. Cfr. D. IACOVELLI, *Regolamenti e illegittimità*, Padova, 2007, 101 ss.

⁽³³⁾ Cfr. D. IACOVELLI, *Regolamenti e illegittimità*, cit., 63.

⁽³⁴⁾ Cfr. MAFEZZONI, *Atti impugnabili e funzione del processo avanti le commissioni tributarie*, in *Boll. Trib.*, 1976, 1397 ss., prima dell'innovazione legislativa che ha introdotto l'istituto della disapplicazione nel processo tributario. È infatti opinione comune che se non esiste una lesione attuale dell'interesse legittimo, manca l'interesse ad agire e non è perciò possibile ricorrere avverso l'atto generale: cfr. pure G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., 347, il quale sembra escludere la compatibilità tra immediata impugnabilità e natura giuridica di atto generale.

⁽³⁵⁾ Sulla disapplicazione come istituto generale cfr. fra gli altri, F. CINTOLI, *Disapplicazione (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. Annali*, III, 2010, che però curiosamente trascura l'istituto nell'ambito tributario, così come D. IACOVELLI, *Regolamenti e illegittimità*, cit., 59 ss; P. GOTTI, *Spunti di riflessione in tema di disapplicazione d'ufficio dei regolamenti illegittimi da parte del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 2015, pag. 85.

competente ⁽³⁶⁾. La disapplicazione può essere chiesta solo, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, e quindi in occasione dell'impugnazione di uno degli atti indicati nell'art. 19 del d. lgs. n. 546/1992 ⁽³⁷⁾. In tale ipotesi, il giudice tributario non annulla l'atto generale o regolamentare con effetti *erga omnes*, ma piuttosto, pur mantenendolo in vita, non lo applica al caso concreto oggetto del proprio giudizio ⁽³⁸⁾. La pronuncia di illegittimità, es-

⁽³⁶⁾ L'istituto della disapplicazione è previsto per i giudici ordinari dall'art. 5, l. n. 2248/1865, All. E. Va ricordato che alcuni autori sostengono che il potere di disapplicazione del giudice tributario è diverso dal potere di disapplicazione del giudice ordinario, interpretandolo come una forma di annullamento piuttosto che come un potere di cognizione incidentale: cfr., per una ricostruzione delle varie opinioni, G. FRANSONI, *La disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, in TESAURO (a cura di), *Il processo tributario*, Torino, 1998, 122 e ss.

Si annota, inoltre, in dottrina che la norma non pone una pregiudizialità amministrativa: piuttosto pone, o meglio presuppone, un riparto di giurisdizione. Le linee di tutela sono concorrenti e non occorre sospendere il giudizio tributario in attesa della definizione del giudice amministrativo: cfr. F. BATTISTONI FERRARA - B. BELLÈ, *Diritto tributario processuale*, Milano, 2020, 109 ss. Qualora il giudice amministrativo abbia annullato l'atto generale ovvero il regolamento, con sentenza passata in giudicato, il giudice tributario deve conformarsi a tale giudicato, laddove l'atto è stato eliminato con effetti *erga omnes*. Ma l'effetto vincolante non vi è solo nel caso di annullamento, ma anche nel caso di affermazione da parte del giudice amministrativo della legittimità dell'atto generale, non potendo non produrre un effetto vincolante. Cfr. A. COMELLI, *Sub art. 7*, in C. CONSOLO - C. GLENDI (a cura di), *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Milano, 2023, 176 ss.

Cfr. anche A. URICCHIO, *Atti e poteri del giudice tributario. Tra principi del "giusto processo" e estensione della giurisdizione tributaria*, Bari, 2007, 161 ss., il quale evidenzia la rilevanza del potere di disapplicazione quale potere autonomo avente carattere generale, diretto a rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice tributario.

⁽³⁷⁾ L'art. 7, comma 5, sarebbe stato implicitamente abrogato a seguito della nuova formulazione dell'art. 2, comma 3, d. lgs. n. 546/1992, come modificato dall'art. 12, l. n. 488/2001, in quanto assorbito dalla previsione che il giudice tributario risolve in via incidentale ogni questione da cui dipende la decisione delle controversie rientranti nella propria giurisdizione: così P. RUSSO, *Questioni preliminari ed incidentali di competenza delle commissioni tributarie*, in *Riv. Dir. trib.*, 2002, 1198. Ma la tesi sembra isolata.

⁽³⁸⁾ La disapplicazione potrà comportare alternativamente o la definitiva caducazione dell'atto individuale, o la rideterminazione in base al precedente atto generale ove esistente e applicabile (per es. in materia catastale disapplicando la nuova tariffa e applicando la precedente). In senso contrario A. DELLA VALLE, *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in TESAURO (a cura di), *Il processo tributario*, cit., 609, secondo cui il giudice, che non può sostituire con una propria determinazione l'atto generale disapplicato, dovrebbe limitarsi ad annullare l'atto applicativo dell'atto generale illegittimo

sendo *incidenter tantum*, non passa in giudicato ⁽³⁹⁾, in quanto questo è limitato all'oggetto dedotto in giudizio, e pertanto non impedisce ulteriori pregiudizi allo stesso ricorrente ⁽⁴⁰⁾. Ne segue che il giudice tributario non può vincolare l'amministrazione finanziaria per il futuro, e pertanto il contribuente ha l'onere (se vuole avere tutela) di chiedere la disapplicazione del decreto direttoriale ogni qualvolta l'amministrazione emani atti applicativi della stessa ⁽⁴¹⁾.

perché viziato da illegittimità derivata. Tale soluzione, che condurrebbe ad affermare una diversità degli effetti finali tra annullamento e disapplicazione, non appare soddisfacente perché trascura la possibilità di applicare l'eventuale atto generale previgente (che manca nell'ipotesi oggetto della decisione in commento).

Particolare è la posizione di C. BAFILE, *Il nuovo processo*, Padova, 1994., 108 ss. L'autore, muovendo dal presupposto che i regolamenti e gli atti generali hanno solitamente natura normativa perché non violano diritti soggettivi, non riconosce al giudice tributario il potere di disapplicare regolamento o atto generale normativo, perché, chiamato a decidere il merito (e non solo ad annullare l'atto), si troverebbe di fronte ad un vuoto normativo che in nessun modo potrebbe colmare. In altre parole, per l'autore non sarebbe ammissibile il ricorso alla disciplina della disapplicazione (salvo rari casi di atti generali non normativi che incidano veramente sul rapporto d'imposta), e la sola forma di tutela sarebbe l'annullamento ad opera del giudice amministrativo. Come si è visto, però, non sono così infrequenti gli atti generali non normativi e la tesi sembra isolata.

Cfr. anche P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario, Il processo tributario*, Milano, 2013, 48 ss., per il quale se la disapplicazione ha ad oggetto un atto regolamentare (e normativo) venendo a mancare la norma secondaria che la Corte dovrebbe applicare, il giudizio non potrebbe avere altro esito che la reiezione della pretesa tributaria; se la disapplicazione ha ad oggetto un atto amministrativo generale (non normativo), il giudice può scendere nel merito perché non è privato della norma da applicare. A ben vedere, nell'ipotesi oggetto della controversia in esame, la disapplicazione del decreto comporterebbe l'applicazione della norma di legge, in base alla quale si identificerebbe il soggetto passivo.

⁽³⁹⁾ Cfr. D. IACOEVELLI, *Regolamenti e illegittimità*, cit., 102.

⁽⁴⁰⁾ Che la pronuncia di illegittimità non sia suscettibile di passare in giudicato è opinione pacifica in dottrina (cfr. L. Verrienti, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. Pubbl.*, Torino, 1991, 453, *ivi* 474) e in giurisprudenza (cfr. T.A.R. Veneto, 9 giugno 1984, n. 224, cit.). Non è condivisibile la tesi, sostenuta da MAFFEZZONI, *Limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti generali d'imposizione*, in *Boll. Trib.*, 1987, 1357 ss., per il quale l'atto generale, disapplicato con decisione passata in giudicato, non può più essere applicato al ricorrente, in forza degli effetti del giudicato, nemmeno in successivi atti applicativi o periodi d'imposta.

⁽⁴¹⁾ In sede di disapplicazione rilevano, per l'opinione dominante, la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere (anche se, trattandosi di atto non discrezionale, può forse dubitarsi della configurabilità dell'eccesso di potere): cfr. G. FRANSONI, *La*

Quando il decreto è divenuto inoppugnabile dinanzi al giudice amministrativo, la disapplicazione diventa l'esclusiva forma di tutela spettante al contribuente; ma essa trova spazio anche se si impugna tempestivamente l'atto generale (42). Si assume, infatti, che gli atti applicativi, emessi nelle more del giudizio di annullamento e divenuti inoppugnabili per il decorso del termine, restano efficaci anche se l'atto generale sia successivamente annullato (43). Ancora, si ritiene che il potere di disapplicazione sembrerebbe risultare precluso in caso di giudicato di rigetto del ricorso giurisdizionale amministrativo proposto avverso l'atto generale (44).

disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali, in F. TESAURO (a cura di), *Il processo tributario*, Torino, 1998, 149-150.

(42) La disapplicazione può essere disposta non solo se l'atto generale è ancora suscettibile di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, ma anche se è divenuto inoppugnabile: cfr., A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, Milano, 1996, 127; S. MENCHINI, in T. BAGLIONE - S. MENCHINI - M. MICCINESI (a cura di), *Il nuovo processo tributario*, Milano, 1997, 91. Prospetta, invece, l'ipotesi che non sia suscettibile di disapplicazione l'atto definitivo M. POLANO, in C. GLENDI (a cura di), *Commentario delle leggi sul contenzioso tributario*, 1990, 291, argomentando dall'espressione «salva l'eventuale impugnazione nella diversa sede competente». Ma si obietta (A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Commentario*, cit.) che tale espressione è «meramente enunciativa del principio di carattere generale secondo cui l'atto amministrativo di carattere generale o il regolamento, malgrado siano stati disapplicati, per l'accertamento, in via incidentale, nel processo tributario, della loro illegittimità, sono pur sempre suscettibili d'impugnazione in via principale innanzi al giudice amministrativo ordinario, ove sussistano ancora i termini per tale impugnazione».

Nel caso in cui siano contemporaneamente pendenti sia il giudizio dinanzi al giudice amministrativo, sia il giudizio dinanzi alla commissione tributaria, quest'ultima può proseguire il giudizio senza doverlo sospendere, perché la sospensione (per la pregiudiziale amministrativa) non è prevista dalla legge e non sembra ammissibile neppure per il nuovo processo civile: v. S. MENCHINI, in *Il nuovo processo*, cit., 91.

(43) Cfr. S. MUSCARÀ, *Giurisdizione di accertamento e giurisdizione di annullamento nella nuova disciplina del processo tributario*, cit., 1209; M. BASILAVECCHIA, *Il riparto di giurisdizione fra commissioni tributarie e giudice amministrativo ordinario*, in *Boll. Trib.*, 1990, 812, nota 35. Per l'opinione contraria, nel caso in cui gli atti generali si pongano quali presupposti di provvedimenti puramente attuativi, cfr. G. CORSO, *Atto amministrativo presupposto e ricorso giurisdizionale*, Padova, 1990, 118 ss.

(44) Cfr. M. BASILAVECCHIA, *Il riparto di giurisdizione fra commissioni tributarie e giudice amministrativo ordinario*, cit. il quale ricorda alla nota 21 la giurisprudenza (Cass., 24 gennaio 2019, n. 1952; Cass., 1 aprile 2016, n. 6358) per la quale «Il potere di disapplicazione riconosciuto alle commissioni tributarie dall'art. 7, d. lgs. n. 546/1992

11. Sull'impugnabilità delle circolari.

Due ultimi cenni all'impugnabilità della circolare ⁽⁴⁵⁾. Forse la concentrazione sul decreto direttoriale ha condotto la Cassazione ad accogliere una tesi sicuramente minoritaria circa l'impugnabilità della circolare ⁽⁴⁶⁾. E forse, come ha annotato la dottrina che si è già cimentata sulle decisioni in esame, «le Sezioni Unite sembrano aver ravvisato nella circolare impugnata davanti al Tar un contenuto e una funzione ulteriori e più incisive di quelle puramente ascrivibili a quella di indirizzo interpretativo» ⁽⁴⁷⁾. Ma in diritto tributario è pacifica la non impugnabilità delle circolari in quanto non sono fonti di obblighi ⁽⁴⁸⁾; anzi, non essendovi in

degli atti amministrativi illegittimi ed, in particolare, delle delibere comunali di approvazione delle tariffe della TARSU, presupposte agli atti impositivi, non è precluso dalla circostanza che spetta al giudice amministrativo la cognizione, in sede di legittimità, delle delibere tariffarie. Esso sussiste anche qualora l'atto amministrativo disapplicato sia divenuto inoppugnabile per l'inutile decorso dei termini di impugnazione davanti al giudice amministrativo e risulta precluso solo quando la legittimità di un atto amministrativo sia stata affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio delle parti e con autorità di giudicato».

⁽⁴⁵⁾ E della risoluzione, che ha determinato i codici tributo.

⁽⁴⁶⁾ Da ultimo nega sia l'impugnabilità delle circolari sia degli atti individuali per violazione delle circolari la citata Cass., n. 1334/2024 che ricorda che va riaffermato il principio per cui la violazione di circolari ministeriali non può costituire motivo di ricorso per cassazione sotto il profilo della violazione di legge; posto che esse non contengono norme di diritto, bensì disposizioni di indirizzo uniforme interno all'Amministrazione da cui promanano. Caratteristiche, queste, che ne evidenziano la natura di meri atti amministrativi non provvedimentali, e che escludono che esse possano fondare posizioni di diritto soggettivo in capo a soggetti esterni all'Amministrazione stessa. A questa regola non si sottraggono le circolari dell'Amministrazione Finanziaria (del resto priva di poteri discrezionali nella determinazione delle imposte dovute, regolata per legge), le quali non vincolano né i contribuenti né i giudici; così da risultare, appunto, anch'esse esenti dal controllo.

Nello stesso senso si può leggere l'art. 10-*septies* dello Statuto dei diritti del contribuente (l. 20 luglio 2000, n. 212), introdotto recentemente, che disciplina il contenuto delle circolari, ricomprese tra gli atti dell'amministrazione che forniscono supporto ai contribuenti nell'interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni tributarie.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. M. BASILAVECCHIA - L. BASILAVECCHIA, *La giurisdizione sugli atti generali in materia di extraprofitti delle imprese energetiche*, in *GT Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2024, 21 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. da ultimo Cass., 12 gennaio 2024, n. 1335, per la quale le circolari non contengono norme di diritto ma disposizioni di indirizzo uniforme all'Amministrazione, e pertanto sono meri atti amministrativi non provvedimentali che non vincolano né i contribuenti né i giudici, risultando anch'essi esenti dal controllo di legittimità.

materia tributaria una vera e propria discrezionalità, non possono essere neanche sintomo di eccesso di potere in sede di impugnazione del singolo atto impositivo ⁽⁴⁹⁾.

GUIDO SALANITRO

ABSTRACT: Il contributo analizza le diverse forme di tutela avverso i provvedimenti direttoriali e le circolari in materia tributaria, interrogandosi anche su profili di carattere sostanziale quali: la natura giuridica degli atti direttoriali; i poteri del soggetto che li emana; i profili contenutistici.

ABSTRACT: *The different forms of protection against directorial measures and circulars in tax matters are analysed, also examining substantive aspects such as: the legal nature of directorial acts; the powers of the subject who emanates them; the content profiles.*

Va, però, riconosciuta una certa lesività in capo alle circolari, e agli altri cd. atti di indirizzo dell'amministrazione, che contribuiscono a creare quel diritto burocratico fiscale che sembra quasi creare un ordinamento giuridico parallelo al quale il contribuente "deve" ubbidire: cfr. A. GENTILI - G. BARALIS - D. MURITANO - A. PISCHETOLA, *Diritto burocratico fiscale*, Milano, 2019.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. per tutti S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino 2020, 276 ss.

Tribunale di Bologna, sentenza 12 maggio 2023,

n. 1010

Pres. Matteucci, Est. Nunno

In relazione ad una richiesta di pagamento del compenso professionale formulata da un avvocato nei confronti di suoi ex clienti, per pervenire ad affermare la responsabilità dell'avvocato per condotta colposa omissiva occorre formulare un giudizio prognostico circa l'esito che l'attività che si assume omissa avrebbe ottenuto se invece compiuta. Tale giudizio, seppur non richiede si addivenga al riconoscimento di una sostanziale certezza della sussistenza del nesso eziologico tra compimento dell'attività ed esito favorevole della lite, richiede quantomeno una prova che assurga al livello dimostrativo della preponderanza dell'evidenza (il criterio del "più probabile che non") perché solo in tal caso potrà dirsi dimostrata la colpa professionale dell'avvocato, per violazione dei suoi doveri di diligenza, e la conseguente esistenza di un danno risarcibile (1).

(1) Giudizio prognostico sull'infondatezza dell'eccezione ed esclusione della responsabilità dell'avvocato

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La decisione. — 3. Aspetti sostanziali e processuali della vicenda. — 4. Presupposti della responsabilità professionale dell'avvocato ed onere della prova. — 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Il provvedimento qui in commento è stato emanato all'esito di un giudizio nel quale si fronteggiavano le contrapposte istanze di un avvocato, che aveva agito in giudizio nei confronti dei suoi *ex* clienti per il pagamento del compenso relativo all'attività professionale prestata in favore di questi ultimi in due giudizi di merito, cui predetti *ex* assistiti opponevano, da un lato, una contestazione della pretesa di pagamento asserendo essere la medesima indeterminata e generica, e dall'altro contestavano al loro *ex* legale un inadempimento ai doveri del mandato professionale conferitogli, per sostanziale responsabilità omissiva, chiedendone il riconoscimento sia al fine di paralizzare la avversa pretesa — quindi attraverso la proposizione di una eccezione di inadempimento — sia invocando tale accertamento a presupposto di una domanda riconvenzionale, parimenti formulata per il risarcimento dei danni conseguiti, a dire dei medesimi, a tale inadempimento professionale.

Il difensore-istante, nel contestare le difese delle controparti, chiedeva comunque di essere autorizzato a chiamare in causa la propria impresa assicuratrice, la quale nel costituirsi in via preliminare eccepisce, invocando le pattuizioni di polizza, l'assenza di copertura, e nel merito si associa alle difese dell'assicurato, insistendo per il rigetto della domanda riconvenzionale dei convenuti *ex* clienti.

Il Tribunale di Bologna, valutate le domande proposte e le contrapposte argomentazioni addotte da sostegno delle rispettive pretese, accoglie la domanda di pagamento del legale nel contempo respingendo la domanda riconvenzionale formulata dai suoi *ex* clienti sul rilievo che la stessa non solo era infondata ma anche smentita dalla documentazione in atti, che dimostrava la correttezza dell'operato professionale tenuto dall'avvocato-attore, da un lato, e, dall'altro, giustificava in pieno la pretesa di pagamento dal medesimo formulata.

2. La decisione.

La controversia oggetto di queste righe offre lo spunto per una riflessione (nel contesto di una vicenda che, purtroppo, al giorno d'oggi si rivela paradigmatica di esiti patologici tutt'altro che infrequenti, nei rapporti tra avvocato e cliente) su alcuni aspetti dell'espletamento del mandato difensivo che vengono spesso in rilievo in presenza di contestazioni di profili di responsabilità nell'operato professionale di un avvocato (1).

Nello specifico, la controversia, seppure insorta dinanzi ad una sezione civile, coinvolge alcuni aspetti di peculiare interesse del diritto delle società e comunque di diritto commerciale, aspetti che, unitamente ad altri di specifico rilievo processualcivilistico, hanno assunto un rilievo peculiare ai fini della decisione della controversia, sullo sfondo del più ampio tema della responsabilità civile dell'avvocato.

Il punto principale della difesa dei convenuti in riconvenzionale — sui cui si basava l'eccezione inadempimento al mandato professionale, che il Tribunale adito ha esaminato prima delle altre difese, in quanto eccezione idonea, in caso di accoglimento della stessa, a paralizzare la pretesa attorea di pagamento — ha riguardato la contestazione al legale di non avere sollevato eccezione di carenza di legittimazione passiva della società convenuta, condotta omissiva che, a dire dei convenuti predetti, aveva determinato l'inadempimento contrattuale che questi contestavano al loro *ex* difensore.

Il Tribunale ha ritenuto, formulando il necessario giudizio prognostico, che tale eccezione, seppur fosse stata sollevata, più probabilmente che non sarebbe stata respinta siccome infondata, innanzitutto in quanto la società in relazione alla quale si assumeva che l'avvocato avrebbe omesso di eccepire il difetto di le-

(1) Come ad esempio nel caso oggetto della decisione qui annotata, in cui l'avvocato, sempre ad avviso del cliente, "sbaglia" a non contestare alla controparte l'estraneità del soggetto alla vicenda, per essere responsabile, se del caso, altro e del tutto differente soggetto giuridico, e specularmente il cliente che gli contesta l'inadempimento al mandato e non solo si rifiuta di pagare, ma gli chiede anche i danni in via riconvenzionale.

gittimazione passiva, in realtà, seppure aveva mutato la propria denominazione, era comunque rimasto il medesimo soggetto giuridico che aveva concluso con la società attrice la compravendita di macchinari che aveva dato origine alla pretesa di pagamento azionata dalla società attrice in primo grado nei confronti degli *ex* clienti scontenti dell'avvocato in questione.

Scrutinando le ulteriori difese dei convenuti in riconvenzionale, il Tribunale ha ritenuto che, nel caso di specie, non avrebbe potuto trovare applicazione l'art. 2558 c.c., mentre la sussistenza in capo alla società appellante dell'obbligazione di pagamento è stata ritenuta giustificata alla luce della previsione contenuta nel comma 1, dell'art. 2560 c.c., ed in ragione del fatto che, nel caso concreto, la posizione debitoria sostanziale era rimasta in capo al cedente, risultando irrilevante la cessione e, dall'altro, del fatto che il comma 1 predetto è rivolto a tutelare il creditore prevedendo che cedente e cessionario sono solidalmente responsabili per i debiti dell'azienda (o del ramo di essa) oggetto della cessione, indipendentemente dal se i predetti debiti risultino o meno iscritti nei libri contabili obbligatori.

Infine, parimenti è stata ritenuta inapplicabile la previsione del comma 2, dell'art. 2560 c.c., in ragione del fatto che essa è dettata a tutela del solo cessionario (e non anche del cedente, quale appunto era la parte attrice).

Su tali presupposti, ha riconosciuto insussistente la dedotta responsabilità civile dell'avvocato, accogliendo nel contempo la domanda di pagamento proposta da quest'ultimo.

3. Aspetti sostanziali e processuali della vicenda.

Prima di esaminare il tema della responsabilità civile dell'avvocato, appare opportuno esaminare brevemente alcuni aspetti della vicenda che assumono maggiore interesse dal punto di vista sostanziale e da quello processuale e che, seppure presi in considerazione *incidenter tantum* dal Tribunale, hanno assunto indubbio rilievo nell'economia della decisione finale.

Prima di tutto, appare di interesse osservare che le difese dei

convenuti in riconvenzionale si sono incentrate nel dedurre la rilevanza della — se fosse stata sollevata, a loro dire — eccezione di carenza di legittimazione passiva, cioè del difetto della condizione dell'azione prevista dall'art. 81 c.p.c., e poi nella deduzione di un inadempimento del legale-attore ai suoi doveri professionali, di cui veniva richiesto l'accertamento non solo al fine di paralizzare la pretesa di pagamento avanzata dal medesimo, ma anche, previo il riconoscimento della sua responsabilità professionale, al fine di sentirlo condannare al risarcimento dei danni che si assumevano subito in dipendenza di tale sua condotta professionale errata: deduzione, questa, avente una doppia valenza, e cioè, da un lato, di eccezione riconvenzionale e, dall'altro, di domanda riconvenzionale.

Inoltre, i convenuti deducevano l'inapplicabilità della previsione di cui al primo comma dell'art. 2558 c.c., ed in ogni caso l'applicabilità di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 2560 c.c.

Esaminando le suddette difese, innanzitutto con riguardo ai profili sostanziali che il collegio ha preso in considerazione nella formulazione del giudizio prognostico circa il possibile esito dell'eventuale eccezione, va innanzitutto osservato che la prima disposizione che viene in rilievo è rappresentata dall'art. 2558 c.c., che, in tema di successione nei contratti, regola la sorte dei contratti stipulati dall'azienda ceduta, stabilendo che, in assenza di diverso accordo, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti conclusi per l'esercizio dell'azienda medesima, ad esclusione di quelli aventi carattere personale.

Al riguardo, per la Suprema Corte il conferimento di un'azienda o di un ramo di essa ad una società rientra nella più ampia e generale figura della cessione d'azienda, realizzando il trasferimento e, quindi, la successione a titolo particolare della stessa, per cui da tanto discende l'applicazione della disciplina conseguente posta dagli artt. 2557 e ss. c.c. e, in particolare, dell'art. 2558 c.c., in forza del quale, se non pattuito diversamente, il cessionario subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda non

aventi carattere personale ⁽²⁾; per la giurisprudenza, la previsione contenuta nel primo comma dell'art. 2558 c.c. innanzitutto tutela la posizione dell'acquirente e il suo interesse a subentrare nei contratti aziendali in corso, derogando alla disciplina civilistica generale dettata in materia di cessione del contratto dall'art. 1406 c.c. ⁽³⁾; inoltre, rinviene un perimetro applicativo molto ampio, dal momento che l'interpretazione analogica fa sì che la normativa in tema di successione nei rapporti contrattuali inerenti all'azienda ceduta operi in tutti i casi in cui ricorra la sostituzione di un imprenditore ad un altro nell'esercizio dell'impresa per volontà delle parti o per un fatto dalle stesse espressamente previsto, ammettendosi quindi la sua applicazione anche nel caso di ri-trasferimento dell'azienda al locatore per effetto della cessazione dell'affitto, con l'unica eccezione per il caso in cui tale evento si verifichi in conseguenza di un fatto non negoziale ⁽⁴⁾; in ogni caso, per i giudici di legittimità, l'automatica successione da parte del cessionario in tutti i rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive non aventi carattere personale di cui all'art. 2558 c.c. trova applicazione, per la Suprema Corte, soltanto ai cosiddetti "contratti di azienda" (aventi ad oggetto il godimento di beni aziendali non appartenenti all'imprenditore e da lui acquisiti per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale) e ai cosiddetti "contratti di impresa" (non aventi ad oggetto diretto beni aziendali, ma attinenti alla organizzazione dell'impresa stessa, come i contratti di somministrazione con i fornitori, i contratti di assicurazione, i contratti di appalto e simili) ⁽⁵⁾; in tali ipotesi, per la dottrina il subentro dell'acquirente nei contratti in questione è da ritenersi un effetto naturale dell'acquisto dell'azienda, in quanto risponde sia direttamente all'interesse dell'imprenditore stesso, sia all'interesse dei terzi che con l'azienda erano entrati in rapporti com-

⁽²⁾ Cass., sez. II, 14 ottobre 2022, n. 30296, in *Giust. civ.*, Mass., 2022.

⁽³⁾ App. Napoli, sez. II, 26 luglio 2023, n. 3573, in banca dati *De Jure*.

⁽⁴⁾ Cass., sez. I, 13 ottobre 2021, n. 27951, in *Giust. civ.*, Mass., 2021.

⁽⁵⁾ Cass., sez. II, 11 giugno 2018, n. 15065, in *Giust. civ.*, Mass., 2018.

mercials prima della cessione ⁽⁶⁾.

Nel caso di specie, l'istruttoria svolta ha dimostrato che nell'atto di cessione/conferimento erano stati espressamente ricompresi i rapporti contrattuali già in essere, per cui questo ha rappresentato il primo elemento che escludeva la diversità tra soggetto cedente e soggetto cessionario, dimostrando la fondatezza del giudizio prognostico del Tribunale circa l'inutilità dell'eventuale eccezione di carenza di legittimazione passiva (*rectius*, difetto di titolarità del lato passivo del rapporto obbligatorio) anche se sollevata, a maggiore ragione in considerazione del fatto, pure rilevato dal Tribunale, della sostanziale identità e coincidenza tra cedente e cessionario

Altra disposizione sostanziale esaminata nel caso di specie ai fini della decisione è stata l'art. 2560 c.c., che disciplina la sorte dei debiti relativi all'azienda ceduta, prevedendo al primo comma che il cedente non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, sorti anteriormente al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito; al secondo comma, che, in ipotesi di trasferimento di un'azienda commerciale, ove tali debiti risultano dai libri contabili obbligatori, degli stessi risponde anche l'acquirente della azienda.

La norma in questione, per la Suprema Corte, rinviene un ambito applicativo ben delineato, essendo principio acquisito quello per cui il regime fissato dal citato art. 2560, con riferimento ai debiti dell'azienda ceduta, sia destinato a trovare applicazione soltanto allorché si tratti di debiti in sé soli considerati, e non anche quando, viceversa, essi si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a

⁽⁶⁾ M. CIAN, *Manuale di diritto commerciale*, 5^a ed., Torino, 2023, 75, afferma infatti «In tutti questi rapporti negoziali è naturale e logico che subentri l'acquirente: ciò risponde non soltanto al suo interesse ad acquisire un complesso pienamente operativo ed a mantenere la clientela già raggiunta, ma anche all'interesse dei terzi contraenti ad avere, quale controparte contrattuale, il soggetto che continuerà nell'esercizio dell'impresa (si pensi all'interesse dei clienti a conseguire il prodotto o il servizio acquistato, che, senza l'azienda, l'alienante non è normalmente più in grado di fornire)».

norma del precedente art. 2558 (7); il che è esattamente quanto riscontrato dal Tribunale nel caso sottoposto al suo esame, in ragione del fatto che le posizioni in questione seguono la sorte del contratto e, quindi, transitano con esso, purché non già del tutto esaurito, anche se in fase contenziosa al tempo della cessione dell'azienda (8).

Per la Suprema Corte, la disposizione di cui all'art. 2560, comma 2 c.c., secondo cui l'acquirente risponde dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta soltanto se essi risultino dai libri contabili, è dettata non solo dall'esigenza di tutelare i terzi creditori, già contraenti con l'impresa e peraltro sufficientemente garantiti pure dalla norma di cui al primo comma del medesimo art. 2560 c.c., ma anche da quella di consentire al cessionario di acquisire adeguata e specifica cognizione dei debiti assunti (9); da tanto discende, sul piano della *ratio* della norma, che la solidarietà del cessionario dell'azienda per i debiti concernenti l'esercizio dell'azienda ceduta è posta a tutela dei creditori di questa, e non dell'alienante, e questa è la ragione per cui non produce alcun effetto di trasferimento della posizione debitoria sostanziale (10). Inoltre, proprio in ragione del fatto che essa persegue una finalità di tutela dei creditori aziendali, la norma è da considerarsi inderogabile in conformità ad un accordo fra alienante e acquirente, mentre si riconosce ammissibile l'esclusione della sua operatività in forza di un accordo fra acquirente e terzi creditori (11); per la Suprema Corte, la norma predetta realizza una funzione di bilanciamento tra la tutela dell'affidamento dei creditori e dell'interes-

(7) Cass., sez. III, 22 novembre 2023, n. 32487, in *Giust. civ.*, Mass., 2024; Cass., sez. I, 16 giugno 2004, n. 11381, in *Foro it.*, 2005, I, 1152; in precedenza, Cass., sez. I, 20 luglio 1991, n. 8121; e Cass., sez. I, 8 maggio 1981, n. 3027, tutte in *Giust. civ.*, Mass.

(8) Cass., sez. III, 22 novembre 2023, n. 32487, *cit*; Cass., sez. I, 16 giugno 2004, n. 11381, *cit*; in precedenza, Cass., sez. I, 11 agosto 1990, n. 8219, in https://www.e-glossa.it/wiki/cass._civile_del_1990_n.8219.

(9) Cass., sez. II, 21 dicembre 2012, n. 23838, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2013, 6, II, 997.

(10) Cass., sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23581, in *Giust. civ.*, Mass., 2017

(11) Cass., sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23581, *cit*.

se economico collettivo alla facilità di circolazione aziendale, che viene concretamente attuato ritenendo che l'acquirente di un ramo di azienda risponde dei debiti pregressi risultanti dai libri contabili obbligatori, a condizione che siano inerenti alla gestione del ramo d'azienda ceduto⁽¹²⁾; per la dottrina, tale disposizione costituisce espressione della considerazione dell'ordinamento per degli interessi tra loro potenzialmente contrastanti, di cui si rende portatore il soggetto subentrante, ovvero innanzitutto quello a proseguire i rapporti aziendali avviati dall'azienda in cui è subentrato⁽¹³⁾; interesse che, in ogni caso, necessita di essere temperato con l'altro interesse, meritevole di non minore considerazione, del medesimo soggetto, ad evitare di subire il peso economico di obbligazioni di cui era all'oscuro, e che tuttavia, integrando una sopravvenienza economica negativa, finirebbero per mettere in discussione la correttezza della stima che il subentrante, prima di determinarsi al subentro, aveva fatto circa l'azienda medesima⁽¹⁴⁾.

La *ratio* sottostante alla previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 2560 c.c. viene dalla dottrina individuata in una finalità di tutela del terzo creditore per proteggerlo, nei limiti del possibile, da un evento, quale è appunto il trasferimento dell'azienda, che rende il cedente sostanzialmente impossidente⁽¹⁵⁾, quindi proteggerlo da un fatto suscettibile di rendere concretamente inoperante la previsione di cui all'art. 2740 c.c.; in ogni caso, per la Suprema Corte è pacifico che la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 2560 c.c., nell'aggiungere a quella del cedente la responsabilità di un ulteriore soggetto, ovvero il cessionario, non prevede affatto la liberazione del primo⁽¹⁶⁾.

Nello specifico, il Tribunale, sul rilievo che, nel caso sottoposto al suo esame, non poteva dirsi verificato alcun trasferimento

⁽¹²⁾ Cass., sez. III, 30 giugno 2015, n. 13319, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016, 5, II, 1004.

⁽¹³⁾ M. CIAN, *op. cit.*, 77-78.

⁽¹⁴⁾ M. CIAN, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁵⁾ G. E. COLOMBO, *L'azienda ed il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2012, 150.

⁽¹⁶⁾ Cass., sez. III, 10 febbraio 2023, n. 4248, in *Giust. civ.*, Mass., 2023.

della posizione debitoria sostanziale, dal momento che il cedente doveva ritenersi debitore effettivo, in quanto a tale soggetto era imputabile il fatto costitutivo del debito, ha escluso l'applicabilità della previsione di cui al secondo comma dell'art. 2560 c.c., riconoscendo invece applicabile il disposto del primo comma della norma in questione.

Quanto agli aspetti processualcivilistici di maggiore interesse, si può osservare, innanzitutto, che per quanto è possibile evincere dalla lettura della sola decisione qui in commento, nonostante il *nomen iuris* utilizzato, in realtà, guardando il tenore delle difese dei convenuti per come documentato dal provvedimento in questione, questi ultimi, con l'affermare che la responsabilità era da attribuirsi ad esclusivo carico di altro soggetto, avevano inteso dedurre, in realtà, il difetto, nei loro confronti, della titolarità del lato passivo del rapporto obbligatorio dedotto in giudizio dall'attore.

Quanto al primo aspetto è possibile osservare che i due concetti, nonostante qualche non recente opinione dottrinale abbia sostenuto la loro totale identificazione e conseguente piena sovrapposibilità⁽¹⁷⁾, sono tra loro indiscutibilmente distinti.

La legittimazione ad agire rappresenta, infatti, una condizione per ottenere dal giudice una qualsiasi decisione di merito, la cui esistenza sarà da riscontrare esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa; in particolare, la dottrina ritiene che la legittimazione ad agire e/o contraddire vada intesa quale relazione che intercorre tra colui che risulta il destinatario della richiesta di tutela giudiziale formulata dall'attore, da un lato, e, dal versante opposto l'allegazione fattuale, che sempre l'attore formula, circa l'essere, il predetto destinatario della richiesta di tutela giudiziale (*id est*, della domanda attorea) anche il titolare di quella posizione giuridica passiva che origina un obbligo che si assume violato e che per ripristinare la situazione conseguente alla

(17) G. MONTELEONE, *Dir. proc. civ.*, I, Padova, 1994, 179 e ss.

violazione di esso l'attore ha inteso agire in giudizio ⁽¹⁸⁾.

In particolare, secondo autorevole dottrina, la legittimazione ad agire e/o contraddire rappresenta una condizione dell'azione, a fondamento della quale si collocano esclusivamente le allegazioni formulate chi propone una domanda ⁽¹⁹⁾, di guisa che una concreta ed autonoma questione in merito alla stessa si pone esclusivamente nel caso in cui un soggetto azioni in giudizio un diritto che compete ad altri e che, invece, il primo assuma essere in sua titolarità, oppure nonostante sia consapevole che il soggetto che ha convenuto in giudizio risulti estraneo al rapporto sostanziale in contestazione, intenda comunque ottenere una decisione di merito nei confronti di tale soggetto, di guisa che la decisione che accerti l'eventuale inesistenza di tale condizione dell'azione sarà una decisione solo in rito, come tale insuscettibile di passare in giudicato ⁽²⁰⁾; si è in presenza, quindi, di una coincidenza tra il soggetto attivo e quello passivo della domanda giudiziale con i soggetti nella cui sfera giuridica sono destinati a prodursi gli effetti della decisione che definisce il giudizio sorto a seguito della richiesta di tutela formulata dall'attore ⁽²¹⁾; il che comporta una limitazione del novero dei diritti che si possono fare valere in giudizio, in quanto, come rilevato da altra dottrina, chi agisce in giudizio potrà azionare esclusivamente un diritto di cui afferma (cioè, allega) esserne titolare, e, specularmente, assume esserne titolare passivo il destinatario, parimenti passivo, della chiesta tutela giudiziale ⁽²²⁾.

La Suprema Corte condivide le suddette ricostruzioni dottrinali affermando che legittimazione, da un lato, e titolarità, dall'altro, sono da ritenersi autonome e distinte tra loro, dal momento che la legittimazione si colloca in un momento logicamente an-

⁽¹⁸⁾ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 2007, 146 e ss.

⁽¹⁹⁾ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele*, Torino, 2023, 601-602.

⁽²⁰⁾ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*

⁽²¹⁾ G. ARIETA - F. DE SANTIS - L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2010, 151 e ss.

⁽²²⁾ C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2024, 42.

teriore rispetto alla titolarità, poiché la stessa può sussistere in capo a colui che ha agito pur se, per ipotesi, l'effettivo titolare del rapporto controverso sia un soggetto diverso ⁽²³⁾.

Tale indubbia differenza aveva determinato una contrapposizione di orientamenti nella giurisprudenza di legittimità relativamente al tema della natura delle relative questioni e del conseguente loro regime processuale, con specifico riguardo alla questione della titolarità del lato passivo del rapporto obbligatorio, e quindi della natura assunta dalla deduzione sollevata per far valere la relativa questione, se quindi mera difesa (come tale sollevabile senza preclusioni, oltre che rilevabile d'ufficio) ovvero se eccezione in senso proprio o stretto (e come tale assoggettata, a pena di decadenza, alle preclusioni previste dal rito): si è affermato infatti al riguardo che «a differenza di quel che si ritiene concordemente in tema di *legitimatō ad causam*, o legittimazione ad agire, quale condizione dell'azione, il cui difetto è rilevabile d'ufficio, la giurisprudenza di legittimità non è unanime in materia di contestazione della reale titolarità attiva o passiva del diritto sostanziale dedotto in giudizio. La tesi minoritaria sostiene che essa costituisce una mera difesa, con le ovvie conseguenze, tra le quali quella che incombe alla parte, la cui titolarità è contestata, fornire la prova di possederla. L'orientamento maggioritario, invece, afferma che la contestazione della reale titolarità attiva o passiva del diritto sostanziale dedotto in giudizio costituisce un'eccezione in senso tecnico, che deve essere introdotta nei tempi e nei modi previsti per le eccezioni di parte. Con l'ulteriore conseguenza che spetta alla parte che prospetta tale eccezione l'onere di provare la propria affermazione» ⁽²⁴⁾; contrasto che è stato risolto dalle Sezioni Unite con nota decisione, con la quale si è ritenuto meritevole di condivisione l'orientamento minoritario, sul rilievo per il quale lo stesso risultava maggiormente coerente con i principi generali in tema di ripartizione dell'onere della prova.

⁽²³⁾ Cass., sez. III, 30 maggio 2008, n. 14468, in *Giur. it.*, Mass., 2008.

⁽²⁴⁾ Cass., sez. VI(3), (ord.), 13 febbraio 2015, n. 2977, in *Giust. civ.*, Mass., 2015.

Con tale decisione, le Sezioni Unite hanno, infatti, affermato alcuni rilevanti principi, quali: i) la titolarità in capo all'attore del diritto azionato in giudizio può essere contestata dal convenuto in ogni fase del giudizio, con il solo limite delle preclusioni eventualmente maturate in relazione alla introduzione di fatti nuovi non risultanti dagli atti ⁽²⁵⁾; ii) in conseguenza, la carenza di titolarità, attiva o passiva, del rapporto controverso è rilevabile d'ufficio dal giudice se risultante dagli atti di causa ⁽²⁶⁾; iii) la titolarità, attiva e passiva, della situazione sostanziale dedotta in giudizio rappresenta un elemento costitutivo della domanda, in quanto tale rientrante nell'onere di allegazione e prova che grava sull'attore, tranne il caso dell'esplicito riconoscimento dal parte del convenuto e/o la proposizione, da parte del soggetto medesimo, di difese inconciliabili con la esclusione di tale titolarità ⁽²⁷⁾. Principi, questi, che appaiono indubbiamente coerenti con il consolidato insegnamento della Suprema Corte per il quale il regime delle eccezioni mira a salvaguardare quello che è ritenuto un valore fondamentale del processo, rappresentato dalla giustizia della decisione ⁽²⁸⁾, in ragione del quale, pertanto, nessun spazio può essere riconosciuto ad un effetto contrario, che si verificherebbe se ogni questione, anche per sua natura rilevabile d'ufficio, fosse sottoposta ai limiti preclusivi di allegazione e prova a cura di parte che sono esposti dalla tesi che si intende definitivamente superare ⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ Infatti, Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, in *Giust. civ.*, Mass., 2016, ha affermato al riguardo che allorquando il convenuto contesta la titolarità, in capo all'attore, del diritto che il medesimo ha azionato in giudizio, formula una mera difesa, la cui proponibilità non è preclusa e/o ostacolata dall'eventuale l'eventuale contumacia o tardiva costituzione del convenuto medesimo, condotte alle quali, inoltre, è da escludersi possa attribuirsi rilevanza di non contestazione ovvero idoneità a modificare la ripartizione degli oneri probatori, con l'unico limite di eventuali preclusioni maturate relativamente all'attività di allegazione ed asseverazione di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto, che non siano rilevabili dagli atti di causa.

⁽²⁶⁾ Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, *cit.*

⁽²⁷⁾ Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, *cit.*

⁽²⁸⁾ Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10531, in *Giust. civ.*, Mass., 2013.

⁽²⁹⁾ Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10531, *cit.*

La distinzione, poi, tra eccezione riconvenzionale e domanda riconvenzionale, nell'ambito delle difese formulate dal convenuto, si coglie dal punto di vista c.d. "finalistico", guardando cioè allo scopo concretamente perseguito, con ciascuna di tali deduzioni difensive.

La conferma che la deduzione dell'inadempimento dell'avvocato integri prima di tutto una eccezione riconvenzionale la fornisce lo stesso Tribunale di Bologna, che rileva la necessità di esaminare prioritariamente la stessa, per essere — ovviamente ove ritenuta fondata — astrattamente idonea a paralizzare la pretesa di pagamento formulata dall'attore.

Invero, la deduzione in questione è riconducibile alla ipotesi della c.d. «eccezione riconvenzionale», il che richiede una breve premessa riguardo alle difese del convenuto, ed alla distinzione tra mere difese ed eccezioni.

Infatti, mentre la natura delle c.d. mere difese è quella di contestazioni mirate niente altro che a negare la fondatezza della domanda attorea, onde conseguire l'accertamento della inesistenza del diritto azionato dalla controparte ⁽³⁰⁾, va osservato come simili difese si connotano anche per un regime processuale peculiare, ben diverso da quello delle eccezioni in senso stretto, dal momento che, come statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, tutte le deduzioni difensive non qualificabili come eccezioni in senso proprio, non sono assoggettate a termini perentori per la loro formulazione, e, conseguentemente, non si verifica alcuna decadenza nel caso di una loro formulazione che non rispetti le preclusioni assertive previste dal codice di rito, ammettendosi la possibilità di loro formulazione anche in appello ⁽³¹⁾; invece, attraverso una eccezione in senso proprio il convenuto, per contrastare la pretesa avanzata dall'attore nei suoi confronti, introduce nel processo circostanze fattuali rientranti nel perimetro applicativo del secondo comma dell'art. 2697 c.c., quindi fatti impeditivi, modificativi e/o

⁽³⁰⁾ C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *op. cit.*, 108-109.

⁽³¹⁾ Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, *cit.*

estintivi, la cui introduzione inevitabilmente finisce per ampliare il novero delle circostanze di fatto che il giudice di merito è chiamato ad esaminare per decidere la lite sottoposta alla sua cognizione, seppure queste ultime non sono in grado di apportare una modifica alla situazione originariamente dedotta in giudizio dall'attore, come accade invece nel caso di domanda riconvenzionale ⁽³²⁾.

Si tratta, cioè, di fatti in grado di incidere, se provati, in favore della tesi del convenuto, sull'accertamento che il giudice di merito è chiamato a compiere, indirizzandolo verso il riconoscimento della inesistenza di quel diritto di cui l'attore ha allegato essere titolare ⁽³³⁾; altro autore, poi, afferma che, quando il convenuto solleva tal genere di eccezione, viene in sostanza, tramite la allegazione dei fatti su cui essa si fonda, a contrapporre alla pretesa portata in giudizio dall'attore, un fatto che ha caratteristiche peculiari, in quanto, dal punto di vista soggettivo, rientra nella sfera di sua esclusiva disponibilità la introduzione o meno nel processo del fatto in questione, mentre, dal punto di vista oggettivo, è in grado di produrre gli effetti previsti dal secondo comma dell'art. 2697 c.c., e come tale inibire ogni efficacia probatoria di quel fatto costitutivo della domanda, che l'attore sia eventualmente riuscito a provare ⁽³⁴⁾.

In sostanza, ad avviso di altro autore, sollevare simile eccezione costituisce atto di esercizio di un potere processuale ⁽³⁵⁾, che rappresenta lo strumento che l'ordinamento riconosce al convenuto (o comunque ad ogni soggetto nei cui confronti sia proposta una domanda giudiziale) per difendersi da un'altrui pretesa giudiziale introducendo nel processo in questione fatti che, allargandone l'oggetto originario, sono in grado di modificare, impedire ovvero anche estinguere tale avversa pretesa ⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1994, 62-63.

⁽³³⁾ A. PROTO PISANI, *op. loc. cit.*

⁽³⁴⁾ F. MAZZARELLA, G. TESORIERE, *Il processo civile riformato*, Milano, 2013, 142 e ss.

⁽³⁵⁾ R. ORIANI (voce) *Eccezione*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, 262 e ss.

⁽³⁶⁾ R. ORIANI, *op. loc. cit.*

Infine, con la domanda riconvenzionale (che si distingue dalla eccezione riconvenzionale) il convenuto, analogamente a quanto fatto con la eccezione in senso proprio, introduce fatti nuovi nel processo, ma in questo caso l'accertamento degli stessi che chiede al giudice non è funzionale esclusivamente a paralizzare la pretesa attorea, ma possiede un contenuto più esteso, in quanto mira anche — finendo per ampliare il *thema decidendum* — a conseguire, nei confronti dell'attore, una specifica utilità giuridica: il che è esattamente quanto avvenuto nel caso deciso dalla decisione qui annotata, dal momento che i convenuti, allargando l'oggetto del processo come originariamente introdotto dall'attore ⁽³⁷⁾, attraverso la deduzione di circostanze fattuali (l'omessa formulazione dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva) integranti un inadempimento dell'avvocato ai suoi doveri di diligenza professionale, e quindi al contratto d'opera intercorso con i primi, sui medesimi fatti hanno sia fondato una eccezione di inadempimento contrattuale volta a paralizzare la pretesa di pagamento ⁽³⁸⁾, sia proposto domanda riconvenzionale di condanna del medesimo al risarcimento dei danni che lamentavano aver subito in conseguenza di tale suo inadempimento contrattuale.

Al riguardo, come affermato con molto recente decisione dalla giurisprudenza di legittimità, la distinzione tra domanda ed eccezione riconvenzionale non dipende dal titolo posto a base della difesa del convenuto, e cioè dal fatto o dal rapporto giuridico invocato a suo fondamento, e nemmeno dal relativo oggetto sostanziale (il bene della vita), ma dal *petitum* processuale, vale a dire dal risultato che lo stesso intende con essa ottenere in giudizio, limitato, nel secondo caso, al rigetto della domanda proposta dall'attore ⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Che riguardava esclusivamente una domanda di pagamento del compenso professionale di avvocato.

⁽³⁸⁾ Ed è questo il motivo per cui il Tribunale di Bologna ha inteso esaminare primo la questione dedotta attraverso la formulazione dell'eccezione di inadempimento, in quanto se fondata sarebbe stata idonea a definire il merito della controversia, determinando il rigetto della domanda attorea di pagamento.

⁽³⁹⁾ Cass., sez. III, 7 novembre 2023, n. 31010, in *Giust. civ.*, Mass., 2024.

Su tale presupposto, la Suprema Corte, quale logica conseguenza, perviene ad affermare che non sussistono limiti alle possibilità di ampliamento del tema della controversia da parte del convenuto a mezzo di eccezioni, con l'unica limitazione che viene individuata nella indispensabilità dell'allegazione, a fondamento di tali eccezioni, di fatti o rapporti giuridici prospettati dei quali sia dedotta l'idoneità a produrre l'estinzione o la modificazione dei diritti fatti valere dall'attore, fatti sulla scorta dei quali non viene richiesta una pronuncia di accoglimento di domande ulteriori che il convenuto propone nei confronti dell'attore, ma esclusivamente il rigetto delle domande proposte da quest'ultimo⁽⁴⁰⁾; per concludere sul punto, occorre tenere presente che nei rapporti tra domanda riconvenzionale ed eccezione riconvenzionale la identità dei fatti su cui tali difese si fondano comporta, come riconosciuto dalla Suprema Corte, che l'eventuale tardività di una domanda riconvenzionale non esonera il giudice di merito dal prendere in considerazione la stessa in termini di eccezione riconvenzionale, ai fini del rigetto della domanda attorea⁽⁴¹⁾, per cui ben può affermarsi che il punto in cui si incentra, in sostanza, la fondamentale distinzione tra eccezione riconvenzionale e domanda riconvenzionale vada individuato nel differente *petitum* immediato che si richiede al giudice⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cass., sez. III, 7 novembre 2023, n. 31010, *cit.*

⁽⁴¹⁾ Cass., sez. III, 25 ottobre 2016, n. 21472, in *Giust. civ.*, Mass., 2017, ha infatti affermato «Nell'ipotesi in cui il convenuto chieda, in via riconvenzionale, accertarsi l'esistenza di un rapporto contrattuale diverso da quello prospettato dall'attore, sull'assunto che da ciò *ne deriverebbe la nullità o l'inefficacia*, totale o parziale, o comunque un effetto estintivo, impeditivo o modificativo dei diritti fatti valere dall'attore medesimo, domandando anche l'eventuale condanna di quest'ultimo al pagamento di quanto dovuto in base a tale differente prospettazione, qualora una siffatta domanda riconvenzionale risulti inammissibile per motivi processuali, la stessa può e deve comunque essere presa in considerazione come eccezione, con il solo e più limitato possibile esito del rigetto delle richieste di parte attrice».

⁽⁴²⁾ La giurisprudenza di legittimità, in particolare, distingue tra *petitum*, inteso sotto il profilo formale (o immediato), come provvedimento giurisdizionale richiesto, e, sotto l'aspetto sostanziale (o mediato), come bene della vita di cui si chiede il riconoscimento o la negazione: cfr. Cass., sez. III, 28 agosto 2009, n. 18783, in *Giust. civ.*, Mass. 2009, 7-8, 1204.

4. Presupposti della responsabilità professionale dell'avvocato ed onere della prova.

In proposito, va subito evidenziato che a monte della declaratoria di una simile responsabilità si pone come appare evidente, la formulazione di un giudizio controfattuale, dove nella sostanza il giudice di merito è chiamato sia ad individuare la condotta asseritamente omessa, sia a valutare, secondo il criterio del «più probabile che non» se la medesima, ove posta concretamente in essere, sarebbe stata in grado di procurare al cliente l'utilità attesa, ovvero di evitare un danno.

A tale proposito, in dottrina si è recentemente affermato «In sostanza, per la prestazione svolta dall'avvocato, va applicata la regola della preponderanza dell'evidenza o «del più probabile che non», *in virtù della quale il giudice è chiamato a svolgere una valutazione prognostica positiva, il cui esito negativo porta a escludere la responsabilità del professionista, poiché la sua responsabilità non può affermarsi per il solo mancato corretto adempimento dell'attività professionale*»⁽⁴³⁾, ben chiarendo, quindi, che il giudizio in questione si rivela articolato in due momenti, con l'affermare che «al contrario, occorre accertare che, se il professionista avesse tenuto la condotta dovuta, il cliente avrebbe conseguito il risultato sperato, difettando altrimenti la prova del necessario nesso eziologico fra la condotta professionale e l'esito derivatone»⁽⁴⁴⁾; in tale prospettiva, allora, si comprende perché la ricostruzione del modello che potremmo definire “moderno” della responsabilità professionale dell'avvocato sia improntata sul modello della responsabilità medica, con particolare riguardo ad aspetti quali, da un lato, l'accertamento del nesso causale e l'onere della prova con la sua ripartizione, e, dall'altro, l'indiscusso ampliamento dei doveri di informazione gravanti sul professio-

⁽⁴³⁾ G. MUSOLINO, *La prescrizione della responsabilità professionale dopo la legge n. 49/2023*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2023, 5, 1694 ss.

⁽⁴⁴⁾ G. MUSOLINO, *op. loc. cit.*

nista; doveri consacrati nella legge professionale ⁽⁴⁵⁾ e nel codice deontologico forense ⁽⁴⁶⁾, con un livello di approfondimento che, se non completamente equiparabile, si rivela molto vicino al “consenso informato” del paziente previsto in ambito sanitario.

La suddetta ricostruzione risulta condivisa da parte della dottrina che, innanzitutto, con riferimento alla fonte di ispirazione per una risistemazione della responsabilità professionale, ha affermato «va peraltro evidenziato, in termini generali, che criterio di riferimento per l’elaborazione del nuovo modello di responsabilità è certamente rappresentato dal sistema della responsabilità sanitaria, atteso che, tradizionalmente, l’attività medica ha costituito il tipo di prestazione professionale destinatario dell’interesse della dottrina e rispetto a cui si è formato un indirizzo giurisprudenziale significativo, vuoi per la rilevanza numerica delle fattispecie dannose, vuoi per il maggiore disvalore sociale del pregiudizio arrecato da questa attività rispetto a quella forense» ⁽⁴⁷⁾, mentre, con specifico riferimento ai doveri informativi che gravano sull’avvocato, ha evidenziato come l’avvocato sia tenuto a consentire al cliente di assumere una scelta consapevole, circa l’avvio e/o la prosecuzione di un’azione giudiziaria, permettendogli di valutare in modo corretto gli elementi a favore e quelli contrari ⁽⁴⁸⁾; per farlo, a monte, l’avvocato deve premurarsi di ottenere dal cliente tutte le informazioni che servono al fine

⁽⁴⁵⁾ Infatti, il secondo comma dell’art. 13 della l. 247/2012, come modificato dalla l. 124/2017, espressamente stabilisce «Il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell’incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell’incarico; è altresì tenuto a comunicare in forma scritta a colui che conferisce l’incarico professionale la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale».

⁽⁴⁶⁾ L’art. 27 del Codice Deontologico Forense, infatti, risulta significativamente rubricato «Doveri di informazione», e prevede una numerosa serie di obblighi informativi a carico dell’avvocato nei confronti del cliente, su aspetti diversi dell’incarico professionale e dello svolgimento del rapporto che per effetto di tale conferimento viene ad instaurarsi con il cliente.

⁽⁴⁷⁾ A. TORRISI, *La responsabilità professionale dell’avvocato*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2022, 6, 2072.

⁽⁴⁸⁾ A. TORRISI, *op. loc. cit.*

di potergli prospettare un quadro della situazione il più possibile completo e realistico, onde permettergli una simile scelta, non omettendo di sconsigliare al cliente sia di agire, sia, eventualmente, di proseguire ⁽⁴⁹⁾.

In questi termini, l'accertamento del nesso causale, con medesimi criteri probabilistici, oltre che alla individuazione della condotta omessa e della sua incidenza causale, risulta esteso anche alle conseguenze dannose risarcibili sul piano della causalità giuridica (i.e. della relazione eziologica evento/conseguenze), ossia al mancato vantaggio che, ove l'attività professionale fosse stata svolta con la dovuta diligenza, il cliente avrebbe conseguito, come osservato dalla Suprema Corte, secondo cui «In tema di responsabilità per colpa professionale consistita nell'omesso svolgimento di un'attività da cui sarebbe potuto derivare un vantaggio personale patrimoniale per il cliente, la regola della preponderanza dell'evidenza, o “del più probabile che non”, si applica non solo all'accertamento del nesso di causalità fra l'omissione e l'evento di danno, ma anche all'accertamento del nesso tra quest'ultimo, quale elemento costitutivo della fattispecie, e le conseguenze dannose risarcibili, posto che, trattandosi di evento non verificatosi proprio a causa dell'omissione, lo stesso può essere indagato solo mediante un giudizio prognostico sull'esito che avrebbe potuto avere l'attività professionale omessa» ⁽⁵⁰⁾, ribadendo ancora più di recente che tale necessità sussiste in ragione del fatto che il predetto legame tra l'evento e le conseguenze dannose di esso, di cui si pretende il ristoro, costituisce elemento costitutivo della fattispecie ⁽⁵¹⁾; orientamento, quello appena descritto, che risulta condiviso dai giudici di merito ⁽⁵²⁾, che in proposito hanno anche affermato che «è necessario verificare se l'evento produttivo del pregiudizio di cui si duole il cliente sia riconducibile alla condotta del difensore, se sia stato effettivamente cagionato un danno ed,

⁽⁴⁹⁾ A. TORRISI, *op. loc. cit*

⁽⁵⁰⁾ Cass., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 25112, in *Giust. civ.*, Mass., 2017.

⁽⁵¹⁾ Cass., sez. VI (3), 13 gennaio 2021, n. 410, in *Giust. civ.*, Mass., 2021.

⁽⁵²⁾ Trib. Palermo, sez. III, 24 febbraio 2022, n. 840, in banca dati *De Jure*.

infine, se l'assistito avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni qualora il legale avesse tenuto il comportamento dovuto — alla stregua di criteri probabilistici — diversamente, difettando la prova del necessario nesso di causalità tra la condotta del difensore, commissiva od omissiva ed il risultato derivatone»⁽⁵³⁾.

In tale prospettiva, sulla doverosa premessa per la quale le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale costituiscono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo, con le relative conseguenze — di guisa che, ai fini di un eventuale giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, comma 2, che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione, da commisurare alla natura dell'attività concretamente esercitata, non potendo il suddetto professionista garantire l'esito favorevole auspicato dal cliente⁽⁵⁴⁾ — risulta fondamentale tenere presente l'insegnamento della Suprema Corte, per il quale la sussistenza di una eventuale responsabilità dell'avvocato deve essere esaminata, da parte del giudice di merito, con valutazione "ex ante" e non "ex post", sulla base dell'esito del giudizio⁽⁵⁵⁾, tenendo presente la natura dell'obbligazione in questione, con i correlati riflessi.

A tale proposito, condivisibilmente la dottrina ha affermato come, allorché la prestazione richiesta all'avvocato sia difficile, dal predetto professionista è possibile esigere esclusivamente quegli atti — tra quelli astrattamente possibili relativamente all'incarico da espletare — che rientrano nelle capacità del buon professionista della sua categoria⁽⁵⁶⁾, anche perché, come osser-

⁽⁵³⁾ App. Firenze, sez. IV, 11 maggio 2022, n. 873, in banca dati *De Jure*

⁽⁵⁴⁾ Cass., sez. III, 20 maggio 2015, n. 10829, in *Giust. civ.*, Mass., 2015.

⁽⁵⁵⁾ Cass., sez. II, 1 ottobre 2018, n. 23740, in *Giust. civ.*, Mass., 2018.

⁽⁵⁶⁾ G. CATANEI, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 78 e ss.

vato da altro autore, l'unica obbligazione che, a carico dell'avvocato, discende dalla conclusione del contratto di opera professionale concluso con il cliente, è quella di svolgere l'attività richiestagli, non potendosi certo ritenere obbligato a vincere la causa ⁽⁵⁷⁾; il che rileva a maggiore ragione ove si consideri che, sull'esito del giudizio, incide in misura assolutamente non controllabile, da parte dell'avvocato, il libero convincimento del giudice ⁽⁵⁸⁾.

Ritornando al giudizio in questione, i relativi caratteri sono stati efficacemente ricostruiti e delineati dalla giurisprudenza di merito, in una valutazione prognostica da operarsi sulla base e nei limiti dei motivi di illiceità e dei correlati elementi probatori che avrebbero dovuto essere (ri)proposti nel giudizio di merito relativo al chiesto accertamento, facendo ricorso a quel principio statistico (di maggior probabilità piuttosto che non) che viene reiteratamente applicato dalla giurisprudenza anche di legittimità per la decisione nei giudizi di responsabilità professionale ⁽⁵⁹⁾.

Si rende necessario, come rileva la Suprema Corte, effettuare una valutazione di quello che avrebbe potuto essere l'esito del giudizio oggetto dell'incarico professionale stesso, in una sorta di "processo nel processo" che obbliga il giudice della causa di responsabilità professionale "a giudizi ipotetici di tipo controfattuale" (quale sarebbe stato l'esito della causa se non ci fosse stata negligenza ovvero omissione difensiva) ed a rifare fittiziamente il processo mancato ⁽⁶⁰⁾, ovviamente in base alla situazione esistente *ex ante*.

In concreto, possiamo osservare come, con tutto sommato recente decisione, la Suprema Corte ha definito i presupposti della responsabilità civile dell'avvocato per inadempimento ai doveri nascenti a suo carico dal mandato ricevuto, nel contempo deli-

⁽⁵⁷⁾ R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2002, 73.

⁽⁵⁸⁾ R. FAVALE, *op. loc. cit.*

⁽⁵⁹⁾ Trib. Torino, n. 5580, IV sez. civ., 28 dicembre 2021, n. 5580, in *Il Sole 24Ore, Modulo24_Responsabilità e risarcimento*.

⁽⁶⁰⁾ Cass., sez. III, 14 ottobre 2019, n. 25778, in *Giust. civ.*, Mass., 2019.

neando anche il perimetro e contenuto dell'onere probatorio che grava sul cliente che si professa danneggiato ⁽⁶¹⁾.

Tale orientamento, che può dirsi assolutamente consolidato, si articola nei seguenti passaggi: 1) l'asserito mancato esatto assolvimento dei doveri del mandato non è sufficiente a provare la responsabilità dell'avvocato per i danni che il cliente assume aver subito in dipendenza di esso ⁽⁶²⁾; 2) tali danni, che parimenti il cliente (*ex*, a questo punto) deve allegare e provare, richiedono necessariamente, per essere ammessi a risarcimento, la dimostrazione del loro nesso causale con la condotta colposa (commissiva e/o omissiva) dell'avvocato ⁽⁶³⁾; 3) la prova di tale nesso causale (che grava rigorosamente sul cliente/attore) è una prova positiva, ed attiene alla dimostrazione, secondo il criterio del "*più probabile che non*", che l'attività che si assume omessa ovvero inesatta oppure inadeguata, se posta in essere correttamente, il cliente avrebbe ottenuto il vantaggio auspicato ovvero avrebbe evitato il pregiudizio lamentato ⁽⁶⁴⁾.

Una prova che, inoltre, si incentra — non è superfluo evidenziarlo — sugli esiti di una valutazione della condotta del professionista integrante, necessariamente, un giudizio di carattere prognostico sul possibile esito che tale attività professionale avrebbe potuto produrre, occorrendo, come rilevato da altre decisioni, verificare se, qualora l'avvocato avesse tenuto la condotta dovuta, il cliente avrebbe avuto il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando, in mancanza, la prova del nesso causale ⁽⁶⁵⁾.

A tanto va poi aggiunto che, con ancora più recente decisione, i giudici di legittimità hanno ulteriormente precisato come la valutazione dell'inadempimento che il cliente/danneggiato imputa al suo (*ex*) avvocato risulti, inevitabilmente, influenzata dai carat-

⁽⁶¹⁾ Cass., sez. VI, 28 agosto 2020, n. 17974, in *Giust. civ.*, Mass., 2020.

⁽⁶²⁾ Cass., sez. VI, 28 agosto 2020, n. 17974, *cit.*

⁽⁶³⁾ Cass., sez. VI, 28 agosto 2020, n. 17974, *cit.*

⁽⁶⁴⁾ Cass., sez. VI, 28 agosto 2020, n. 17974, *cit.*

⁽⁶⁵⁾ Cass., sez. III, 20 marzo 2018, n. 6862, in *Giust. civ.*, Mass., 2018.; Cass., sez. III, 16 maggio 2017, n. 12038, in *Giust. civ.*, Mass., 2017, in *Giust. civ.*, Mass., 2020.

teri tipici della relativa obbligazione professionale ⁽⁶⁶⁾.

I punti in cui il ragionamento della Suprema Corte si è sviluppato sono i seguenti: i) un inadempimento, pur se provato, non è sufficiente a dimostrare la responsabilità dell'avvocato per i danni lamentati dal cliente in dipendenza di esso; ii) infatti, poiché quella dell'avvocato è una obbligazione "di mezzi" e non "di risultato", la valutazione della relativa condotta deve avvenire sulla scorta dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, il parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, comma 2 c.c., che va commisurato alla natura dell'attività esercitata, dato che il professionista non può garantire, a prescindere, il risultato favorevole che il cliente si attende ⁽⁶⁷⁾.

Al riguardo, autorevole dottrina ha osservato come la diligenza richiesta all'avvocato nell'espletamento della sua prestazione professionale si connota per rivestire caratteri indiscutibilmente peculiari ⁽⁶⁸⁾: in particolare, si afferma come i tratti distintivi della stessa vadano individuati, da un lato, in una perizia superiore alla media e, dall'altro, nell'utilizzo di ogni adeguato mezzo tecnico per lo svolgimento di tale attività, tutti elementi che attestano come dal professionista (incluso quello legale) sia lecito attendersi un impegno ben diverso, oltre che superiore, rispetto al debitore "comune" ⁽⁶⁹⁾.

Per la Suprema Corte, infatti, sulla premessa che, al fine di valutare correttamente la condotta professionale è imprescindibile considerare in modo adeguato e non superficiale ogni aspetto della specifica vicenda nell'ambito della quale l'avvocato ha prestato la sua opera ⁽⁷⁰⁾, potrà parlarsi di imperizia dell'avvocato nell'espletamento della sua opera professionale in caso di ignoranza di specifiche norme di legge, oppure di violazione

⁽⁶⁶⁾ Cass., sez. III, 28 maggio 2021, n. 15032, in *Giust. civ.*, Mass., 2021.

⁽⁶⁷⁾ Cass., sez. III, 28 maggio 2021, n. 15032, in *Giust. civ.*, Mass., 2021.

⁽⁶⁸⁾ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, 3^a ed., Milano, 2021, 29.

⁽⁶⁹⁾ C.M. BIANCA, *op. loc. cit.*

⁽⁷⁰⁾ Cass., sez. II, 9 novembre 1982, n. 5855, in *Giust. civ.*, Mass., 1982, 10-11.

delle stesse, o ancora, in presenza di questioni giuridiche su cui vi è un consolidato orientamento giurisprudenziale, fornisca alle stesse soluzioni errate in contrasto con tali orientamenti, per cui se l'avvocato sceglie una strategia difensiva che già in partenza risulti errata, versa in colpa professionale ⁽⁷¹⁾, poiché con simile condotta, dimostra incuria e/o ignoranza di leggi, oppure ancora nel caso in cui la sua negligenza e/o imperizia abbia impedito al cliente di conseguire un risultato positivo, compromettendo l'esito del procedimento avviato, risponde nei confronti del cliente per inadempimento al contratto di opera professionale ⁽⁷²⁾.

5. Considerazioni conclusive.

Alla fine di queste righe è possibile formulare alcune considerazioni sul tema oggetto di questa riflessione.

Il legale attore nella vicenda definita dalla pronuncia qui esaminata è stato, sostanzialmente, ritenuto responsabile per una scelta difensiva errata, ad avviso dei clienti, ovvero quella, in particolare, di non sollevare una eccezione di difetto di legittimazione passiva.

Orbene, premesso che, ad avviso di chi scrive, nel caso di specie — come si è provato ad evidenziare in precedenza — dal punto di vista strettamente processuale, la censura in questione atteneva al difetto di titolarità del lato passivo del rapporto obbligatorio (che, intuitivamente, è cosa ben diversa), il che — come si è visto — colloca sull'attore l'onere di provare la relativa circostanza, rientrando la stessa tra i fatti costitutivi della domanda ⁽⁷³⁾, nel caso di specie si trattava di una questione di interpretazione delle risultanze istruttorie e, conseguentemente, di scelta della linea difensiva ritenuta più confacente nel caso di specie, per cui appare evidente come la scelta difensiva dell'avvocato in questione non fosse censurabile, essendo, in realtà, una simile eccezione, niente

⁽⁷¹⁾ Cass., sez. II, 1 ottobre 2018, n. 23740, in *Giust. civ.*, Mass., 2018.

⁽⁷²⁾ Cass., sez. III, 10 giugno 2016, n. 11906, in *Guida al Diritto*, 2016, 38, 65.

⁽⁷³⁾ *Supra*, par. 3.

altro che defatigatoria, come del resto il Tribunale di Bologna, nella sua ricostruzione controfattuale, non ha mancato di osservare.

Invero, nello specifico la condotta professionale del legale in questione appare essersi conformata a quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui «L'avvocato è tenuto a studiare accuratamente la causa e ad operare con diligenza e perizia adeguate alla fattispecie sottoposta al suo esame, in modo da assicurare la soluzione che meglio tuteli il cliente»⁽⁷⁴⁾, ed evidentemente la soluzione difensiva asseritamente omessa da parte del legale non è stata ritenuta idonea a tutelare al meglio la posizione dei clienti, in ossequio a quella ricostruzione giurisprudenziale secondo cui «la responsabilità dell'avvocato resta comunque esclusa in caso di questioni rispetto alle quali le soluzioni dottrinali e/o giurisprudenziali presentino margini di opinabilità — in astratto o con riferimento al caso concreto — tali da rendere giuridicamente plausibili le scelte difensive compiute dal legale ancorché il giudizio si sia concluso con la soccombenza del cliente»⁽⁷⁵⁾, a maggiore ragione in considerazione del fatto che, sempre nella medesima decisione di merito condivisibilmente si è rilevato come risulti errata e censurabile una imputazione di responsabilità che avvenga *secundum eventum litis*, dal momento che «In ogni caso giudicare responsabile il patrocinante sulla base dell'esito vittorioso, o meno, della lite equivarrebbe a trasformare la sua obbligazione di mezzi in un'obbligazione di risultato»⁽⁷⁶⁾; in tal modo, le corti di merito appaiono condividere quanto affermato da autorevole dottrina, ovvero che l'avvocato non può essere ritenuto responsabile per le conseguenze di sue azioni (ovvero anche omissioni) che siano da ricondurre alla attività di interpretazione di disposizioni legislative ovvero alla ricostruzione e qualificazione di quanto (atto e/o fatto è indifferente) costituisce l'oggetto del giudizio⁽⁷⁷⁾, sul rilievo che, per la loro

⁽⁷⁴⁾ Trib. Trapani, sez. I, 16 agosto 2023, n. 595, in banca dati *De Jure*.

⁽⁷⁵⁾ Trib. Milano, sez. I, 16 giugno 2022, n. 5384, in *Il Sole 24 Ore, Modulo 24_Responsabilità*.

⁽⁷⁶⁾ Trib. Milano, sez. I, 16 giugno 2022, n. 5384, *cit.*

⁽⁷⁷⁾ M. FRANZONI, *Trattato della Responsabilità Civile*, diretto da M. FRANZONI, *L'il-*

intrinseca natura, dal compimento di simili attività non potrebbe mai configurarsi una responsabilità a carico dell'avvocato, fermo il fatto che, ove si dovesse sostenere il contrario, le stesse rientrerebbero nel perimetro applicativo dell'art. 2236 c.c. ⁽⁷⁸⁾.

In conseguenza, considerando che, come pure si è affermato in giurisprudenza, «il debitore “di mezzi” prova l'esatto adempimento dimostrando di aver osservato le regole dell'arte e di essersi conformato ai protocolli dell'attività, mentre non ha l'onere di provare che il risultato è mancato per cause a lui non imputabili» ⁽⁷⁹⁾, appare evidente come ritenere l'avvocato gravato dall'onere di provare che l'esito sfavorevole della lite si è prodotto per il verificarsi di un evento estraneo alla sua condotta professionale appare errato oltre che inaccettabile, in quanto, ad avviso di chi scrive, in tal modo si verrebbe ad introdurre una inammissibilmente ingiusta inversione dell'onere probatorio, paragonabile, tanto per fare un esempio — ben noto ai cultori della *medical malpractice* — all'ipotesi in cui, pur in presenza del consolidatissimo orientamento della Suprema Corte per il quale nelle controversie in tema di responsabilità medica vige la teorica del c.d. “duplice ciclo causale” ⁽⁸⁰⁾, dovesse ritenersi che il debitore della prestazione professionale (*id est*, il medico), anche nel caso in cui il danneggiato non sia riuscito a fornire la prova del c.d. “primo ciclo causale” ⁽⁸¹⁾, sia comunque tenuto a fornire la prova del c.d.

lecito, 2^a ed., Milano, 2010, 288.

⁽⁷⁸⁾ M. FRANZONI, *op. loc. cit.*

⁽⁷⁹⁾ App. Cagliari, 17 maggio 2022, n. 244, in *Il Sole 24 Ore, Il Merito*, 2022, 10, 31.

⁽⁸⁰⁾ *Leading case* in tal senso è la notissima Cass., sez. III, 18 luglio 2017, n. 18932, in *Guida al Diritto*, 2017, 38, 61, che ha affermato «Ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o insorgenza di nuove patologia per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione».

⁽⁸¹⁾ E cioè non sia stato in grado di provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o insorgenza di nuove patologia per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari.

“secondo ciclo causale”⁽⁸²⁾ per andare esente da responsabilità, ritenendolo responsabile ove tale prova non riesca a fornire.

In definitiva, nella decisione qui annotata i giudici felsinei hanno inteso mettere in evidenza la differenza (con esclusione, quindi, di ogni possibile sovrapposizione) tra l’eventuale l’inadempimento del professionista ai propri doveri professionali, per non aver posto in essere correttamente la propria prestazione professionale, ed il danno che discende, invece, da ipotetica omissione di condotte professionali, la cui sussistenza è possibile affermare solo nel caso in cui si ritenga provato che, più probabilmente che non, se l’attività di cui si contesta all’avvocato il mancato compimento fosse stata invece posta in essere, l’esito sarebbe stato favorevole al cliente⁽⁸³⁾; principio, questo, che ha un importante riflesso sulla individuazione del contenuto dell’onere probatorio che grava sul cliente in simili controversie, dal momento che, in sostanza, nella richiamata decisione il Tribunale di Bologna ha affermato che l’esito positivo del giudizio controfattuale in questione (come innanzi descritto), e cioè l’affermazione del nesso causale tra condotta e risultato (positivo ovvero negativo a seconda dell’esito di tale giudizio) costituisce prova, al tempo stesso, della sussistenza o meno di una condotta professionale dell’avvocato rispettosa della diligenza al medesimo richiesta dall’art. 1176, comma 2 c.c.⁽⁸⁴⁾. Sul punto, non appare superfluo evidenziare che anche l’avvocato che assiste un ex cliente di altro avvocato che intenda chiedere il risarcimento dei danni a quest’ultimo, per doveroso scrupolo professionale è, ad avviso di scrive, obbligato (in termini di prudenza e diligenza professionale *ex art. 1176, comma 2 c.c.*) ad “anticipare” quello stesso giudizio ipotetico controfattuale che farà il giudice per decidere la causa: l’oggetto di tale giudizio è stato ben delineato dalla Suprema Corte in una recentissima decisione, pronunciandosi proprio in una controversia identica a quella oggetto della deci-

⁽⁸²⁾ Prova consistente nel dimostrare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l’esatta esecuzione della prestazione.

⁽⁸³⁾ Trib. Bologna, sez. III, 12 maggio 2023, n. 1010, in questa *Rivista*.

⁽⁸⁴⁾ Trib. Bologna, sez. III, 12 maggio 2023, n. 1010, *cit.*

sione qui commentata (in cui, cioè, veniva contestato all'avvocato l'omesso compimento di un'attività difensiva nell'interesse del suo cliente), ha affermato «in tema di responsabilità professionale dell'avvocato, ai fini dell'accertamento di un danno risarcibile derivante dall'inadempimento dell'obbligo di informazione dell'esito sfavorevole del giudizio di primo grado, che ha determinato l'impossibilità di proseguire il giudizio in sede di impugnazione, deve essere effettuata una valutazione prognostica sull'esito che avrebbe potuto avere l'impugnazione preclusa dall'omessa informazione, da svolgersi sulla base della prevedibile strategia difensiva (anche alla luce delle eccezioni proposte e delle difese svolte nel primo grado di giudizio) e della possibilità di ottenere un risultato favorevole (anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali formati in materia)»⁽⁸⁵⁾.

Nel compiere tale valutazione prognostica, il legale è chiamato a formulare ogni più attenta valutazione, non esclusa quella relativa al potenziale rischio di dover corrispondere, in caso di esito negativo dell'azione, le spese di lite anche in favore dell'assicurazione eventualmente chiamata in garanzia dall'avvocato-convenuto, stante il noto orientamento per il quale le spese del terzo chiamato, anche se l'attore non ha dichiarato di estendere la propria domanda nei confronti di quest'ultimo, vanno poste a carico della parte attrice medesima, atteso il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, recentemente ribadito con l'affermare «Il rimborso delle spese processuali sostenute dal terzo chiamato in garanzia dal convenuto deve essere posto a carico dell'attore qualora la chiamata in causa si sia resa necessaria in relazione alle tesi sostenute dall'attore stesso e queste siano risultate infondate, a nulla rilevando che l'attore non abbia proposto nei confronti del terzo alcuna domanda. Il rimborso, peraltro, rimane, invece, a carico della parte che ha chiamato o fatto chiamare in causa il terzo qualora l'iniziativa del chiamante si rilevi

⁽⁸⁵⁾ Cass., sez. III, 19 gennaio 2024, n.2109, in *Giust. civ.*, Mass., 2024.

manifestamente infondata o palesemente arbitraria»⁽⁸⁶⁾.

L'obbligazione dell'avvocato resta una obbligazione di mezzi, e tanto non appare seriamente revocabile in dubbio, seppure non può trascurarsi di evidenziare che, come del resto ha avuto modo di affermare la giurisprudenza di legittimità, quella che nasce come obbligazione di mezzi può trasformarsi in obbligazione di risultato ove le parti si accordino in tal senso.

Infatti, l'avvocato ed il suo cliente sono assolutamente liberi di stabilire che il legale assuma l'obbligo di far conseguire, tramite l'espletamento della propria attività professionale, un determinato risultato al proprio cliente, per cui un accordo di tal fatta, è suscettibile di determinare, a carico delle parti del contratto di opera professionale, determinate conseguenze giuridiche, che in questo caso legittimamente possono dirsi prodotte *secundum eventum litis*⁽⁸⁷⁾.

In questa prospettiva, è doveroso evidenziare che ogni legale che decida di assumersi con il cliente l'impegno di fargli raggiungere quel risultato che quest'ultimo tanto agogna, deve ben tenere presente che, salvo il caso (che ovviamente anch'egli si augura) in cui il risultato pattuito venga effettivamente conseguito (eventualità in cui potrà dirsi per il medesimo sorto il diritto al conseguimento del compenso pattuito con il cliente), ben diversa risulterà la situazione (con i conseguenti potenziali riflessi economici negativi per il predetto avvocato, sia in termini di danno emergente, sia di lucro cessante) nel caso in cui il risultato non venga conseguito, non potendo neanche invocare, a propria discolta, l'eventuale caso fortuito e/o fatto di un terzo estraneo che abbia impedito il conseguimento del risultato contrattualmente pattuito. Infatti, di sicuro in caso di mancato raggiungimento del risultato "promesso", qualunque sia la causa, l'avvocato perde il diritto al compenso⁽⁸⁸⁾; ed a tale già spiacevole eventualità per l'avvocato

⁽⁸⁶⁾ Cass., sez. I, 18 aprile 2023, n. 10364, in *Guida al Diritto*, 2023, 36.

⁽⁸⁷⁾ Cass., sez. II, 11 gennaio 2010, n. 230, in *Vita not.*, 2011, I, 139.

⁽⁸⁸⁾ Rappresentando il pagamento del compenso la controprestazione del cliente sinallagmaticamente collegata al positivo assolvimento della prestazione che l'avvocato

(che avrà lavorato sostanzialmente gratis) può associarsi quella, ancora più deprecabile, di una contestazione di responsabilità professionale da parte del suo (*ex*) cliente, che gli imputa di avergli provocato un danno rappresentato dal mancato conseguimento di quel risultato che l'avvocato si era obbligato a fargli ottenere, conseguentemente chiedendogli il risarcimento, allorquando il mancato conseguimento di tale risultato venga eziologicamente ricollegato alla prestazione professionale dell'avvocato.

Allora, in un simile contesto, all'avvocato, per provare a tutelarsi al meglio possibile — ad avviso di chi scrive, ovviamente — non resta che evitare di assumersi, nel rapporto con il cliente, simili impegni, suscettibili appunto di stravolgere la natura originaria della sua obbligazione, trasformandola da obbligazione di mezzi ad obbligazione di risultato, anche perché prudenza e diligenza — indubbiamente quelle richieste dal secondo comma dell'art. 1176 c.c. — impongono al legale di tenere presente che vi sono o possono intervenire elementi e/o fattori che si pongono al di fuori della sua sfera di controllo; in ogni caso, se proprio ritiene di non poter evitare di assumere un simile impegno con il cliente, prima di farlo dovrà curare di essere munito di adeguata copertura assicurativa⁽⁸⁹⁾, esaminando con attenzione tutte le clausole della polizza, soprattutto nel caso in cui — come da prassi da tempo consolidata per le coperture della r.c. professionale — la garanzia venga prestata secondo l'ormai imperante schema *claims made*, che è noto condizionare l'operatività della copertura a tutta una serie di eventi, anche indipendenti dalla volontà dell'assicurato, e che potrebbe pertanto lasciarlo privo di copertura nonostante abbia stipulato una polizza, essendo altrettanto noto che tale schema di copertura potrebbe, nella ricorrenza di determinate condizioni nell'ambito di una fattispecie concreta, esporre il professionista a

si è contrattualmente impegnato ad eseguire, ovvero far conseguire al cliente quella specifica utilità che quest'ultimo aveva di mira.

⁽⁸⁹⁾ Come è noto obbligatoria per effetto dell'art. 12, l. 31 dicembre 2012, n. 247, i cui contenuti sono stati concretamente individuato dal d.m. 22 settembre 2016 del Ministero della Giustizia.

qualche vuoto di copertura, come del resto recentemente riconosciuto dalla Suprema Corte ⁽⁹⁰⁾, con le immaginabili conseguenze economiche negative per il malaugurato legale, esposto al rischio di un duplice pregiudizio economico ⁽⁹¹⁾.

Rischio e potenziale danno che, peraltro, in simili eventualità non potranno ritenersi illegittimi, avendo affermato infatti la Suprema Corte che la clausola *claims made* e la disciplina recata dalla norma dell'art. 2965 c.c. si pongono, tra loro, su piani diversi e non comunicanti, dato che l'anzidetta clausola si configura come delimitativa dell'oggetto del contratto, «correlandosi l'insorgenza dell'indennizzo, e, specularmente dell'obbligo di manleva, alla combinata ricorrenza della condotta del danneggiante (la vicenda storica determinativa delle conseguenze patrimoniali di cui l'assicurato intende traslare il rischio, cioè, del "danno") e della richiesta del danneggiato» ⁽⁹²⁾; il tutto non trascurando di evidenziare in ogni caso l'importanza di doversi munire di adeguata copertura assicurativa rimane ferma — come appare evidente — anche nell'ipotesi in cui l'avvocato non si sia assunto l'impegno di far conseguire un determinato risultato al cliente, visto che comunque deve cautelarsi da eventuali richieste risarcitorie del cliente in caso di esito negativo della lite che il cliente ritenga dovuto a sua responsabilità.

GIANLUCA CASCELLA

⁽⁹⁰⁾ Infatti, la recentissima Cass., sez. III, 2 febbraio 2024, n. 3123, in *www.cassazione.net*, ha chiarito che «In tema di assicurazione della responsabilità civile, la clausola "*claims made*" non integra una decadenza convenzionale, nulla ex articolo 2965 c.c. nella misura in cui fa dipendere la perdita del diritto dalla scelta di un terzo, dal momento che la richiesta del danneggiato è fattore concorrente alla identificazione del rischio assicurato, consentendo pertanto di ricondurre tale tipologia di contratto al modello di assicurazione della responsabilità civile, nel contesto del più ampio "*genus*" dell'assicurazione contro i danni ex articolo 1904 c.c., della cui causa indennitaria la clausola "*claims made*" è pienamente partecipe».

⁽⁹¹⁾ Che si troverebbe ad avere pagato una polizza che non lo copre, nonché esposto al rischio di dover risarcire i danni al cliente che il medesimo lamenta aver subito in conseguenza del suo inadempimento professionale.

⁽⁹²⁾ Cass. civ., sez. III, 22 aprile 2022, n. 12908, in *Giust. civ.*, Mass., 2022.

ABSTRACT: Il Tribunale di Bologna, nella decisione qui commentata, ha esaminato una richiesta di pagamento del compenso professionale formulata da un avvocato nei confronti di suoi ex clienti per le prestazioni professionali svolte in favore di questi in una controversia societaria attraverso due gradi di giudizio statuendo che, per pervenire ad affermare la responsabilità dell'avvocato per condotta colposa omissiva occorre formulare un giudizio prognostico circa l'esito che l'attività che si assume omissa avrebbe ottenuto se invece compiuta. Tale giudizio, seppur non richiede si addivenga al riconoscimento di una sostanziale certezza della sussistenza del nesso eziologico tra compimento dell'attività ed esito favorevole della lite, richiede quantomeno una prova che assurga al livello dimostrativo della preponderanza dell'evidenza (il criterio del "più probabile che non") perché solo in tal caso potrà dirsi dimostrata la colpa professionale dell'avvocato, per violazione dei suoi doveri di diligenza, e la conseguente esistenza di un danno risarcibile: in mancanza di simile prova, non vi è alcun margine per parlare di responsabilità professionale, né tantomeno di danni risarcibili.

ABSTRACT: *The Court of Bologna, in the decision commented on here, examined a request for payment of professional compensation formulated by a lawyer towards his former clients for the professional services carried out in favor of them in a corporate dispute through two levels of judgment, ruling that, in order to assert the lawyer's liability for negligent omission, it is necessary to formulate a prognostic judgment regarding the outcome that the activity which is assumed to have been omitted would have obtained if it had instead been carried out. This judgment, although it does not require the recognition of a substantial certainty of the existence of the etiological connection between the completion of the activity and the favorable outcome of the dispute, requires at least proof that rises to the level of demonstration of the preponderance of the evidence (the criterion of "most probable that not") because only in this case can the professional negligence of the lawyer be said to be demonstrated, due to violation of his duties of diligence, and the consequent existence of compensable damage: in the absence of similar proof, there is no margin to discuss of professional liability, nor of compensable damages.*

Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 19 aprile 2023,
n. 10483

Pres. Travaglino, Rel. Condello

Nel caso in cui nel corso del giudizio di legittimità le parti definiscano la controversia con un accordo convenzionale, la Corte deve dichiarare cessata la materia del contendere, con conseguente venir meno dell'efficacia della sentenza impugnata, non essendo inquadrabile la situazione in una delle tipologie di decisione indicate dagli artt. 382, comma 3, 383 e 384 c.p.c. e non potendosi configurare un disinteresse sopravvenuto delle parti per la decisione sul ricorso e, quindi, una inammissibilità sopravvenuta dello stesso (1).

(1) La cessazione della materia del contendere: una figura dai confini ancora troppo incerti

SOMMARIO: 1. Una vicenda complessa ed un esito processuale atipico. — 2. Profili ricostruttivi di un fenomeno ancora in parte sconosciuto. — 3. La mors litis tra tipicità ed atipicità. — 4. Uno sguardo d'oltralpe: figure affini nel sistema francese. — 5. Rito o merito? Prevalenza dello strumento processuale o del principio dispositivo? Una questione da sempre dibattuta. — 6. Transazione e processo: un rapporto non sempre pacifico.

1. Una vicenda complessa ed un esito processuale atipico.

La controversia in esame trae origine da un procedimento penale, all'esito del quale veniva cassata con rinvio la decisione della Corte d'appello con cui era stata pronunciata la condanna dell'imputato alla pena detentiva, oltre che al risarcimento dei

danni civili derivanti da reato. In dettaglio, la decisione impugnata era annullata, *ex art. 622 c.p.p.*, ai soli effetti civili. Il giudizio veniva, così, riassunto dinanzi alla Corte d'appello competente per valore, la quale condannava il soggetto nel frattempo prosciolto penalmente alla corresponsione di un'ingente somma di denaro, comprensiva non solo delle spese del procedimento penale, ma anche di quelle del giudizio civile di rinvio.

Avverso tale ultima pronuncia veniva esperito ricorso per Cassazione. Ciò nonostante, il processo non giungeva ad un esito *cd. fisiologico*, poiché, nelle more del giudizio di legittimità, le parti definivano in via bonaria la controversia.

Veniva, pertanto, depositata memoria congiunta *ex art. 378 c.p.c.*, con la quale si chiedeva che venisse dichiarata la cessazione della materia del contendere per intervenuto accordo transattivo, con integrale compensazione delle spese di lite.

2. Profili ricostruttivi di un fenomeno ancora in parte sconosciuto.

La controversia in esame si caratterizza, oltre che per il fatto da cui trae origine, per la formula terminativa impiegata dalla Corte di Cassazione, ossia la declaratoria di cessazione della materia del contendere. Si tratta, anzitutto, di una fattispecie di estinzione del processo civile peculiare, poiché — attesa la mancanza, nel Codice di rito civile, di una disposizione che la preveda espressamente — è foriera di dibattiti, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza ⁽¹⁾.

La *ratio* di tale fenomeno estintivo *cd. anomalo* ⁽²⁾ va rin-

(1) Circa l'origine pretoria di tale istituto, v. A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, tomo I, Torino, 2005, 367 ss., il quale evidenzia come, per il tramite della c.m.c., sia possibile «sia possibile conformare il piano processuale-formale all'esaurimento della controversia»; similmente, B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere* (dir. proc. civ.), in *Enc. Giur.*, vol. VI, Roma, 1988, 1, il quale chiarisce come la giurisprudenza abbia enucleato «un vero e proprio istituto processuale di cui ha finito per forgiare autonomamente i contorni»; A. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere* (dir. proc. civ.), in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 225 ss.

(2) Per rifarsi alla terminologia impiegata da G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, Milano, 1972, 16.

venuta nel principio dispositivo, che consente ai privati non soltanto di avvalersi dello strumento processuale per dirimere le controversie che possano tra loro eventualmente insorgere, ma anche decidere, in un successivo momento, di porre fine al rapporto processuale, ove sopraggiunga una fattispecie modificativa, impeditiva ovvero estintiva del diritto vantato in giudizio ⁽³⁾. La *mors litis* può, pertanto, derivare da una concorde richiesta delle parti, le quali possono autonomamente forgiare il contenuto della disciplina del caso concreto, rinunciando alla pronuncia del giudice adito, il quale dovrà limitarsi a dare atto del venir meno della controversia ⁽⁴⁾.

La cessazione della materia del contendere (*hic hinde*, c.m.c.) rappresenta, così, una formula conclusiva del processo — non solo civile, ma anche amministrativo e tributario — di cui la giurisprudenza si avvale, pur non essendo ancora tipizzata nel settore civile. Da ciò derivano dubbi, in dottrina e in giurisprudenza ⁽⁵⁾, circa la natura stessa della c.m.c., nonché i suoi confini operativi. Immediata conseguenza di tale pronuncia è la cd. *inutilità*, per inattualità del relativo contenuto, della sentenza che si sarebbe dovuto pronunciare ⁽⁶⁾: dal momento che le parti hanno autonomamente posto fine alla lite, non vi sarà più la necessità, per il giudice e per i difensori, di proseguire con l'attività istruttoria, in quanto il relativo procedimento non avrà più ragion d'essere per concorde scelta delle parti ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Si pensi alla transazione che venga stipulata nelle more del giudizio, la quale si andrà a porre quale nuova (in quanto sopravvenuta) e, soprattutto, autonoma fonte di regolazione del relativo rapporto sostanziale. Circa tale profilo v. *amplius infra* § 5.

⁽⁴⁾ Ad esempio nel caso in cui, nelle more del giudizio, avvenga il pagamento del debito e, quindi, l'estinzione dell'obbligazione pecuniaria da cui era originata la lite.

⁽⁵⁾ Su cui v. *amplius infra* § 4.

⁽⁶⁾ Circa tale profilo, v., per tutti, G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, cit., 47 ss.; v. *amplius* A. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 225; B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 2, il quale chiarisce come la c.m.c. vada dichiarata ove le parti abbiano provveduto, mediante il raggiungimento di un autonomo accordo, a «eliminare l'originario contrasto».

⁽⁷⁾ A. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 226.

Con la declaratoria di c.m.c. ⁽⁸⁾, il giudice si limita a dare atto ⁽⁹⁾ di un fatto volontario ⁽¹⁰⁾, sopravvenuto all'instaurazione della controversia che consente di ritenere quest'ultima ormai esaurita. Tra le sopravvenienze, rilievo preminente è assunto dall'avvenuto raggiungimento di un accordo mediante il quale le parti, fissando la nuova disciplina che dovrà informare i relativi rapporti sul piano sostanziale, pongono fine alla lite tra loro precedentemente insorta.

Come evidenziato da autorevole dottrina, la c.m.c. rappresenta una forma di «conclusione senza decisione» del procedimento in funzione di una sopravvenuta superfluità dell'accertamento della «concreta volontà della legge», poiché sostituita da un sopravvenuto consenso tra le parti ⁽¹¹⁾.

Costituendo la c.m.c. una fattispecie estintiva di matrice prettamente pretoria, alquanto copiosi sono stati gli sforzi ermeneutici compiuti dalla giurisprudenza, soprattutto di legittimità, per delinearne i caratteri essenziali; spesso, tuttavia, dando vita a contrasti, financo di natura sistematica, tra le singole Sezioni della Corte di Cassazione. Fin dalla sua “*genesis*” giurisprudenziale, negli anni '50 del secolo scorso ⁽¹²⁾, diverse sono state le posizioni assunte tra

⁽⁸⁾ La c.m.c. viene, difatti, normalmente pronunciata con sentenza, e ciò per porre formalmente fine alla lite che, nelle more del giudizio, ha trovato autonoma composizione ad opera delle parti, vuoi mediante il raggiungimento di un accordo in sede extraprocessuale, vuoi per sopravvenuto soddisfacimento dell'interesse da cui era insorta la lite. Sulla natura dichiarativa della pronuncia in questione, v., tra gli altri, S. SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, tomo II, parte I, Milano, 1966, 426.

⁽⁹⁾ Si tratta di un meccanismo non troppo difforme da quello cd. *alla francese*, su cui v. *amplius infra* § 3.

⁽¹⁰⁾ Condizione necessaria e sufficiente per la declaratoria di c.m.c. è la coincidenza soggettiva tra le parti del rapporto sostanziale (sotteso al giudizio ed in relazione al quale viene a identificarsi la *res controversa*) e quelle del rapporto processuale.

⁽¹¹⁾ B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 2; dello stesso Autore, v. anche *Lineamenti del processo civile italiano*, tomo II, Milano, 2021, 80, in cui la c.m.c. viene definita quale «speciale pronuncia di chiusura del processo senza vincitori né vinti, creata dalla giurisprudenza nel silenzio del codice, che ha luogo per il sopravvenire di situazioni che eliminano la ragione del contendere delle parti, facendo così venir meno l'interesse ad agire e a contraddire».

⁽¹²⁾ Cass. civ., Sez. Un., 19 gennaio 1954, n. 92, in *Giust. civ.*, 1954, 67. Viene, tuttavia, rilevato da F. MASÈ DARI, *Funzioni e caratteri del ricorso condizionato e riflessi sulle spese e sorti del deposito*, in *Foro it.*, 1942, 1110 ss., che, in realtà, vi era una prassi

gli studiosi: da una parte è stata (e continua ad essere) ritenuta una pronuncia di rito, esclusivamente connessa all'interesse ad agire *ex art 100 c.p.c.* ⁽¹³⁾; dall'altra – ed è questo l'orientamento che ha, di recente, trovato maggior favore – viene considerata una declaratoria che, tenendo conto dell'evoluzione della vicenda sostanziale, si pronuncia sul merito della controversia.

3. La *mors litis* tra tipicità ed atipicità.

Il Codice di rito civile prevede espressamente due forme di estinzione del processo, la rinuncia agli atti e l'inattività delle parti. Ciò nonostante, la prassi fa quotidiano impiego della c.m.c., la quale presenta dei tratti differenziali rispetto alle fattispecie estintive tipicamente previste dalla legge.

A differenza di quest'ultime, la c.m.c. pare, a prima vista, collocarsi in una posizione intermedia, tra il merito ed il rito, poiché sembra compendiare le caratteristiche di entrambe: in tutte queste ipotesi, vengono in rilievo la materiale disponibilità sia delle situazioni giuridiche soggettive sia, soprattutto, dell'esito del rapporto processuale che ne deriva.

Con la rinuncia agli atti, le parti formalizzano, al cospetto del giudice, il raggiungimento di un accordo, il cui contenuto è, tuttavia, circoscritto a quella specifica vicenda processuale; pur rinunciando *ex art. 306 c.p.c.*, l'attore può, comunque, riproporre la medesima azione in un successivo momento. Al contrario, con la declaratoria di c.m.c., il giudice si limita a prendere atto e, così, a dichiarare l'avvenuta regolazione convenzionale del rapporto sostanziale (sotteso al processo) in una sede autonoma rispetto a quella giudiziale ⁽¹⁴⁾.

pretoria che ammettesse la cessazione della materia del contendere ancor prima che le Sezioni Unite le riconoscessero «*dignità di istituto processuale*». Così A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., 368.

⁽¹³⁾ La domanda sarebbe, in tal caso, volta a contestare esclusivamente la sopravvenuta carenza di interesse.

⁽¹⁴⁾ Come chiarito da autorevole dottrina, l'atto di rinuncia *ex art. 306 c.p.c.* e la c.m.c. vanno tenuti ben distinti, afferendo a due *species* tra loro non sovrapponibili. Così B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 1; allo stesso modo, S. SATTÀ,

Pur ricorrendo, in entrambe le ipotesi, un'ottica prettamente negoziale nella gestione della lite, nello specifico caso della c.m.c. il contenuto dell'accordo è assai più ampio (per così dire "globale"), in quanto con esso le parti possono disporre, nella sua interezza, della *res*, ormai non più controversa.

Per converso, le fattispecie estintive di inattività processuale sono figure sintomatiche di una, spesso precisa, scelta dei difensori a carattere puramente cd. *processuale* ⁽¹⁵⁾: in tal caso, la mera diserzione a più udienze successive darà luogo all'estinzione del processo, a prescindere dal concreto esperimento di attività difensiva. L'inattività processuale può, tuttavia, derivare da motivazioni di natura sostanziale sottese alla comune volontà di porre fine alla lite: si pensi all'ipotesi (invero, non infrequente nella prassi) in cui le parti, pur avendo, *pendente lite*, già raggiunto un accordo conciliativo, non mostrino più alcun interesse alla materiale prosecuzione del giudizio e manifestino tale loro scelta non presenziando alle successive udienze ⁽¹⁶⁾. In entrambi i casi di cui agli artt. 306 e 307 c.p.c., presupposto indefettibile è l'accordo conciliativo raggiunto autonomamente dalle parti, prescindendo dalla vicenda processuale.

Diversamente, la declaratoria di c.m.c. non contiene l'attribuzione, ovvero la negazione, di un bene della vita, ma l'esclusivo accertamento di una circostanza sopravvenuta (ad esempio, una con-

Commentario al codice di procedura civile, cit., 426; A. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 227.

⁽¹⁵⁾ Salvi, ovviamente, i casi (comunque assolutamente infrequenti nella prassi, ma non per questo, in linea teorica, da escludersi) nei quali, in considerazione delle contingenze del caso concreto, i difensori omettano di presenziare alle udienze per motivi che, di fatto, esulano da una precisa tattica difensiva: si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle impossibilità dovute agli enormi carichi di udienze cui i difensori soggiacciono quotidianamente: così come (rimanendo in tema) a possibili sovrapposizioni di orari di udienze che verranno celebrate in diverse sezioni del medesimo ufficio giudiziario, e quest'ultimo non sia di dimensioni propriamente piccole.

⁽¹⁶⁾ Fenomeno, quest'ultimo, che, a ben guardare, ove a disertare le udienze siano entrambe le parti di comune accordo, potrebbe loro convenire "economicamente", nel senso che una pronuncia estintiva di tal fatta condurrà, con molta probabilità, ad una compensazione delle spese di lite, così evitando un'eventuale condanna alla refusione delle stesse secondo il principio della cd. *soccombenza virtuale*, su cui v. *infra* in questo §.

ciliazione) che, rendendo superflua la pronuncia giurisdizionale, è in grado di determinare la conclusione del procedimento. Come chiarito da autorevole dottrina, in tal caso il giudice deve astenersi dal compimento di ulteriore attività istruttoria, poiché le parti rappresentano congiuntamente che la lite non è più in essere ⁽¹⁷⁾.

Altro profilo che distingue la c.m.c. dalle fattispecie estintive tipiche è riscontrabile nelle more dei giudizi di impugnazione: naturale effetto della *mors litis* in sede di gravame, *ex artt.* 338 e 391 c.p.c., è il passaggio in giudicato della pronuncia gravata; per converso, immediata conseguenza della c.m.c. è il sopravvenuto difetto di efficacia della sentenza impugnata, il cui contenuto è da ritenersi *tamquam non esset*, come se, appunto, non fosse mai stata emessa ⁽¹⁸⁾.

Per quanto attiene alle spese processuali, nel giudizio di legittimità ⁽¹⁹⁾ si rinviene una certa affinità con la c.m.c.: a mente del quarto comma dell'art. 391 c.p.c., ove l'estinzione derivi dalla rinuncia del ricorrente, questi non è condannato alla refusione delle spese di lite qualora alla rinuncia medesima abbia fatto seguito l'accettazione di controparte ⁽²⁰⁾.

Ove venga, piuttosto, dichiarata la c.m.c., il criterio che il

⁽¹⁷⁾ B. SASSANI, *Lineamenti*, cit., 128; G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, cit., 91.

⁽¹⁸⁾ Conformemente a tale ricostruzione, in dottrina, v. A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., 369 e F.P. LUISO, *L'attività istruttoria nel giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 262 ss.; A. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 230 ss.

⁽¹⁹⁾ Il procedimento dinanzi alla Corte di Cassazione è, difatti, disciplinato da regole differenti da quelle dettate per il giudizio d'appello, il quale è modellato, in virtù del rinvio operato dall'art. 359 c.p.c., sulle norme regolatrici del giudizio di primo grado. "in quanto compatibili".

⁽²⁰⁾ Come, tra l'altro, precisato da Cass. civ., Sez. Lav., 4 luglio 2022, n. 21103. Il provvedimento adottato, in tal caso, dalla Corte è un'ordinanza collegiale. In dottrina, questo viene assimilato al provvedimento emesso *ex art.* 306, terzo comma c.p.c. Così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 296; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, tomo II, Napoli, 1957, 597. Salva, tuttavia, l'ipotesi nella quale la controparte abbia proposto ricorso incidentale, e non intenda a sua volta rinunciarvi: in tale ipotesi, si ritiene che la Corte debba pronunciare sentenza sia sulla rinuncia al ricorso principale che sulle questioni poste con il ricorso incidentale. Così F. TERRUSI, *Il ricorso per Cassazione nel processo civile*, Torino, 2004, 214.

giudice dovrebbe ⁽²¹⁾ impiegare è quello della cd. *soccombienza virtuale* ovvero *ipotetica* ⁽²²⁾: gli oneri economici connessi all'attivazione dello strumento processuale dovranno essere sostenuti dalla parte che, sulla base di un giudizio valutativo di tipo prognostico-probabilistico circa la fondatezza nel merito della pretesa (come se non fosse intervenuta la transazione ⁽²³⁾), sarebbe risultata soccombente. Il giudice è tenuto, così, a valutare l'eventuale fondatezza dell'originaria pretesa, ma ciò esclusivamente ai fini della condanna alle spese processuali ⁽²⁴⁾.

Sempre in sede di legittimità è possibile cogliere ulteriori peculiarità circa la natura della c.m.c. nell'ambito del processo civile: in tal caso, secondo il più recente orientamento pretorio ⁽²⁵⁾, il contenuto della decisione della Suprema Corte non può essere ricondotto a nessuna delle formule terminative di cui agli artt. 382, 383 e 384 c.p.c.

⁽²¹⁾ L'uso del condizionale deriva dal fatto che, molto spesso, i giudici omettono di impiegare il criterio della soccombienza virtuale nell'allocatione delle spese processuali, cedendo il passo al (più comune, in quanto rapido) criterio della compensazione.

⁽²²⁾ E. GARBAGNATI, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 614 ss., G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, cit., 84 ss.; B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, op. cit., 4; A. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 234.

⁽²³⁾ C. MANCUSO, *Il rilievo della transazione nel processo: il punto della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 461 ss. va, inoltre, segnalato che una parte della giurisprudenza, nell'escludere la formazione del giudicato sulle questioni oggetto della controversia poi transatta, riconosce pertanto la possibilità di riproporre le stesse in un successivo giudizio. Così Cass. civ., Sez. III, 31 agosto 2015, n. 17312, secondo cui «La declaratoria di cessazione della materia del contendere o la valutazione di soccombienza virtuale per la liquidazione delle relative spese di lite non sono idonee ad acquistare autorità di giudicato sul merito delle questioni oggetto della controversia, né possono precluderne la riproposizione in diverso giudizio».

⁽²⁴⁾ Ciò proprio in quanto, come qui si sostiene, la pronuncia di c.m.c. afferisce al merito *stricto sensu* della controversia. Così A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2001, 241 ss. Circa tale profilo v. *amplius infra* §§ 4 e 5.

⁽²⁵⁾ Cass. civ., Sez. V, 6 agosto 2020, n. 16755; Cass. civ., Sez. Lav., 6 marzo 2020, n. 6442; Cass. civ., Sez. Un., 25 giugno 2019, n. 16980; Cass. civ., Sez. VI, 6 marzo 2019, n. 6444; tuttavia, *contra*, v. Cass. civ., Sez. Un., 11 dicembre 2003, n. 18956 e Cass. civ., Sez. Un., 1° dicembre 2010, n. 24304, che ricomprendevano la c.m.c. nell'alveo della decisione di cui all'art. 382, terzo comma c.p.c.

In primis, la sentenza che dichiara la c.m.c. in Cassazione non è suscumbibile nella fattispecie di cui all'art. 383 c.p.c. in quanto, in questo caso, il collegio di legittimità, anziché procedere allo scrutinio dei motivi del ricorso, deve limitarsi *sic et simpliciter* a prendere atto della sopravvenuta e concorde risoluzione della lite, omettendo pertanto qualsiasi indagine sul ricorso introduttivo.

Per converso, il terzo comma dell'art. 382 c.p.c. prevede (come, del resto, anche nel caso di c.m.c.) una causa di non proseguibilità del processo; tale ipotesi di Cassazione senza rinvio *ex art. 382 cit.* differisce, tuttavia, dalla c.m.c. per il fatto che il vizio processuale, da cui sia asseritamente affetta la pronuncia impugnata, non sia stato accertato nelle precedenti fasi di merito del medesimo giudizio. La c.m.c., invece, è giustificata da una sopravvenienza successiva (anziché anteriore⁽²⁶⁾) al deposito della sentenza assoggettata al giudizio di legittimità e che, quindi, né il giudice, né tantomeno le parti potevano prevedere al momento dell'emanazione della sentenza poi impugnata.

La Cassazione cd. *sostitutiva* di cui all'art. 384 c.p.c., invece, pur attenendo al merito della controversia, tuttavia si discosta dalla c.m.c. poiché presuppone il preventivo esame dei motivi del ricorso; esame che, nel caso di eteronoma composizione della disputa *pendente lite*, non è più necessario e, anzi, è di fatto precluso dal raggiungimento dell'accordo.

4. Uno sguardo d'oltralpe: figure affini nel sistema francese.

Un meccanismo alquanto simile alla c.m.c. è rinvenibile nell'ordinamento giuridico francese, il quale ammette il *jugement de donné acte*, ossia una pura e semplice constatazione giudiziale, avente la forma di processo verbale, della concorde volontà delle parti di porre fine alla lite. L'estinzione di quest'ultima deriva, così, non tanto dalla pronuncia del *juge*, quanto piuttosto dal meccanismo negoziale di risoluzione della controversia.

⁽²⁶⁾ Proprio come avviene nel caso di cui alla Cassazione senza rinvio di cui all'art. 382, terzo comma c.p.c.

Si tratta, in particolare, di una pronuncia ricompresa nell'ambito della giurisdizione volontaria (cd. *matière gracieux*): il giudice francese, pertanto, deve — come nel caso della c.m.c. — limitarsi a prendere atto dell'accordo già intercorso tra le parti, il cui esclusivo interesse è quello di ottenerne l'omologazione (27).

Nel fare ciò, il giudice non dovrà applicare le norme di diritto, ma sarà esclusivamente tenuto a valutare la conformità dell'accordo medesimo al dettato normativo (28).

5. Rito o merito? Prevalenza dello strumento processuale o del principio dispositivo? Una questione da sempre dibattuta.

Come si è fin qui tentato di esporre, sono ancora forti i contrasti, in dottrina e in giurisprudenza, relativamente ai profili ricostruttivo-applicativi della declaratoria di c.m.c.

A tal fine, si tenga presente che le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno, in più occasioni, radicalmente mutato il proprio convincimento in ordine alle conseguenze derivanti dalla c.m.c.: stante, comunque, l'assenza di contrasto in ordine alla natura dichiarativa della sentenza in esame (29), la c.m.c. veni-

(27) In ciò distinguendosi dalla *pèremption d'instance*, ossia una fattispecie che, come l'inattività *ex art. 307 c.p.c.*, presuppone la mera inerzia delle parti; ma che, diversamente da quanto previsto nell'ordinamento processuale italiano, non può essere *ex officio*, ma presuppone comunque una manifesta presa di posizione delle parti, in quanto dirette interessate alla vicenda processuale.

(28) CHAINAIS – FERRAND – MAYER - GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et special du procès civil, MARD et arbitrage*, Parigi, 2022, 832 ss.; J. HÉRON - T. LE BARS - K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 2019, 990; H. SOLUS-R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, III, *Procédure de première instance*, Parigi, 1991, 992; R. PERROT, *Le «donné acte»: notion et portée*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Parigi, 1997, 744.

(29) Che, com'è già *ictu oculi* evidente, non è fisiologicamente in grado di costituire una nuova situazione giuridica soggettiva, ovvero di condannare una parte ad una data prestazione di dare, *facere*, ovvero non *facere*. Allo stesso modo, la pronuncia di c.m.c. non può neppure contenere la condanna ad un *pati*, proprio perché, in virtù della medesima *ratio* che informa l'istituto in parola, la declaratoria di c.m.c. rinviene la propria fonte nell'accordo tra privati i quali hanno inteso regolare la vicenda sostanziale in via del tutto autonoma rispetto al possibile esito del *medium* processuale; A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere*, cit., 121 ss.

va, in un primo momento, considerata una pronuncia prettamente di rito ⁽³⁰⁾; il più recente orientamento, per converso, ritiene tale pronuncia in grado di incidere sul merito della controversia ⁽³¹⁾. Dalle diverse ricostruzioni prospettate in giurisprudenza e talora confermate in dottrina, derivano altrettanto dicotomiche conseguenze.

Ove intesa (come, difatti, accadeva in precedenza) quale pronuncia afferente al rito, alla pronuncia di c.m.c. si faceva derivare la sopravvenuta inammissibilità della domanda originaria, per ritenuto difetto di interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c. ⁽³²⁾; diretta conseguenza di tale ricostruzione era l'impossibilità della formazione del giudicato sostanziale *ex art.* 2909 c.c., in ragione dell'omesso esame, da parte del giudice, del merito della controversia. Secondo tale ricostruzione, il giudicato sarebbe limitato all'accertamento della sopravvenuta carenza di interesse alla prosecuzione del giudizio ⁽³³⁾. Difatti, come evidenziato dalla Supre-

⁽³⁰⁾ Cass. civ., Sez. Un., 28 settembre 2000, n. 1048, con nota di F. AULETTA, *Quando si dice che un accordo è meglio di una causa vinta: la moltiplicazione dei diritti dell'attore per effetto della dichiarazione di adesione del convenuto all'originaria pretesa contro di lui*, in *Giust. civ.*, 2000, 2817 ss.; A. SCALA, *Sulla dichiarazione di cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Foro it.*, 2001, 954 ss.

⁽³¹⁾ Cass. civ., Sez. Un., 11 aprile 2018, n. 8980, con nota di A. SCALA, *"Eppur si muove...": le Sezioni Unite riconoscono la natura di merito della sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere per intervenuta transazione*, in *Foro it.*, 2019, 2916 ss.; A. MONDINI, *Notazioni sulla cessazione della materia del contendere in Cassazione, ibidem*, 2915; circa la natura di merito della pronuncia di c.m.c. si era, da subito, schierato sempre A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere*, cit., 287 ss.

⁽³²⁾ Tale ricostruzione non è condivisa neppure anche da A. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 225, il quale evidenzia che si tratterebbe di un ricorso improprio alla fattispecie di cui all'art. 100 c.p.c., poiché rilievo preminente è assunto dalla concreta volontà delle parti, anziché da un mero requisito processuale.

⁽³³⁾ Ancorché, già prima di Cass. civ., Sez. Un., n. 1048/2000 cit., già in sede di legittimità, non vi fosse uniformità di vedute circa la natura – di rito ovvero di merito – della sentenza dichiarativa della c.m.c.: un chiaro esempio è fornito da Cass., Sez. Lav., 11 marzo 1997, n. 2161, in cui si è affermata la piena equivalenza della pronuncia di c.m.c. ad una decisione di merito (in particolare, di rigetto della domanda). Diretta conseguenza di tale ricostruzione è, pertanto, la formazione di un giudicato sul merito, in quanto tale preclusivo della proposizione di un secondo giudizio avente ad oggetto la medesima situazione sostanziale già oggetto della controversia conclusasi con la pronuncia di c.m.c.

ma Corte, l'interesse ad ottenere una pronuncia giurisdizionale deve, in realtà, sussistere per tutta la durata del processo: dalla proposizione della domanda sino all'emissione della sentenza (34). A ben guardare, può obiettarsi che, ancorché le parti abbiano già autonomamente posto fine alla lite tra loro precedentemente insorta (per volontaria estinzione del debito lamentato, ovvero mediante transazione), ciò non vale ad escludere il loro interesse alla una pronuncia giurisdizionale; interesse che, anzi — mediante la loro concorde istanza volta ad ottenere una sentenza dichiarativa della c.m.c. — continua a sussistere proprio per il fatto che le stesse intendono, comunque, proseguire il giudizio il cui esito sarà (presumibilmente) una pronuncia che — dichiarando la c.m.c. (35) — consenta di ritenere, a seconda delle circostanze, il debito estinto (36) ovvero (ed è questa l'ipotesi che qui maggiormente interessa) la sopravvenuta transazione quale unica fonte di disciplina del rapporto sostanziale (37).

La ricostruzione in tali termini operata dalle Sezioni Unite nel 2000, oltre a risultare ormai anacronistica, dà, a ben guarda-

In tale ricostruzione, fondata sulla distinzione tra rinuncia agli atti e rinuncia all'azione, la Corte di Cassazione, tuttavia, ricomprendeva la c.m.c. nell'ambito della seconda categoria, poiché erroneamente la equiparava ad una sentenza di rigetto della pretesa; *contra*, v. Cass. civ., Sez. Lav., 6 maggio 1998, n. 4583; Cass. civ., Sez. I, 3 marzo 2006, n. 4714; Cass. civ., Sez. V, 24 gennaio 2018, n. 1695, in dottrina, v. C. MANCUSO, *Il rilievo della transazione nel processo*, cit.

(34) In dottrina, è assai diffuso il convincimento per cui il sopravvenuto componimento transattivo della lite, determinando l'inutilità di una pronuncia sul merito della controversia, faccia inevitabilmente venire meno l'interesse ad agire delle parti. Così C. MANCUSO, *Il rilievo della transazione nel processo*, cit.; in giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. III, 25 febbraio 2015, n. 3598; Cass. civ., Sez. Lav., 8 novembre 2007, n. 23289; Trib. Salerno, 11 febbraio 2015, n. 621; al contrario, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande, I, Struttura e funzione*, Padova, 1985, 448 ss. manifestava, almeno in un primo momento, perplessità sull'eccessiva dilatazione delle ipotesi riconducibili alla c.m.c.; lo stesso Autore, in un secondo momento, qualifica la c.m.c. come una pronuncia in grado di incidere sul merito della controversia. Così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*¹², II, Torino, 2019, 278.

(35) In questi termini, tra l'altro, si pronuncia Cass. civ., Sez. un., 11 aprile 2018, 8980, cu cui v. *amplius infra* in questo §.

(36) B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 2.

(37) Tale ultima lettura è condivisa da B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 2.

re, la stura a non poche questioni: si noti, ad esempio, come la presa d'atto, da parte del giudice (specialmente in sede di impugnazione), della c.m.c. comporti la rimozione, per sopravvenuta inefficacia⁽³⁸⁾, di tutte le precedenti pronunce non ancora passate in giudicato. E ciò proprio per attribuire preminente rilievo alle scelte volontariamente operate dai privati, anche a discapito dei “risultati” raggiunti in sede processuale.

In ragione di ciò, nel 2018, le Sezioni Unite hanno profondamente mutato il proprio convincimento, ritenendo — più correttamente — che la declaratoria di c.m.c. vada ad incidere sul merito della controversia⁽³⁹⁾. In virtù di tale ricostruzione, si ammette, pertanto, l'idoneità della declaratoria di c.m.c. a dare vita ad un giudicato di merito in ordine alla pretesa sostanziale azionata⁽⁴⁰⁾, con la conseguenza che l'azione precedentemente fatta valere non potrà essere successivamente riproposta nei medesimi termini, in quanto consumata dall'accordo convenzionale mediante il quale è stata composta la lite⁽⁴¹⁾. Da ciò deriva che — salvo il caso

⁽³⁸⁾ Cass. civ., Sez. II, 23 aprile 2015, n. 8309, in *Guida al diritto*, 2015, 29, 58; Cass. civ., Sez. I, 13 settembre 2007, n. 19160, con nota di A.V. GUCCIONE, in *Giur. comm.*, 2009, II, 54.

⁽³⁹⁾ Nello stesso senso, F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, tomo II, Milano, 2020, 461 ss.; A. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 226, parla espressamente di «*rigetto della domanda giudiziale*» per c.m.c.

⁽⁴⁰⁾ Per la Suprema Corte, a Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 11 aprile 2018, n. 8980), «il giudicato che nascerà dalla sentenza avrà ad oggetto l'accertamento che la controversia è regolata dall'accordo transattivo», e ciò tanto nel caso in cui la transazione sia individuata dalle parti, quanto nell'ipotesi nella quale la stessa non venga allegata in atti, ritenendosi pertanto sufficiente la mera dichiarazione delle parti di aver composto la lite in sede extraprocessuale e prescindendo dal suo effettivo contenuto. Circa tale profilo, v. *contra* C. MANCUSO, *Il rilievo della transazione nel processo*, cit., per la quale il giudice è tenuto anche a valutare la validità e, più in generale, l'attitudine della transazione a risolvere la lite.

⁽⁴¹⁾ In questi precisi termini si esprime anche la più recente giurisprudenza non solo di legittimità, ma anche di merito: premessa la distinzione tra rinuncia agli atti *ex art.* 306 c.p.c. e rinuncia all'azione, ancorché quest'ultima non sia espressamente prevista dal Codice di rito, viene comunque ammessa sulla base del «principio di disponibilità del diritto di azione». La rinuncia all'azione in appello, in particolare, comporta l'impossibilità di riproporre la medesima domanda in un successivo giudizio, «ed è equivalente, quanto agli effetti, ad un rigetto nel merito della domanda, che non ammette per sua natura un interesse contrario nella controparte». Così App. Salerno, Sez. I, 6 giugno 2023, n. 755, in

della risoluzione della transazione ⁽⁴²⁾ — le situazioni sostanziali eventualmente azionabili saranno esclusivamente quelle nascenti dall'accordo medesimo.

Tale profilo è stato analizzato anche dalla più recente dottrina, la quale evidenzia come la sentenza che accogliesse la domanda originariamente proposta, nonostante la sopravvenuta conciliazione stragiudiziale della controversia, sarebbe resa *contra ius* e, pertanto, a parere di chi scrive, censurabile in sede di legittimità *ex art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c.*: con la conclusione dell'accordo transattivo avente ad oggetto diritti disponibili, le parti hanno deliberatamente fissato la nuova *regula iuris* che dovrà informare i rapporti giuridici tra loro intercorrenti ⁽⁴³⁾.

A ciò si aggiunga che, come tra l'altro confermato dalla giurisprudenza amministrativa ⁽⁴⁴⁾ e da quella tributaria ⁽⁴⁵⁾, a differenza di quanto accade nel processo civile, la c.m.c. è espressa-

www.dejure.giuffrè.it.

⁽⁴²⁾ Transazione che, in quanto atto dispositivo rimesso all'autonomia privata con cui viene modificata, regolata ovvero estinta la preesistente situazione giuridica sostanziale, determina un'indagine giudiziale circa la persistenza del diritto in contesa, con ciò dando luogo ad un accertamento in punto di merito (e non limitato al mero profilo di rito). Così A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., 370.

⁽⁴³⁾ Tenendo a mente il disposto dell'art. 1372 c.c., in virtù del quale il contratto ha «forza di legge tra le parti», può agevolmente ricavarsi che ove la nuova fonte di regolamentazione della situazione sostanziale (che aveva precedentemente costituito oggetto della *res* litigiosa e sulla quale si è, in un successivo momento, raggiunto l'accordo delle parti) sia stabilita dalle parti medesime, sarebbe quantomeno illogico, oltre che inopportuno, che un provvedimento reso da un terzo, ossia il giudice, possa contenere una statuizione difforme in ordine ad una vicenda giuridica che è già stata amichevolmente composta dai soggetti direttamente interessati.

⁽⁴⁴⁾ Il cui quinto comma prevede espressamente che: «Qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere». L'art. 34 cit. è una disposizione che, già solo per la sua collocazione, consente di distinguere la c.m.c. dalle «Pronunce di rito» e da quelle «interlocutorie» di cui ai successivi artt. 35 e 36 d.lgs. n. 104/2010. In senso conforme, v. Cons. Stato, Sez. VI, 1° aprile 2019, n. 2143; Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2019, n. 1769; Cons. Stato, Sez. VI, 8 marzo 2019, n. 1765.

⁽⁴⁵⁾ Circa tale profilo, v. *amplius* A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2002, 86 ss. e 158 ss.; G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, cit., 121 ss.; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., 367 ss.

mente prevista dalla legge quale fisiologica fattispecie estintiva del giudizio afferente al merito della controversia. Il Consiglio di Stato, difatti, a tal fine, distingue nettamente la c.m.c. dalla sopravvenuta carenza di interesse. La norma di riferimento, nel processo amministrativo, è l'art. 34, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, la cui rubrica (non a caso) si riferisce alle "Sentenze di merito" (46). Analoghe conclusioni valgono anche per il rito tributario, il cui *corpus* normativo (il d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546) contiene, all'art. 46, una previsione dal contenuto affine (47) a quello dell'art. 34 cit. In entrambi i casi, la natura pubblicistica dei rapporti sostanziali oggetto della contesa non vale, a parere di chi scrive, a determinare, nel processo civile, la mera afferenza al rito della declaratoria di c.m.c.

6. Transazione e processo: un rapporto non sempre pacifico.

Quanto al rapporto tra transazione (48) e processo, principio dispositivo da una parte e mezzo processuale dall'altra, va osservato come, anteriormente all'intervento delle Sezioni Unite del 2018, la Corte di Cassazione reputasse necessario l'accertamento giudiziale non solo dell'effettiva conclusione del negozio, ma anche della sua validità ed efficacia (49). Le problematiche con-

(46) Da notare come, già la stessa l. 6 dicembre 1971, n. 1034, all'art. 23, espresamente prevedesse la c.m.c. quale fattispecie tipica di chiusura del procedimento in cui fosse parte una PA. Sul punto, v. E. D'APUZZO, *La cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo*, Napoli, 2017, 36 ss. e 90 ss.

(47) Cass. civ., Sez. V, 20 ottobre 2022, n. 31079, in *Giust. civ. Mass.* 2022; Cass. civ., Sez. V, 11 agosto 2022, n. 24715; v. soprattutto, Cass. civ., Sez. V, 16 febbraio 2022, n. 5098.

(48) Su cui v. A. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere*, op. cit., 225 ss. e 230 ss., in cui si ammette pacificamente come la transazione possa sopravvenire, ed essere così allegata in atti, in tutte le fasi del giudizio; v., inoltre, T. DALLA MASSARA, *Le sezioni unite si pronunciano in tema di cessazione della materia del contendere in seguito a transazione*, in *Corr. giur.*, 2000, 1181.

(49) Cass. civ., Sez. Un., 26 luglio 2004, n. 13969; Cass. civ., Sez. Lav., 12 luglio 1984, n. 4079, in *Giust. civ.*, 1985, 2023, secondo cui: «Qualora le parti abbiano concluso una transazione giudiziale, si ha cessazione della materia del contendere, nonostante eventuali, contrastanti conclusioni da quelle formulate, se il giudice, secondo il proprio apprezzamento, abbia accertata la conclusione del negozio e questo sia valido ed effica-

nesse ad una siffatta verifica sono state superate solo di recente: la mera allegazione in atti dell'avvenuto raggiungimento di un accordo ⁽⁵⁰⁾ è, oggi, ritenuta sufficiente (oltre che necessaria) ai fini della declaratoria di cessata materia del contendere, così da consentire al giudice di prendere atto della nuova, eteronoma fonte di disciplina del rapporto sostanziale ⁽⁵¹⁾.

Ove il giudice, poi, non tenesse in debita considerazione la transazione nel frattempo intervenuta, ciò darebbe luogo ad un'insanabile discrasia in ordine alla concreta fonte di regolazione del rapporto sostanziale, ossia tra il contratto ovvero la sentenza.

Come si è sin qui tentato di evidenziare, a parere di chi scrive, è comunque all'autonomia dei privati che va riconosciuto carattere prevalente rispetto ad un'eventuale statuizione giudiziale ⁽⁵²⁾, di cui le parti non avvertono più il bisogno ⁽⁵³⁾. Ciò in quanto, vertendo il processo civile su situazioni cd. *disponibili*, è alla concorde volontà delle parti che dev'essere informata la disciplina del relativo rapporto sostanziale. È proprio per tale motivo che la c.m.c. può essere dichiarata anche d'ufficio ⁽⁵⁴⁾: il giudice deve, difatti, limitarsi a dare atto della sopravvenuta spontanea caducazione dell'originaria situazione di conflitto.

ce». A ben guardare, non si condividono tali conclusioni: escluse, pertanto, le ipotesi di contrarietà dell'accordo alle norme imperative, all'ordine pubblico ovvero al buon costume, il giudice non può apprezzare il contenuto dell'accordo autonomamente concluso dalle parti, così da comportare — ove le relative conclusioni non fossero state ritenute dal giudice idonee a porre fine alla contesa — una sorta di cd. *ultrattività* della controversia che, di fatto, era da ritenersi esaurita per concorde e manifesta scelta delle parti medesime. In senso totalmente ostile alla producibilità della transazione scritta, intervenuta dopo la chiusura della trattazione in appello ovvero durante la pendenza della fase di legittimità, v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 611.

⁽⁵⁰⁾ Così come anche la semplice indicazione dei suoi elementi essenziali.

⁽⁵¹⁾ Cass. civ., Sez. III, 18 febbraio 2016, n. 3177, in *Guida dir.*, 2016, 20, 70.

⁽⁵²⁾ Tanto di accoglimento, quanto di rigetto della domanda originaria.

⁽⁵³⁾ In modo, tra l'altro, da escludere il conflitto, ancorché già solo potenziale, tra più fonti di disciplina del rapporto sostanziale. Così B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 5; A. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 227 ss.

⁽⁵⁴⁾ Circa tale profilo, v. A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere*, cit., 366; G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, cit., 27; Cass. civ., Sez. II, 3 maggio 2017, n. 10728; Cass. civ., Sez. III, 11 gennaio 2006, n. 271; Trib. Avellino, 10 giugno 1982, in *Giust. civ.*, 1983, 274 ss., con nota di M. ACONE.

Diversamente argomentando, la conciliazione (specialmente ove intervenuta dopo la precisazione delle conclusioni) rimarrebbe estranea alla valutazione giudiziale, con esiti a dir poco paradossali rispetto alla situazione di fatto venutasi a creare: evidenti sarebbero le incongruenze tra l'accertamento giudiziale e il reale assetto degli interessi facenti capo alle parti.

Sulla base di tali premesse, si condividono gli sforzi ermeneutici che, similmente a quanto avviene in Francia, fanno riferimento al cd. *ne bis in idem transactum* ⁽⁵⁵⁾: così come l'art. 2052 c.p.c. francese ammette la cd. *autorité de la chose transigée* ⁽⁵⁶⁾, allo stesso modo la possibilità di esperire l'eccezione di transazione ⁽⁵⁷⁾ rappresenta, anche nel nostro sistema processuale, uno strumento di assoluto rilievo ai fini di un'assoluta conformità tra situazione di fatto e situazione di diritto.

In conclusione, ancorché foriera di molteplici dibattiti, la pronuncia in epigrafe si pone in perfetta continuità con la più recente giurisprudenza sul punto, la quale (a ragione) riconosce assoluto rilievo alle scelte autonomamente operate dai privati.

FLORIN COSTINEL MALATESTA

ABSTRACT: La cessazione della materia del contendere è una fattispecie atipica di chiusura del processo, oggetto di dibattiti in dottrina e in giurisprudenza. Un primo, ormai superato, indirizzo la riteneva una sentenza di mero rito, in ragione della sopravvenuta

⁽⁵⁵⁾ C. MANCUSO, *Il rilievo della transazione nel processo*, op. cit.; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 337 e 346.

⁽⁵⁶⁾ Su cui v. N. CAYROL, *Procédure civile*, Parigi, 2022, 93 e 330 ss.; CHAINAIS-FERRAND-MAYER-GUINCHARD, *Procédure civile*, cit., 317; J. HÉRON - T. LE BARS - K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, cit., 975; L. CADIET - E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 2020, 349. L'art. 2052 c.p.c. francese, in ogni caso, prevede che: «*La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet*».

⁽⁵⁷⁾ Si tratta, in particolare, di un'eccezione in senso ampio, in quanto tale rilevabile d'ufficio, purché l'accordo transattivo risulti allegato in atti. Così C. MANCUSO, *Il rilievo della transazione nel processo*, cit.; Cass. civ., Sez. III, 18 ottobre 2012, n. 17896; Cass. civ., Sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531.

carezza di interesse delle parti. Con una pronuncia del 2018, le Sezioni Unite hanno ribaltato tale convincimento, ritenendo la declaratoria di cessazione della materia del contendere una pronuncia afferente al merito della controversia, da ciò derivando la sua idoneità a passare in cosa giudicata. Quest'ultima ricostruzione è avvalorata dalla successiva giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale esclude la configurabilità della c.m.c. nei termini di inammissibilità sopravvenuta del ricorso introduttivo, proprio perché le parti – conservando il proprio interesse alla pronuncia giurisdizionale (dichiarativa di c.m.c.) – manifestano la loro concorde volontà di ottenere la declaratoria di cessazione della materia del contendere.

ABSTRACT: The cessation of the matter in issue is an atypical case of termination of proceedings, that is object of debate in doctrine and jurisprudence. An initial, now outdated, approach considered it a purely procedural ruling, due to the parties' lack of interest. With a 2018 judgement, the United Sections overturned this conviction, considering the declaration of cessation of the matter in issue a judgement on the merits of the dispute, in order to become res judicata. The last reconstruction is supported by the subsequent jurisprudence of the Court of Cassation, which excludes the configurability of the c.m.c. in terms of supervening inadmissibility of the introductory recourse, precisely because the parties – by retaining their own interest in the jurisdictional pronouncement (declaratory of c.m.c.) – manifest their own concordant will to obtain the declaratory of the cessation of the matter in issue.

Corte di Cassazione, Sez. Un., ordinanza 10 febbraio 2023,
n. 4227

Pres. Manna, Rel. De Masi

Agenzia delle Entrate Riscossione c. A.A.

Se la prescrizione si assume verificata perché la notifica della cartella o dell'intimazione mancò, fu nulla o fu eseguita in modo inesistente e, quindi, non si poté verificare un effetto interruttivo del corso della prescrizione, il preteso fatto estintivo "prescrizione" suppone, per essere apprezzato, l'accertamento di detti vizi della notifica e, dunque, si risolve in una censura il cui esame risulta riservato alla giurisdizione tributaria tramite l'impugnazione della cartella o dell'intimazione, in quanto conosciute per il tramite ed in forza dell'atto esecutivo che ne rivela l'esistenza. L'opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. non è data. Essa è data, invece, se la prescrizione si assume verificata per il decorso del tempo dopo una valida notifica o comunque per il decorso del tempo a prescindere dalla mancanza della notifica o dalla sua inesistenza o dalla sua nullità: si pensi al caso in cui un pignoramento sia compiuto in un momento che si colloca oltre il termine di prescrizione ancorché calcolato dalla valida notifica della cartella o dell'intimazione oppure dal momento in cui si sarebbe in tesi collocata la notifica nulla, mancante o inesistente di detti atti (1).

(1) Eccezione di prescrizione ed esecuzione forzata tributaria: il riparto di giurisdizione nel quadro della riforma fiscale

SOMMARIO: 1. Note introduttive. Il caso deciso dalla Corte. — 2. Le forme di tutela del contribuente nell'ambito dell'esecuzione forzata tributaria alla luce della sentenza della Corte costituzionale, n. 114 del 2018. — 3. L'eccezione di prescrizione nell'esecuzione fiscale tra limiti ed "anticipate" esigenze di tutela. — 4. Sulla non impugnabilità della cartella di pagamento conosciuta tramite estratto di ruolo alla luce del d.l. n. 146/2021 tra compressione di diritti costituzionalmente rilevanti e gravi inefficienze del sistema nazionale di riscossione: la pronuncia della Consulta n. 190 del 2023. — 5. La soluzione fornita dalla legge delega n. 111/2023 in materia di opposizioni esecutive "fiscali": riflessioni conclusive. — 6. Postilla.

1. Note introduttive. Il caso deciso dalla Corte.

Le sezioni unite della Corte di Cassazione, con la decisione in commento, tornano a pronunciarsi sull'annosa questione del riparto di giurisdizione in ordine alle controversie in tema di esecuzione forzata tributaria, confermando il prevalente — seppure controverso — indirizzo di legittimità che riconduce ai vizi dedotti a sostegno dell'azione, e non agli atti oggetto del giudizio, il criterio per il suddetto riparto.

La vicenda trae origine dal giudizio di opposizione instaurato dal ricorrente, ai sensi degli articoli 702-*bis* e 615 c.p.c., diretto all'accertamento dell'intervenuta prescrizione dei crediti recati da numerose cartelle di pagamento conosciute dal destinatario soltanto a seguito della consegna dei relativi estratti di ruolo. Su tali basi, il giudice ordinario dichiara il proprio difetto di giurisdizione a favore del giudice tributario relativamente alle cartelle aventi ad oggetto crediti tributari, nonché la propria incompetenza in favore, da una parte, del giudice del lavoro relativamente alle cartelle recanti crediti INPS e INAIL e, dall'altra, in favore del giudice di pace in relazione alle cartelle aventi ad oggetto contravvenzioni al codice della strada. Diversamente, la Corte di appello riforma parzialmente la pronuncia di primo grado dichiarando la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alle cartelle recanti crediti di natura tributaria. Essa, infatti, ritiene pacifico che

la controversia riguarda il tema della «dedotta sopravvenuta prescrizione, ovvero fatti incidenti in senso sostanziale sulla pretesa tributaria, successiva all'epoca delle cartelle di pagamento sopra richiamate», e rimette la causa, ai sensi dell'allora vigente art. 353 c.p.c. (1), al Tribunale.

L'Amministrazione finanziaria propone rituale ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41, c.p.c., lamentando il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in ordine all'accertamento della prescrizione dei crediti di natura tributaria, ponendo all'esame delle sezioni unite della suprema Corte la questione, non nuova, concernente l'individuazione dell'organo giurisdizionale competente a decidere la controversia descritta.

Sicché, i giudici di legittimità, nel solco di quanto statuito con la nota sentenza n. 7822/2020 (2), riconoscono la cognizione del giudice tributario anche «sui fatti incidenti sulla pretesa fiscale

(1) La recente ed ampia riforma del processo civile attuata dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, ha abrogato la disposizione in parola e, con essa, l'ipotesi di rimessione al primo giudice per motivi di giurisdizione.

(2) Pubblicata in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2020, 683 ss., con nota di M. CIRULLI, *La tutela del contribuente contro l'esecuzione forzata tributaria secondo la Cassazione*, 699 ss.; Cfr. altresì sul tema, A. GUIDARA, *Riparto di giurisdizione nelle controversie sugli atti dell'esecuzione forzata. Le diverse percezioni della "zona" di confine nei rapporti tra le giurisdizioni tributaria e ordinaria*, in *GT – Riv. Giur. Trib.*, 2020, 504 ss.; C. GLENDI, *Spigolature (minimaliste) attorno ad una (monumentale) ordinanza delle SS.UU. (in tema di giurisdizione ed opposizioni esecutive in materia tributaria)*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2020, 2193 ss.; L. LODI, *Quale giudice per la difesa del contribuente esecutato?*, in *Corr. Trib.*, 2020, 645 ss.

Si precisa che la stessa ordinanza n. 7822/2020 segue il percorso tracciato dalla pronuncia n. 13913/2017, (pubblicata in *Rass. Trib.*, 2017, 1114 ss.) della quale i Giudici riprendono pedissequamente il testo e ne condividono il ragionamento. In dottrina si segnalano i contributi di C. GLENDI, *Le Sezioni Unite della Cassazione "stravolgono" il confine tra giurisdizione tributaria e giurisdizione ordinaria sul versante dell'esecuzione forzata*, in *GT – Riv. Giur. Trib.*, 2017, 762 ss.; D. CARNIMEO, *È devoluta al giudice tributario la cognizione dell'opposizione avverso un atto di pignoramento non preceduto dalla notifica della presupposta cartella di pagamento*, in *Boll. Trib.*, 2017, 1443 ss.; G. TABET, *In tema di pignoramenti "a sorpresa"*, in *Rass. Trib.*, 2017, 1120 ss.; C. GLENDI, *Disorientamenti giurisprudenziali al vertice sull'opposizione agli atti esecutivi in materia tributaria*, in *Corr. Giur.*, 2018, 677 ss.; F. RUSSO, *Atto di pignoramento e giurisdizione tributaria*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018, 368 ss. Nonché, in senso adesivo, M. BASILAVECCHIA, *Anche il pignoramento può essere atto impugnabile*, in *Corr. Trib.*, 2017, 2388 ss.; D. CANÈ, *Pignoramento "a sorpresa" e giurisdizione tributaria*, in *Giur. It.*, 2018, 1100 ss.

verificatisi fino alla cartella di pagamento, ovvero fino al pignoramento, in caso di notifica invalida della stessa». In specie, la giurisdizione del giudice tributario viene ricavata dal combinato disposto di due disposizioni di legge, considerate tra loro sostanzialmente equiordinate, ossia l'art. 2, d.lgs. n. 546/1992, norma specifica sulla giurisdizione, e l'art. 19 del medesimo decreto, in tema di atti autonomamente impugnabili, aprendo — a ben guardare — la strada ad una concezione del processo tributario quale giudizio di accertamento sulla pretesa, piuttosto che di impugnazione di atti.

Alla luce di tali premesse, la problematica affrontata nella pronuncia in rassegna risulta estremamente complessa, foriera, da tempo, di forti criticità. In tale prospettiva, la decisione offre l'occasione per ripercorrere, sia pure sinteticamente, le tappe normative e giurisprudenziali che hanno condotto ad una graduale ridefinizione dei confini tra le due giurisdizioni, che non esclude tuttora incertezze ed ipotesi di dubbia soluzione. Peraltro, il tema appare di stretta attualità se si considera l'art. 19 della legge delega di riforma del sistema fiscale del 9 agosto 2023, n. 111, che riguarda, generalmente, i «principi e criteri direttivi per la revisione della disciplina e l'organizzazione del contenzioso tributario». Più precisamente, l'art. 19, comma 1, lett. c) prevede la specifica attribuzione delle opposizioni esecutive regolate dagli articoli 615 e 617, c.p.c., proprio alle Corti di giustizia tributaria, sia pure per i soli casi in cui si deduca un vizio di notificazione degli atti anteriori al pignoramento, tramite una modifica dell'art. 57, d.p.r. n. 602/1973. Le questioni sollevate dall'ordinanza in commento, quindi, si riverberano sui confini della giurisdizione tributaria in materia di esecuzione forzata, i quali risultano sempre meno stabili, estesi e ristretti a seconda delle contingenze di volta in volta emergenti.

2. Le forme di tutela del contribuente nell'ambito dell'esecuzione forzata tributaria alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 114 del 2018.

L'esecuzione forzata tributaria può essere definita come l'ultima ed eventuale fase della riscossione ⁽³⁾: qualora il contri-

⁽³⁾ Lo studio giuridico della fase di realizzazione coattiva del tributo è un tema che ha sempre diviso la dottrina. Secondo un primo indirizzo, l'esecuzione forzata tributaria costituisce una *species* del *genus* esecuzione forzata, riconoscendole natura sostanzialmente giurisdizionale, come sostenuto dai processualciviltisti, tra i quali si segnala, G. COSTANTINO, *Le espropriazioni forzate speciali. Lineamenti generali*, Milano, 1984, *passim*; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1989, 58 ss.; C. ASPRELLA, *La nuova esecuzione esattoriale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1999, 840 ss.; V. CORSARO, *Le esecuzioni espropriative speciali*, Milano, 2003, 168 ss.; M. GIORGETTI, *Profili dell'espropriazione forzata tributaria*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2006, I, 777 ss.; D. LONGO, *Commento all'art. 50 d.p.r. n. 602/1973*, in C. CONSOLO - C. GLENDI, *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Milano, 2023, 1207 ss. Nell'ambito della dottrina tributaristica, v. P. RUSSO, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, Milano, 1969, 462 ss.

Diversamente, per la maggior parte della dottrina tributaristica, l'esecuzione forzata tributaria dovrebbe trovar posto nell'ambito dell'esecuzione forzata di tipo amministrativo: cfr. B. COCIVERA, *Manuale della riscossione della riscossione delle imposte dirette*, Milano, 1971, 227 ss.; C. GLENDI, *Natura giuridica dell'esecuzione forzata tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, 2240 ss.; S. LA ROSA, *Accordi e transazioni nella fase della riscossione dei tributi*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, I, 314, 315; A. GUIDARA, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, Milano, 2011, 248 ss.; G. TINELLI, *Statuto dei diritti del contribuente e riscossione coattiva*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2012, 3 ss.; A. GUIDARA, *Riscossione dei tributi e delle sanzioni fiscali*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, Torino, 2017, 422 ss.

Non sono mancate posizioni intermedie, tra le quali, si segnalano quella di S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 60 ss.; E. EMANUELE, *L'esecuzione esattoriale*, Milano, 1981, 45 ss.; nonché, tra i tributaristi, la posizione di G. FALSITTA, *Riscossione delle imposte dirette (voce)*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, Milano, 1969, 69 ss., in cui si legge «V'è chi sostiene che l'istituto dell'esecuzione esattoriale si sostanzia in un processo giurisdizionale, sia pure speciale. Questo assunto è in parte esatto. Accogliendo la tesi che distingue, nella compagine unitaria dell'esecuzione forzata, tra fase espropriativa e fase satisfattiva, non par dubbio che nell'esecuzione esattoriale la fase satisfattiva ha natura di processo giurisdizionale. Lo stesso non può dirsi della fase espropriativa; nella quale il procedimento di espropriazione mobiliare è svolto dall'esattore da solo o a mezzo di propri impiegati (ufficiali esattoriali), senza intervento di organi giurisdizionali; e similmente accade nell'espropriazione immobiliare, dove un organo giurisdizionale (il pretore) partecipa, quale preposto all'incanto, solo alla vendita forzata. Nella fase espropriativa, quindi, l'esecuzione esattoriale si atteggia come un procedimento amministrativo di autotutela pubblica svolto dall'esattore in sostituzione dell'ente impositore e non come processo giurisdizionale. Il procedimento si modella, però, sul processo esecutivo ordinario; il che spiega e giustifica l'impiego di schemi e figure dommatiche propri della dottrina del diritto processuale per lo studio del procedimento stesso»; F. ODOARDI, *Il processo esecutivo tributario*, Roma, 2012, 16 ss.

buente non provveda al pagamento degli importi iscritti a ruolo oppure affidati in carico all'agente della riscossione a seguito di avviso di accertamento esecutivo, l'agente della riscossione procede ad esecuzione forzata spesso attuata, a fronte di diritti di credito aventi ad oggetto somme di denaro, per espropriazione⁽⁴⁾. L'avvio dell'espropriazione forzata avviene, dunque, sulla base di un titolo esecutivo stragiudiziale⁽⁵⁾ rappresentato dal ruolo⁽⁶⁾ o

(4) Sul tema, si segnala G. COSTANTINO, *Le espropriazioni forzate speciali. Lineamenti generali*, cit., 18, il quale rileva che: «In sede espropriativa, invece, la situazione sostanziale oggetto di tutela è, sempre e comunque, il diritto ad ottenere il pagamento di una somma di danaro. Non assume rilievo la circostanza che la corrispondente obbligazione sia quella originariamente dedotta nel rapporto, ovvero quella derivata, conseguente all'inadempimento del debitore e consistente nel risarcimento del danno. (...) In sede espropriativa, la pluralità di forme di tutela concorre alla soddisfazione della medesima situazione sostanziale: il diritto di credito di una somma di danaro. Il che rende più complessa di quanto non sia in riferimento alla tutela cognitiva, ordinaria e sommaria, l'individuazione delle ragioni che giustificano la compresenza di più tecniche di tutela processuale».

(5) Cfr. G. COSTANTINO, *Le espropriazioni forzate*, cit., 37 ss.: «La peculiarità degli strumenti di tutela consiste, per un verso, nell'attribuzione di efficacia di titolo esecutivo ad atti o provvedimenti di formazione stragiudiziale, indipendentemente dalla natura di credito o dalla qualità del soggetto creditore, e per altro verso, nella predisposizione di procedimenti espropriativi, sia pure diversi dal modello ordinario descritto nel terzo libro del codice di rito. (...) La previsione di titoli esecutivi di formazione stragiudiziale o, comunque, la mancata previsione di un preventivo accertamento giurisdizionale del credito, infatti, costituisce una tecnica speciale di tutela cognitiva, che influisce solo incidentalmente sulla struttura del procedimento esecutivo. Solo alle "sentenze" l'art. 474 cod. proc. civ. riconosce senz'altro efficacia di titolo esecutivo; per gli altri atti o provvedimenti, giurisdizionali o no, l'attribuzione di tale efficacia è subordinata alla espressa previsione legislativa. La regola, quindi, può essere intesa nel senso che l'esecuzione deve essere preceduta da (almeno un grado di) un giudizio a cognizione piena ed esauriente, mentre ogni altra ipotesi, pur riconducibile nell'elenco di cui all'art. 474 cod. proc. civ., va compresa tra le eccezioni». Per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia, senza pretese di esaustività, a I. ANDOLINA, *Contributo alla teoria del titolo esecutivo*, Milano, 1982; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, Torino, 1983, 1 ss.

(6) Sulla natura e sugli effetti del ruolo di riscossione si rinvia a G. FALSITTA, voce *Riscossione delle imposte dirette*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, 1969, 71; N. D'AMATI, *Valore giuridico dell'iscrizione a ruolo del debito d'imposta*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1963, 232 ss.; A. BERLIRI, *In tema di ruolo esattoriale*, in *Giur. Imp.*, 1965, 650 ss.; G. FALSITTA, *Il ruolo di riscossione*, Padova, 1972, *passim*; C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, 289 ss.; E. DE MITA, *L'iscrizione a ruolo nelle imposte sui redditi*, Milano, 1979, *passim*; M. BASILAVECCHIA, *Ruolo d'imposta* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, 178 ss.; S. LA ROSA, *Riscossione delle imposte*, in *Enc. Giur. Trec.*, Roma, 2000, *passim*;

dall'avviso di accertamento esecutivo (7).

Ciò premesso, nel corso dello svolgimento dell'espropriazione forzata il debitore e i terzi interessati dalla procedura possono valersi delle opposizioni al fine di far accertare dal giudice vizi di carattere formale o sostanziale che connotino la procedura (8). Tuttavia, in materia di esecuzione forzata tributaria una delle questioni più dibattute concerne proprio le relative forme di tutela (9).

D. LA MEDICA, *Ruolo di riscossione*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 2000; R. RINALDI, voce *Riscossione dei tributi*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, 2006, 5349 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Il ruolo e la cartella di pagamento: profili evolutivi della riscossione dei tributi*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2007, 127 ss.; A. CARINCI, *La riscossione a mezzo ruolo nell'attuazione del tributo*, Pisa, 2008, 14 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Il ruolo e la cartella di pagamento: profili evolutivi della riscossione dei tributi*, in *La riscossione dei tributi*, a cura di A. COMELLI - C. GLENDI, Padova, 2010, 45 ss.; *ibidem*, A. CARINCI, *Caratteri funzionali, profili di disciplina e tendenze evolutive del ruolo di riscossione*, 67 ss.; G. BOLETTI, *Il ruolo della riscossione nella dinamica del prelievo delle entrate pubbliche*, Milano, 2010, 45 ss.

(7) Come è noto, con la riforma realizzata con il d.l. 78/2010, si è inteso eliminare la tradizionale separazione tra il momento impositivo del prelievo e il momento esattivo, concentrando la riscossione nell'imposizione, attraverso la creazione di un solo provvedimento nel quale unitariamente confluiscono sia l'attività propriamente impositiva, sia quella formativa del titolo esecutivo e del precetto. In argomento, si rinvia A. COMELLI - C. GLENDI, *La riscossione dei tributi*, Padova, 2010; S. LA ROSA, *Riparto delle competenze e concentrazione di atti nella disciplina della riscossione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2011, 577 ss.; A. CARINCI, *Prime considerazioni sull'avviso di accertamento esecutivo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2011, 159 ss.; P. COPPOLA, *La concentrazione della riscossione nell'accertamento: una riforma dagli incerti profili di ragionevolezza e coerenza interna*, in *Rass. Trib.*, 2011, 1421 ss.; A. GIOVANNINI, *Riscossione in base al ruolo e agli atti di accertamento*, in *Rass. Trib.*, 2011, 22 ss.; M. MICCINESI, *L'esecutività dell'accertamento: rilevanza sistematica ed impatto sul sistema*, in *La concentrazione della riscossione nell'accertamento*, a cura di V. UCKMAR - C. GLENDI, Padova, 2011, 65 ss.; S. CANNIZZARO, "Concentrazione" della riscossione nell'accertamento: le ricadute sul sistema, in *La riscossione dei tributi. Quaderni della rivista di diritto tributario*, M. BASILAVECCHIA - S. CANNIZZARO - A. CARINCI (a cura di), Milano, 2011, 65 ss.; F. TESAURO, *L'accertamento tributario con efficacia esecutiva*, in *Giur. it.*, 2012, 965 ss.; E. MARELLO, *L'accertamento tributario esecutivo: ambito di applicazione e profili generali*, in *Giur. it.*, 2012, 966 ss.; M. BASILAVECCHIA, *La riforma della riscossione e la recente disciplina, in Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, 557 ss.

(8) Cfr. G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, cit., 458 ss.

(9) Sul tema si rinvia, senza pretese di esaustività, a G. COSTANTINO, *Le espropriazioni forzate*, cit., D. LA MEDICA, *Espropriazione forzata: II) espropriazione forzata esattoriale*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1989, 1 ss.; P. PURI, *I confini della giurisdizione tributaria alla riscossione dei tributi*, in *La riscossione dei tributi. Quaderni della rivista di diritto tributario*, cit., 386 ss.; F. ODOARDI, *Esecuzione forzata tributaria*, in *Treccani. it - diritto online*, 2014.

In proposito, con la nota pronuncia n. 114/2018 ⁽¹⁰⁾ la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 57, d.p.r. n. 602/1973, nella parte in cui non ammetteva l'opposizione all'esecuzione anche per motivi diversi da quelli concernenti la pignorabilità dei beni ⁽¹¹⁾. Talché, attualmente, con l'opposizione all'esecuzione il contribuente non può rimettere in discussione l'*an* e il *quantum* di un tributo risultanti da atti impositivi ormai definitivi; potendo, di converso, far valere tutte quelle vicende successive all'intervenuta definitività della pretesa, quali la prescrizione del credito oppure l'intervenuto pagamento del debito successivamente alla definitività del titolo esecutivo.

La pronuncia è stata apprezzata ⁽¹²⁾ nella misura in cui ero-

⁽¹⁰⁾ Pubblicata in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2018, 745 ss., con nota di M. CIRULLI, *Palnodia giurisprudenziale sulle opposizioni all'esecuzione tributaria*, 760 ss.

⁽¹¹⁾ In estrema sintesi, ad avviso della Consulta, la peculiarità della disciplina dei crediti tributari, espressione della rilevanza costituzionale del dovere di concorrere alle spese pubbliche ex art. 53 Cost., che si riflette anche nella specialità della procedura di riscossione coattiva rispetto a quella ordinaria di espropriazione forzata, non può essere riconosciuta fino al punto di ritenere legittima una compressione del diritto del contribuente di contestare il diritto di procedere *in executivis*, al quale rimarrebbe, altrimenti, una tutela meramente risarcitoria "postuma", dopo la chiusura della procedura esecutiva, ai sensi dell'art. 59 del d.p.r. n. 602 del 1973. Peraltro, una tutela di tal specie presenterebbe inevitabili analogie con la postergazione della tutela giudiziale rispetto all'adempimento dell'obbligazione tributaria, secondo il noto criterio del *solve et repete*, dichiarato incostituzionale. Più in generale, conclude la Corte, la possibilità di agire in giudizio avverso atti immediatamente lesivi per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi rappresenta un diritto inviolabile e quindi fondamentale (art. 24 Cost.) che non può essere escluso o limitato a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti della pubblica amministrazione. Cfr. R. ESPOSITO, *La Corte costituzionale interviene sul riparto di giurisdizione tra giudice speciale e giudice ordinario nei giudizi di opposizione all'esecuzione per eventi sopravvenuti rispetto alla formazione del titolo esecutivo*, in *Giur. Cost.*, 2018, 1967 ss.

⁽¹²⁾ *Ex multis*, si rinvia a C. GLENDI, *La Consulta schiude le porte alle opposizioni nell'esecuzione forzata tributaria*, in *Corr. Giur.*, 2018, 1423 ss.; A. M. PERRINO, *Privilegium fisci e ius singolare: primi passi verso il ritorno alla normalità*, in *Foro. it.*, 2018, I, 2247 ss.; D. LONGO, *La Corte costituzionale ridisegna il confine tra ricorso al giudice tributario e opposizione all'esecuzione*, in *Gius. Proc. Civ.*, 2018, 1065 ss.; F. RANDAZZO, *La Consulta ammette entro certi limiti l'opposizione all'esecuzione in materia tributaria. Con l'opposizione all'esecuzione il giudice ordinario potrà arrestare l'espropriazione esattoriale privo di titolo*, in *GT - Riv. Giur. Trib.*, 2018, 658 ss. In senso maggiormente critico, cfr. A. GUIDARA, *Esecuzione forzata tributaria. Il discutibile ampliamento dell'opposizione all'esecuzione in materia tributaria conseguente all'intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 2018, 2661 ss.

de la specialità che da sempre caratterizza l'esecuzione forzata "esattoriale" ⁽¹³⁾, colmando un assoluto vuoto di tutela ⁽¹⁴⁾ di cui il legislatore era consapevole ⁽¹⁵⁾. Essa, tuttavia, non risolve la problematica che concerne il riparto di giurisdizione in relazione ad atti non notificati e conosciuti solo successivamente alla richiesta dell'estratto di ruolo. In tali casi, infatti, resta immutata la linea di demarcazione della giurisdizione tra giudice tributario e giudice ordinario tracciata, *in primis*, dall'art. 2, d.lgs. n. 546/1992 il quale attribuisce *expressis verbis* al giudice ordinario le controversie concernenti gli atti dell'esecuzione forzata, successivi alla notifica della cartella di pagamento e all'avviso di cui all'art. 50, comma 2, d.p.r. n. 602/1973 ⁽¹⁶⁾; nonché, in ma-

⁽¹³⁾ Cfr. A. CARINCI, *La Consulta rimuove il divieto all'opposizione all'esecuzione: cade una (altra) specialità dell'esecuzione forzata esattoriale*, in *Il Fisco*, 2018, 2642 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. S. DALLA BONTÀ, *La Corte costituzionale rivede i limiti all'opposizione all'esecuzione nella riscossione tributaria. La felice risposta ad un lungo "assedio"*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018, 2675 ss.; in argomento sottolinea F. ODOARDI, *Il processo esecutivo tributario*, Roma 2012, 329, che proprio per compensare le significative limitazioni alla tutela del debitore assoggettato ad esecuzione esattoriale il legislatore ha previsto, all'art. 59 del dpr. 602/1973, la possibilità di promuovere azione risarcitoria contro l'agente della riscossione.

⁽¹⁵⁾ In dottrina si erano creati diversi orientamenti: il primo riteneva indispensabile un intervento della Corte costituzionale che sancisse la illegittimità dell'art. 57 per violazione dell'art. 24 Cost. (In tal senso A. SCALA, *La tutela del contribuente nella riscossione coattiva*, in *Rass. trib.*, 2008, 1299 ss.; nonché E. EMANUELE, *L'esecuzione esattoriale*, Milano, 1981, 56 ss.); diversamente, la dottrina maggioritaria, riteneva più utile procedere ad una interpretazione adeguatrice delle norme e, tra le varie soluzioni, quella più interessante concludeva per l'impugnabilità del pignoramento in Commissione tributaria sempreché il contribuente non fosse decaduto dall'impugnazione di un atto prodromico correttamente notificato. In argomento, cfr. G. PORCARO, *La fase esecutiva tra giurisdizione ordinaria e tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2002, 1381 ss.; F. RANDAZZO, *Le problematiche di giurisdizione nei casi di riscossione tributaria non preceduta da avviso di mora*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, 914 ss.; P. RUSSO - G. FRANSONI, *La giurisdizione in materia di fermo di beni mobili registrati*, in *Il Fisco*, 2004, 1191 ss.; S. LA ROSA, *La tutela del contribuente nella fase di riscossione*, in *Rass. Trib.*, 2001, 1178; F. RANDAZZO, *Esecuzione forzata tributaria: il raccordo tra giudizio ordinario e tributario per una efficace tutela*, in *Corr. trib.*, 2011, 2745 ss.; G. BOLETTI, *Tutela del contribuente nella fase di esecuzione forzata in caso di omessa o irregolare notifica del titolo esecutivo*, in *La concentrazione della riscossione nell'accertamento*, cit., 475 ss.

⁽¹⁶⁾ Sono pertanto devolute alla cognizione del giudice tributario tutte le controversie relative a tutti i tributi con esclusione soltanto di quelle espressamente indicate dalla legge. Sugli attuali confini della giurisdizione tributaria, anche alla luce della copiosa giurisprudenza in materia, si rinvia a A.F. URICCHIO, *Atti e poteri del giudice tributario*.

niera complementare, dall'art. 19, d.lgs. n. 546/1992, nel quale si ravvisa la struttura impugnatoria del processo tributario che ne circoscrive l'oggetto al contenuto del provvedimento impugnato e ai "vizi propri" dell'atto. Il giudice tributario, infatti, non ha una cognizione diretta dei fatti, non potendo prescindere dalla rappresentazione che ne è stata data dall'atto impugnato (17).

Di tal guisa, la delimitazione dell'oggetto del processo tributario risulta funzionale ad individuare il tipo di tutela giurisdizionale cui si accede. Sicché, come punto di partenza — ai fini della presente indagine — occorre rimarcare l'esclusione di azioni di mero accertamento preventivo dell'obbligazione tributaria proprio sul presupposto della struttura impugnatoria del processo — già disciplinata dal d.p.r. n. 636/1972 — essendo la tutela giurisdizionale condizionata all'emanazione di un atto impositivo la cui mancata impugnazione preclude la contestazione della pretesa espressa nello stesso (18).

Ciò chiarito, con la predetta declaratoria di incostituzionalità, le opposizioni all'esecuzione rientrano a pieno titolo nel novero dei mezzi di tutela spendibili avverso l'esecuzione forzata tribu-

Tra principi del "giusto processo" estensione della giurisdizione tributaria, Bari, 2007, *passim*; Id., *Manuale di diritto tributario*, Bari, 2020, 466 ss.; F. FICHERA, *L'oggetto della giurisdizione tributaria e la nozione di tributo*, in *Rass. Trib.*, 2007, 1059 ss.; G. TABET, *Una giurisdizione speciale alla ricerca della propria identità*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, 21 ss.; A. GUIDARA, *Gli "oggetti" del processo tributario*, in *Il Proc.*, 2021, 475 ss.; P. RUSSO - F. COLI - G. MERCURI, *Diritto processuale tributario*, 30 ss.; M. BASILAVECCHIA, *La giurisdizione*, in *Il Proc.*, 2022, 659 ss.; G. SELICATO, *Oggetto della giurisdizione tributaria*, in *Il Processo tributario alla luce della riforma di cui al d.lgs. n. 130/2022*, a cura di A.F. URICCHIO - N. TREGLIA, Bari, 2023, 19 ss.

(17) G. RAGUCCI, *Gli atti impugnabili e i motivi di ricorso*, in *Codice commentato del processo tributario*, a cura di F. TESAURO, Milano, 2016, 384. In argomento, A. FANTOZZI, *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali: la prospettiva tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, 10, specifica che «per quanto riguarda gli effetti o il contenuto della sentenza, il processo davanti alle Commissioni risente della caratteristica struttura del diritto tributario sostanziale nella fase di attuazione del tributo. (...) Il contenzioso sugli atti di accertamento è volto così a definire presupposti di imposta e dunque fattispecie imponibili; il contenzioso sugli atti della riscossione è volto ad accertare obbligazioni tributarie ovvero diritti di credito o di rimborso».

(18) Cfr. R. SCHIAVOLIN, *Gli indirizzi della Cassazione in materia di atti impugnabili tra norme e principi*, in *Rass. Trib.*, 2022, 309 ss.

taria. Come è noto, con l'art. 615 c.p.c. si contesta il diritto di procedere ad esecuzione forzata: pertanto, l'oggetto dell'opposizione all'esecuzione investe l'*an* dell'esecuzione, poiché mira ad ottenere una pronuncia in cui si dia atto che la specifica azione esecutiva non può o non poteva essere promossa o comunque non può essere proseguita ⁽¹⁹⁾.

Talché, letta in questi termini — e considerato l'orientamento giurisprudenziale che qualifica il processo tributario di impugnazione-merito ⁽²⁰⁾ — risulta concreto il rischio di una duplicazione di giudizi e, in ogni caso, una confusione generalizzata, confermata dalle continue e frequenti pronunce sulla medesima questione delle stesse sezioni unite della suprema Corte ⁽²¹⁾.

3. L'eccezione di prescrizione nell'esecuzione fiscale tra limiti ed 'anticipate' esigenze di tutela.

Il percorso argomentativo dell'ordinanza in esame, dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento costituito dagli artt. 2 e 19, d.lgs. n. 546/1992, prosegue attribuendo centralità al momento in cui viene invocato l'intervento del giudice quale discrimine in base al quale individuare il giudice competente. Sicché, in linea con i principi di diritto contenuti nell'ordinanza delle Sezioni Unite n. 7822/2020, se il fatto estintivo assume rilevanza prima della notifica del titolo esecutivo viene ribadita la cognizione del giudice tributario; diversamente, se lo stesso evento viene in rilievo dopo la notifica del titolo esecutivo la giurisdizione è riservata al giudice ordinario.

Il nodo da sciogliere riguarda quei fatti successivi ad una invalida o irregolare formazione del titolo esecutivo. In sintesi, i

⁽¹⁹⁾ G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2019, 205.

⁽²⁰⁾ Secondo tale concezione l'accesso alla tutela tramite un atto impugnabile non preclude al giudice investito della questione di pronunciarsi sul rapporto giuridico di imposta. Si v. F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario*, Milano, 2021, 372.

⁽²¹⁾ Da ultimo, soltanto qualche mese prima della decisione in esame, la sentenza del 18 ottobre 2022, n. 30666 commentata da F.P. SCHIAVONE, *Vizio di notifica dell'intimazione di pagamento ed esecuzione forzata: il discrimine tra giurisdizione tributaria ed ordinaria*, in *taxnews.it*, supplemento online della *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2023.

giudici di legittimità ammettono l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c. anche quando i fatti da far valere si siano verificati in una situazione di mancanza, inesistenza o nullità del titolo esecutivo, quando la loro rilevanza prescinda dal difetto di notifica del titolo esecutivo; parallelamente, viene precisata la cognizione del giudice tributario per tutti quei fatti che si siano verificati fino al pignoramento in mancanza di notifica la quale, però, si assume rilevante ai fini dell'accertamento dell'evento impeditivo dedotto in giudizio ⁽²²⁾.

Tralasciando in questa sede le diverse e composite opinioni formatesi in dottrina sul tema ⁽²³⁾, occorre traslare il principio testé riassunto al particolare caso affrontato nell'ordinanza che si annota. La questione concerne l'istituto della prescrizione ⁽²⁴⁾: preliminarmente, si rileva come essa comporti l'estinzione di un diritto in conseguenza del mancato esercizio da parte del titolare per il tempo determinato dalla legge. La prescrizione libera, dunque, l'obbligato a fronte di determinati comportamenti: il contribuente, infatti, non deve adempiere all'obbligo oppure deve opporre tempestivamente la prescrizione, qualora il titolare del diritto lo faccia valere giudizialmente oltre il tempo consentito.

Ebbene, secondo la giurisprudenza di legittimità spetta al giu-

⁽²²⁾ Sul tema cfr. S. BUTTUS, *Le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi nel diritto tributario nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Riv. Tel. Dir. Trib.* – suppl. online della *Riv. Dir. Trib.* del 6 ottobre 2022; F.P. SCHIAVONE, *Vizio di notifica dell'intimazione di pagamento*, cit.

⁽²³⁾ Per approfondimenti e spunti di riflessione si rinvia alla vasta e diversificata letteratura esistente in argomento. *Ex multis*, cfr. F. TESAURO, *Il processo tributario tra modello impugnatorio e modello dichiarativo*, in *Rass. Trib.*, 2016, 1036; F. RUSSO, *Atto di pignoramento e giurisdizione tributaria*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018, 368 ss.; A. VIGNOLI, *La giurisdizione nella funzione tributaria*, Milano, 2018; E.F. BALDELLI, *La giurisdizione nelle opposizioni alla procedura di riscossione: questione ancora irrisolta?*, in *Corr. Trib.*, 2021, 803 ss.; S. CANNIZZARO, *Il giudice ordinario ha conquistato spazio nell'esecuzione forzata tributaria*, in *Aa.Vv.*, *Saggi in ricordo di Augusto Fantozzi*, Pisa, 2021, 293 ss.; A. GIOVANNINI, *Sull'azione processuale e sulla tutela dei beni della vita*, in *Per principi. Dodici saggi di diritto tributario e oltre*, Torino, 2022, 127 ss.

⁽²⁴⁾ Per una ricostruzione dell'istituto della prescrizione in materia tributaria si veda, F. RANDAZZO, *Decadenza e prescrizione nella disciplina dei tributi*, in *Riv. Dir. Trib.*, 5, 2021, 353 ss.; A. BENIGNI - R. MAGLIO, *Decadenza e prescrizione nel diritto e processo tributario*, Torino, 2022.

dice ordinario la cognizione solo sui fatti successivi alla valida formazione di un titolo esecutivo di cui non sia dal contribuente contestata la notificazione; diversamente, spetta al giudice tributario la cognizione su fatti incidenti sulla pretesa tributaria, ivi compresi i fatti costitutivi, modificativi ed estintivi in senso sostanziale, fino alla notificazione della cartella esattoriale o dell'intimazione di pagamento, se validamente avvenute, ma anche fino al momento dell'atto propriamente esecutivo, in caso di notificazione omessa, inesistente o nulla degli atti prodromici.

In altri termini, viene data la possibilità al giudice tributario di pronunciarsi sull'eccepita prescrizione successiva alla notifica della cartella di pagamento in mancanza di impugnazione di uno degli atti di cui all'art. 19, d.lgs. n. 546/1992, pur essendo preclusa dal nostro ordinamento l'azione di accertamento negativo del debito tributario ⁽²⁵⁾. L'azione, ad avviso della suprema Corte, è tuttavia proposta ai sensi dell'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 546/1992, che consente l'impugnazione di un atto impugnabile non notificato unitamente all'atto successivo che di esso dà notizia ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Sul tema, si segnala la recente sentenza della Corte di giustizia di secondo grado della Puglia, n. 3390 del 27 novembre 2023, in cui in parte motiva si legge: «Comunque, con grandissima cautela andrebbe accolto un vizio “tributario” dell'atto di pignoramento, una volta che esso, che ontologicamente non è e non deve essere un atto recante una pretesa tributaria, si trovi, per nomopoiesi di Cassazione (qui ovviamente seguita), a dover recare i caratteri dell'atto tributario, pena uno sbilanciante slittamento a favore del chiedente, rispetto al necessario bilanciamento delle reciproche situazioni da sottoporre a tutela, per la facilità *extra*-ordinaria con cui sarebbe possibile additare l'inattitudine “tributaria” dell'atto di pignoramento stesso. Donde, il presente giudizio, che di fatto altro non è che un'azione di accertamento negativo (invero estranea al giudizio tributario), quanto a siffatto accertamento, che è invece risultato positivo, termina qui, non prima di aver rammentato l'assorbimento degli altri motivi».

⁽²⁶⁾ Quanto detto è specificato nella citata sent. n. 7822/2020. In senso critico, si v. A. GUIDARA, *Riparto di giurisdizione nelle controversie sugli atti dell'esecuzione forzata. Le diverse percezioni della “zona” di confine nei rapporti tra le giurisdizioni tributaria e ordinaria*, cit., 507-508, secondo cui «Sennonché, la via scelta per arrivare a tanto, nonostante le declamazioni, non sembra affatto dimostrata. Infatti, al di là del riferimento al comma 3, dell'art. 19 cit., che però non attiene alla giurisdizione (né tanto meno ai confini tra le giurisdizioni), e quindi è errato, il fondamento viene rinvenuto nel solo art. 2, D. Lgs. n. 546/1992, del quale però si dà una lettura parziale e poco convincente in ordine ai

Un simile approdo, che muove da una concezione della giurisdizione tributaria quale giurisdizione esclusiva per ciò che concerne le controversie aventi ad oggetto tributi indipendentemente dalle situazioni soggettive di volta in volta considerate, potrebbe suscitare qualche riserva ⁽²⁷⁾.

D'altra parte, la diversa soluzione individuata da autorevole dottrina, più confacente al dettato normativo e alla struttura impugnatoria del giudizio tributario, prevede una tutela "binaria", seppure dopo l'inizio dell'esecuzione forzata: secondo tale impostazione ⁽²⁸⁾, il contribuente avrebbe la possibilità di impugnare ruolo, cartella o atto impositivo nel maggiore termine di decadenza per lo slittamento in avanti di esso (decorrendo, quanto meno, dalla data in cui ne ha acquisita la conoscenza per il tramite dell'atto di pignoramento) non essendo ammessa, in forza dell'art. 57, lett. b), d.p.r. n. 602/1973, l'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617, c.p.c.; in pendenza di tale giudizio, lo stesso contribuente può proporre opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615, c.p.c. dinanzi al giudice ordinario eccependo l'intervenuta prescrizione per difetto della previa notifica del titolo esecutivo e del precetto come disposto dall'art. 479, c.p.c. Sicché, al giudice dell'esecuzione non resta che sospendere il giudizio generato dall'opposizione per pregiudizialità necessaria di cui all'art. 295, c.p.c. che prevede una ipotesi di sospensione giudiziale di carat-

tenuti della giurisdizione ordinaria: si dice in sostanza e in maniera quasi assiomatica che tale articolo impedisce al giudice ordinario di conoscere delle conseguenze sull'atto esecutivo della mancanza dell'atto presupposto; e mancano altre argomentazioni che pure qualche pronuncia ha cercato di addurre per quanto poco persuasivamente. Il che induce a collocare le reali ragioni della affermazione della giurisdizione tributaria in un'avvertita (e consolidata, visto il ripetersi delle pronunce) consapevolezza della maggiore idoneità del giudice tributario a prestare una tutela che per l'appunto ora si dilata (forse anche in ragione dei numeri significativi dei relativi contenziosi, cui probabilmente il giudice ordinario sarebbe meno in grado di far fronte)».

⁽²⁷⁾ Cfr. S. CANNIZZARO, *Alcune osservazioni sui "nuovi" limiti della giurisdizione tributaria in materia di esecuzione forzata alla luce dell'orientamento della Corte costituzionale*, in *Riv. Tel. Dir. Trib.*, suppl. online della *Riv. Dir. Trib.*, 1° ottobre 2019.

⁽²⁸⁾ Cfr. P. RUSSO, *Giurisdizione, situazioni giuridiche soggettive e mezzi di tutela in materia tributaria*, in *Aa.Vv.*, *Saggi in ricordo di Augusto Fantozzi*, Pisa, 2021, 221; P. RUSSO - F. COLI - G. MERCURI, *Diritto processuale*, cit., 57-58.

tere obbligatorio subordinata alla verifica dei presupposti indicati dal legislatore: essa, in estrema sintesi, impone al giudice la sospensione della causa a lui sottoposta, quando la decisione della stessa dipenda dalla definizione di un'altra causa ⁽²⁹⁾.

Una soluzione di questo tipo, involgente l'onere per l'esecutato di promuovere una doppia azione, seppure in apparente contrasto con alcuni principi cardine della nostra carta costituzionale, quali quello di economia processuale e di giusto processo, pare, invero, discendere dal tenore letterale del più volte citato art. 2, oltreché dalla natura del processo tributario quale giudizio di impugnazione di atti, ove ciascun atto è impugnabile solo per vizi propri.

Da ultimo, si segnala, in casi come quello esaminato, un'esigenza di anticipazione di tutela, che a ben guardare si manifesta soprattutto quando il fatto estintivo risulti antecedente al pignoramento, ma il titolo esecutivo non sia più impugnabile dinanzi al giudice tributario. In tale ipotesi occorrerebbe individuare un mezzo preventivo di tutela giurisdizionale che risulterebbe non effettiva ove intervenisse ad esecuzione iniziata. La soluzione prospettata in dottrina avrebbe ad oggetto l'esperibilità di un'azione di accertamento negativo "anticipata" con la quale il soggetto ingiustamente esecutato chiede al giudice ordinario di accertare l'estinzione del debito tributario, con l'effetto di rendere improseguibile l'esecuzione esattoriale e, nelle more, di sospenderla dall'esterno in via cautelare atipica ⁽³⁰⁾ (essendo la sospensione riservata al giudice dell'esecuzione) ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ La dottrina è concorde nel ritenere che la connessione di cause presupposta nella norma sia rappresentata dalla pregiudizialità-dipendenza di natura sostanziale: in siffatta situazione, la decisione intervenuta sul rapporto pregiudiziale, una volta passata in giudicato *ex art. 2909 c.c.*, può senz'altro riflettersi sulle parti, ove siano le stesse del rapporto dipendente.

⁽³⁰⁾ In argomento, v. M. CIRULLI, *Rimedi contro l'esecuzione esattoriale ingiusta*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2017, 27 ss.

⁽³¹⁾ In tal senso v. S. BUTTUS, *Le opposizioni all'esecuzione*, cit., 8. Più precisamente, secondo l'A. eventuali esigenze di tutela previa dovrebbero essere soddisfatte ammettendo «un'opposizione all'esecuzione "anticipata" davanti al giudice ordinario, l'unico che possa essere chiamato ad un accertamento negativo della pretesa tributaria già portata

4. Sulla non impugnabilità della cartella di pagamento conosciuta tramite estratto di ruolo alla luce del d.l. n. 146/2021 tra compressione di diritti costituzionalmente rilevanti e gravi inefficienze del sistema nazionale di riscossione: la pronuncia della Consulta n. 190 del 2023.

A complicare il quadro appena descritto interviene il comma 4-*bis* dell'art. 12, d.p.r. n. 602/1973, introdotto dall'art. 3-*bis*, d.l. n. 146/2021, in forza del quale l'estratto di ruolo non costituisce atto impugnabile e, al contempo, non è impugnabile la cartella di pagamento adducendo vizi di notifica⁽³²⁾. Trattasi di una assoluta novità che pone in discussione l'intero assetto tratteggiato, a fronte di un lungo e meditato percorso, dalla suprema Corte. A riguardo, risulta sufficiente in questa sede ricordare la pacifica non impugnabilità dell'estratto di ruolo, a seguito della pronuncia a sezioni unite n. 19704/2015⁽³³⁾, trattandosi di un atto interno all'Amministrazione non idoneo, come tale, a pregiudicare il contribuente. Purtuttavia, la conoscenza acquisita dal contribuente tramite la consultazione dell'estratto di ruolo non poteva considerarsi priva di conseguenze; in tale prospettiva, l'estratto di ruolo assume valore esterno, di documento dimostrativo dell'esistenza certa di altri atti impositivi così da far sorgere un interesse indi-

da provvedimenti definitivi, di cui l'inefficacia sia sopravvenuta».

⁽³²⁾ Si rinvia ai primi commenti della modifica normativa: A. CARINCI, *Note sparse sulla novella che ha introdotto la non impugnabilità dell'estratto di ruolo nonché della cartella di pagamento e del ruolo per vizio di notifica*, in *Riv. Tel. Dir. Trib.*, supplemento online alla *Riv. Dir. Trib.*, 12 gennaio 2022; A. MARCHESELLI, *Quel pasticciaccio brutto della c.d. impugnazione degli estratti di ruolo*, in *Riv. Tel. Dir. Trib.*, supplemento online alla *Riv. Dir. Trib.*, 5 maggio 2022; L. LOVECCHIO, *Non impugnabilità degli estratti di ruolo: a rischio la tutela del contribuente in caso di cartelle non notificate*, in *Il Fisco*, 2022, 107 ss.

⁽³³⁾ Sul tema si rinvia a F. RASI, *La conoscenza "occasionale" e "legale" dell'"estratto di ruolo" nella giurisprudenza della Cassazione: effetti in tema di impugnabilità*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2014, 1012 ss.; M. BRUZZONE, *Le SS.UU. ammettono l'impugnazione di cartella e/o ruolo sulla base dell'estratto di ruolo*, in *Corr. Trib.*, 2015, 4377 ss.; F. CORDA, *Riflessioni in merito all'impugnabilità dell'estratto di ruolo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016, 168 ss.; F. PAPARELLA, *Le indicazioni delle Sezioni Unite della Suprema Corte sull'impugnabilità dell'estratto di ruolo e gli effetti sull'ammissione al passivo de crediti tributari*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2017, 1 ss.

retto ad impugnare ⁽³⁴⁾, non certo l'estratto ⁽³⁵⁾, bensì la cartella di pagamento o altro atto risultante dall'estratto di ruolo ⁽³⁶⁾. La Corte di Cassazione, dunque, conclude negando l'impugnabilità dell'estratto di ruolo ammettendo quella, in via facoltativa, degli atti conosciuti per il suo tramite.

La modifica legislativa ridisegna l'intera cornice di riferimento prevedendo l'espressa impugnabilità del ruolo e della cartella di pagamento che si assume invalidamente notificata nei soli casi in cui il debitore che agisce in giudizio dimostri che dall'iscrizione a ruolo possa derivargli un pregiudizio per la partecipazione a gare di appalto, oppure un blocco di pagamenti di cui all'art. 48-*bis* d.p.r. n. 602/1973 o, da ultimo, per la perdita di un beneficio nei rapporti con la pubblica Amministrazione. In altri termini, viene sancita la non impugnabilità di un atto espressamente previsto dall'art. 19, d.lgs. n. 546/1992 seppure nelle limitate ipotesi in cui venga rilevato un vizio di notifica. Talché, appare evidente ed immediato il rischio di una ingiustificata compressione da parte del legislatore del perimetro di tutele a danno del contribuente.

L'art. 12, comma 4-*bis*, d.p.r. n. 602/1973 assume, inoltre, specifico rilievo ai fini della presente nota. L'espressa non impugnabilità di atti della riscossione invalidamente notificati e cono-

⁽³⁴⁾ Tale concezione si pone in continuità con la giurisprudenza consolidata in materia di c.d. impugnazione facoltativa consentendo, in buona sostanza, l'impugnazione di ogni atto contenente una pretesa sufficientemente determinata e con l'esplicitazione delle ragioni che la fondano. Cfr., in argomento, Cass., 27 febbraio 2020, n. 5334; Cass., 2 novembre 2017, n. 26129; Cass., 18 luglio 2016, n. 14675. In dottrina, tra i tanti, si rinvia a F. PISTOLESI, *L'impugnazione "facoltativa" del diniego di interpello disapplicativo*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2013, 451 ss.; A. KOSTNER, *Gli atti autonomamente impugnabili nel processo tributario: crisi del principio di tassatività*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2016, 865 ss.; L. PERRONE, *Profili critici degli atti impugnabili nel processo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2020, 79 ss.; F. RASI, *L'interesse a ricorrere nel processo tributario*, Milano, 2022, 7 ss.

⁽³⁵⁾ Più nel dettaglio, in relazione all'estratto di ruolo in quanto tale, i giudici di legittimità lo ritengono del tutto inidoneo a recare qualsiasi pretesa impositiva, sicché, si deve «indiscutibilmente» affermare la sua non impugnabilità «per la assoluta mancanza di interesse (ex art. 100 c.p.c.) del debitore a richiedere ed ottenere il suo annullamento giurisdizionale, non avendo infatti alcun senso l'eliminazione dal mondo giuridico del solo documento, senza incidere su quanto in esso rappresentato» (cfr. Cass., 2 ottobre 2015, n. 19704).

⁽³⁶⁾ Così, A. CARINCI, *Note sparse sulla novella*, op. cit., 3.

sciuti tramite estratto di ruolo riduce sempre più la “zona” che garantiva al contribuente un’anticipazione di tutela introdotta dalla giurisprudenza proprio al fine di trasformare il rigido accesso al giudice tributario in un sistema più elastico ⁽³⁷⁾. In tale contesto, è da considerare la prima pronuncia sul tema delle sezioni unite della suprema Corte, le quali, con sentenza n. 26283 del 6 settembre 2022 ⁽³⁸⁾, condividono l’intervento legislativo giustificandolo anche alla luce delle diverse pronunce della Corte costituzionale sul sistema della riscossione dei tributi ⁽³⁹⁾.

Pur non essendo questa la sede per entrare nel merito della sentenza citata ⁽⁴⁰⁾, si segnalano due ravvicinate rimessioni di legittimità costituzionale del divieto d’impugnazione rese dalla Corte di giustizia tributaria di primo grado di Napoli e dal Giudice di pace di Napoli; in particolare, con ordinanza n. 515 del 23 gennaio 2023 ⁽⁴¹⁾, nonché n. 95 del 3 febbraio 2023, i giudici ribadiscono i valori che la suprema Corte apprezzava con l’ammissibilità di impugnare in via facoltativa gli atti, conosciuti attraverso l’estratto di ruolo, di cui si assumeva l’invalida notifica: il buon andamento della pubblica Amministrazione, l’effettività della tutela giurisdizionale che permetteva al contribuente di rimuovere anticipatamente e con successo pregiudizi derivanti da procedure esecutive “viziate”. Le citate ordinanze hanno determinato la sentenza della Corte costituzionale n. 190 del 17 ottobre 2023 ⁽⁴²⁾, con la quale ha dichiarato

⁽³⁷⁾ Cfr. M. BASILAVECCHIA, *Si ridimensiona l’impugnazione facoltativa dell’estratto di ruolo*, in *Corr. Trib.*, 2023, 53 ss.

⁽³⁸⁾ Pubblicata in *Corr. Trib.*, 2023, 58 ss., con nota di M. BASILAVECCHIA, *Si ridimensiona l’impugnazione facoltativa*, cit.

⁽³⁹⁾ Cfr. M. BASILAVECCHIA, *Si ridimensiona l’impugnazione facoltativa*, cit., 53.

⁽⁴⁰⁾ Per ulteriori commenti si rinvia a S. MULEO, *Le impugnazioni pregresse effettuate in relazione agli estratti di ruolo sono inammissibili*, in *Riv. Tel. Dir. Trib.*, suppl. online della *Riv. Dir. Trib.*, 8 settembre 2022; D. DEOTTO - L. LOVECCHIO, *Divieto di impugnazione diretta della cartella non notificata applicabile ai ricorsi pendenti al 21 dicembre 2021?*, in *Il Fisco*, 2022, 3839 ss.

⁽⁴¹⁾ Pubblicata in *Il Fisco*, 2023, 1893, con nota di A. GAETA, *Alla Consulta la questione di legittimità del divieto di impugnazione dell’estratto di ruolo*, 1889 ss.

⁽⁴²⁾ Pubblicata in *GT - Riv. Giur. Trib.*, 1, 2024, con nota di A. KOSTNER, *Necessità di una radicale riforma del sistema nazionale della riscossione*, 9 ss.

inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4-*bis* del d.p.r. n. 602/1973, come modificato dall'art. 3-*bis* del d.l. n. 146/2021, in quanto investirebbero le scelte discrezionali del legislatore, risolvendosi così in una richiesta di un inaccettabile intervento additivo della Corte ⁽⁴³⁾. La Consulta rinviene la *ratio* della disposizione censurata proprio nella finalità di ridimensionare quell'orientamento giurisprudenziale — ripercorso in parte nella presente nota — che, estendendo le occasioni di tutela dinanzi al giudice tributario, ha provocato una proliferazione di giudizi e ha, di fatto, introdotto le impugnazioni anticipate affermando la contestabilità di atti, normativamente esclusi, e ritenuti impugnabili solo in via interpretativa ⁽⁴⁴⁾. Invero, pur essendo ben note le preoccupazioni espresse dalla Commissione interministeriale istituita con d.m. del 12 aprile 2021 all'aumento del contenzioso a fronte del 40% di controversie pendenti contro l'agente della riscossione riguardanti proprio gli estratti di ruolo ⁽⁴⁵⁾, si rileva come le stesse potrebbero non risultare sufficienti a giustificare la compressione di un diritto costituzionalmente garantito, quale il diritto di difesa *ex art. 24* della nostra carta costituzionale. La Corte costituzionale, al contempo, invita il Governo a dare efficace attuazione ai principi e criteri direttivi per la revisione del sistema nazionale della riscossione al fine di superare «la grave vulnerabilità e inefficienza, anche con riferimento al sistema delle notifiche, che ancora affligge il sistema italiano della riscossione», che hanno condotto ad una proliferazione eccessiva di giudizi talvolta, ma non sempre, strumentali, a cui il legislatore del 2021 ha inteso porre rimedio.

Sotto tale profilo, però, il legislatore della delega fiscale volge a ben guardare ad un progressivo superamento dello strumento del ruolo e della cartella di pagamento per i tributi da affidare

⁽⁴³⁾ Cfr. D. DEOTTO - L. LOVECCHIO, *La Consulta non scioglie la riserva sul divieto di impugnazione della cartella non notificata*, in *Il Fisco*, 43, 2023, 4064 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. A. KOSTNER, *Gli atti impugnabili nel processo tributario*, Torino, 2022, 214 ss., nonché, i riferimenti contenuti nella nota n. 34.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. 131 ss. della relazione reperibile sul sito del Ministero della Giustizia al seguente link: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_DELLACANANEA_relazione_finale_30giu21.pdf.

all'agente della riscossione (attraverso la semplificazione del procedimento di cui all'art. 29, comma 1, del d.l. n. 78, conv. in l. n. 122/2010, riguardante i c.d. atti impositivi, nei quali si concentra la funzione accertativa ed esattiva superando così ruolo e cartella di pagamento) nonché, all'attivazione, in via sostitutiva, di un nuovo modello organizzativo del sistema della riscossione mediante il trasferimento, in tutto o in parte, delle funzioni o delle attività attualmente svolte dall'agente della riscossione all'Agenzia delle entrate, in modo da superare l'attuale sistema "dualistico" caratterizzato da una netta separazione tra l'Agenzia delle entrate, titolare della funzione della riscossione, e l'Agenzia delle entrate-Riscossione, soggetto che svolge le attività della riscossione. Ai punti 2) e 3), della lett. a), del comma 1, dell'art. 18 della legge n. 111/2023 si prevede, inoltre, l'introduzione del discarico automatico al 31 dicembre del quinto anno successivo a quello dell'affidamento, delle quote non riscosse, con temporanea esclusione delle quote per le quali sono in corso procedure esecutive o concorsuali, accordi di ristrutturazione o transazioni fiscali o previdenziali e di quelle interessate da dilazioni di pagamento e con possibilità di discarico anticipato in assenza di cespiti utilmente aggredibili ovvero di azioni fruttuosamente esperibili ⁽⁴⁶⁾.

Tuttavia, occorre rimarcare come, con tali innovazioni, le garanzie di difesa dei contribuenti, cui il diritto alla tutela anticipata è funzionale, risultano trascurate o quanto meno poco valorizzate ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Sul punto, cfr. C. GLENDI, *Riforma fiscale: luci ed ombre sulla revisione del sistema nazionale della riscossione*, in *GT – Riv. Giur. Trib.*, 10, 2023, 749 ss.

⁽⁴⁷⁾ Sul delicato, e molto spesso trascurato, rapporto tra esecuzione forzata e diritti del contribuente, si rinvia a G. TINELLI, *Statuto dei diritti del contribuente e riscossione coattiva*, cit., 22, dove l'A. osserva: «Nell'attuale dimensione della riscossione tributaria, il concessionario è investito di una pubblica funzione, che va al di là del recupero forzoso del credito e finisce per presentare rilevanza esterna, ponendosi in diretto contatto con posizioni soggettive costituzionalmente riconosciute e, come tali, meritevoli di tutela. In particolare, il controllo del corretto bilanciamento tra esigenze della riscossione e rispetto dei diritti dell'esecutato non può rimettersi ad un intervento amministrativo, prevedibilmente condizionato dalle necessità di garantire il gettito, ma deve attribuirsi ad un organo terzo e indipendente dalla cura dei diritti ed interessi coinvolti. Deve, quindi, affermarsi

Ulteriori dubbi proliferano se si considerano i tre casi individuati dalla norma ai fini della contestabilità dell'estratto di ruolo, ossia quando il debitore che agisce in giudizio dimostri che dall'iscrizione a ruolo possa derivargli un pregiudizio qualificato per la partecipazione a gare di appalto, oppure un blocco di pagamenti di cui all'art. 48-*bis* d.p.r. n. 602/1973 o, da ultimo, per la perdita di un beneficio nei rapporti con la pubblica Amministrazione. Appare evidente come vengano del tutto trascurate le posizioni di qualsiasi persona fisica che, seppure non legata da rapporti con la Pubblica amministrazione, potrebbe comunque essere titolare di un interesse all'esercizio di tale prerogativa. Ma le fattispecie non considerate dal legislatore sono molteplici⁽⁴⁸⁾: da quanto brevemente osservato, pare discendere la violazione del principio di eguaglianza sostanziale e formale di cui all'art. 3 della Costituzione, in ragione della disparità di trattamento riservata a favore dei soggetti che intrattengono rapporti con Pubbliche amministrazioni, nonché, come anticipato, la compressione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e, in particolare, di una tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali e di un equo processo come garantito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽⁴⁹⁾.

5. La soluzione fornita dalla legge delega n. 111/2023 in materia di opposizioni esecutive 'fiscali': riflessioni conclusive.

Tirando le fila del discorso, le continue e copiose sentenze di legittimità in ordine ai criteri di riparto della giurisdizione nelle controversie sugli atti dell'esecuzione forzata tributaria testimoniano, in maniera sempre più evidente, un'inerzia da parte del legi-

la centralità di un adeguato sistema di tutela dei diritti dell'esecutato, tale da consentire la verifica del corretto uso dei poteri discrezionali concessi dalla legge per la tutela del credito tributario, senza pregiudicare la dovuta rigidità del sistema».

⁽⁴⁸⁾ Cfr. quanto specificato da A. KOSTNER, *Necessità di una radicale riforma del sistema nazionale della riscossione*, cit., 9 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. A. KOSTNER, *Necessità di una radicale riforma del sistema nazionale della riscossione*, cit., 9 ss.

slatore che già nel 2018, a seguito della decisione del giudice delle leggi, avrebbe avuto modo di intervenire con apposite disposizioni.

D'altra parte, l'ultimo intervento legislativo registrato in materia ha ulteriormente ridimensionato le certezze del contribuente: le prime interpretazioni della novella recuperano, infatti, una concezione del processo tributario dalla struttura rigidamente impugnatoria secondo i tassativi dettami dell'art. 19, d.lgs. n. 546/1992, considerando assolutamente incompatibili i tentativi di introduzione surrettizia di azioni di accertamento negativo.

In tale contesto, come già segnalato in premessa, si innesta l'art. 19, comma 1, lett. c) della legge delega di riforma del sistema fiscale del 9 agosto 2023, n. 111, che prevede, previa modifica dell'art. 57, d.p.r. n. 602/1973, la proposizione delle opposizioni regolate dagli art. 615 e 617 c.p.c. dinanzi al giudice tributario, con le modalità e le forme previste dal d.lgs. n. 546/1992, sia pure per i soli casi in cui il ricorrente deduca un vizio di notificazione della cartella di pagamento ovvero dell'intimazione di pagamento di cui all'art. 50, comma 2, d.p.r. n. 602/1973 ⁽⁵⁰⁾. La strada intrapresa dal legislatore sembra, dunque, tracciata. Con tale scelta legislativa, viene incontrovertibilmente spostato l'asse delle opposizioni esecutive tributarie dall'alveo del processo esecutivo civile a quello del processo tributario, demandandone la decisione "esclusiva" ai giudici speciali riformati ⁽⁵¹⁾. In tali ipotesi, viene profondamente ridimensionata la tradizionale impostazione teorico-sistematica che include l'esecuzione forzata tributaria fra le cosiddette esecuzioni forzate speciali, ossia, detto in altri termini, tra i procedimenti esecutivi o espropriativi speciali considerati quali sottospecie dell'esecuzione forzata regolata, *in primis*, dal codice civile e, *in secundis*, dal codice di procedura civile ⁽⁵²⁾. Al contrario, pare sempre più attuale un "positivo" re-impianto dell'esecuzione forzata tributaria

⁽⁵⁰⁾ Corte Cost., 31 maggio 2018, n. 114.

⁽⁵¹⁾ Così, C. GLENDI, *Prolegomeni (in frazionati approcci) allo studio storico-sistematico dell'esecuzione forzata tributaria*, in *Dir. Prat. Trib.*, 6, 2023, 2065 ss.

⁽⁵²⁾ Tesi tradizionalmente sostenuta dai processualcivislisti, tra i quali si segnalano gli A. citati in nt. 3.

nell'alveo del diritto pubblico, recependo in tal modo l'orientamento giurisprudenziale prevalente di legittimità⁽⁵³⁾.

Quanto deciso dal legislatore delegante pare *prima facie* scontrarsi con la disciplina positiva e l'inquadramento teorico sistematico dell'opposizione all'esecuzione e dell'opposizione agli atti esecutivi di cui agli artt. 615 e 617 c.p.c.: essi sono difatti inquadabili, in linea generale, quali giudizi ordinari di cognizione⁽⁵⁴⁾ aventi ad oggetto l'*an* del processo esecutivo, nel primo caso, e il *quomodo* dell'esecuzione, nel secondo; non pare, dunque, possibile l'innesto del contenuto di tali disposizioni nell'ambito del processo tributario regolato dal d.lgs. n. 546/1992.

Diversamente, in via sistematica, la soluzione valorizzata dal legislatore potrebbe leggersi come una "eccezionale" equiparazione dell'atto con cui viene disposto il pignoramento, agli atti tributari prodromici illegittimamente posti in essere dall'ente titolare del potere impto-esattivo: pertanto, l'opposizione risulterà ammissibile e andrà proposta dinanzi al giudice tributario ai sensi dell'art. 19, d.lgs. n. 546/1992, estensivamente interpretato. A ben vedere, tale impostazione potrebbe suscitare qualche riserva, giustificabile, secondo autorevole dottrina, solo in considerazione della ben più grave lacuna che essa è diretta a colmare⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Su tutte, Cass., Sez. Un., 14 aprile 2020, n. 7822; Cass., Sez. Un., 5 giugno 2017, n. 13913 (v. nt.2); più di recente, v. Cass., Sez. Un., 20 luglio 2021, n. 20693; Cass., Sez. Un., 28 luglio 2021, n. 21642, nonché, la sentenza che si annota.

⁽⁵⁴⁾ Più nel dettaglio, G. BALENA, nel suo *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2019, 203, in merito al sistema dei rimedi nei confronti dell'esecuzione forzata ingiusta e illegittima specifica che: «Considerato, allora, che il processo esecutivo appare inidoneo, di per sé, ad assicurare congrui spazi al contraddittorio degli interessati, il legislatore prevede che tutte le doglianze del tipo poc'anzi indicato possano (ovvero, a seconda dei casi, debbano) dedursi attraverso una opposizione, che introduce (o, per meglio dire, può introdurre) un vero e proprio giudizio di cognizione, dal quale trae origine, ma eventualmente provvisto anche di una sua autonomia, in particolare quando abbia ad oggetto la (in)esistenza del diritto risultante dal titolo esecutivo. L'opposizione, inoltre, quando proviene dal debitore, tende solitamente ad ottenere, come provvedimento anticipatorio ed immediato, la sospensione del processo esecutivo, al fine di evitare che il compimento dell'esecuzione forzata dia luogo a situazioni giuridicamente o materialmente irreversibili».

⁽⁵⁵⁾ Cfr. P. RUSSO - G. FRANSONI, *La giurisdizione in materia di fermo di beni mobili registrati*, cit., 1184 ss.

Da ultimo, preme rilevare come il decreto attuativo della delega fiscale n. 220 del 30 dicembre 2023, in materia di “*contenzioso tributario*”, non si sia occupato della specifica questione, rinviandone, probabilmente, l’attuazione al futuro decreto legislativo recante la revisione del sistema nazionale della riscossione di cui all’art. 19 della citata legge delega.

6. Postilla.

Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il decreto legislativo in materia di riordino del sistema nazionale della riscossione, n. 110 del 29 luglio 2024. Pertanto, di seguito si segnaleranno le novità aventi ad oggetto i temi affrontati nella ricerca.

Occorre in primo luogo richiamare la revisione dell’ambito di operatività del citato art. 12, comma 4-bis, d.p.r. n. 602/1973 in tema di impugnabilità del ruolo e della cartella di pagamento invalidamente notificata. L’attuale versione dell’art. 12, comma 4-bis, d.p.r. n. 602/1973 contempla alle nuove lettere d), e) ed f) le condizioni che permettono l’impugnazione diretta del ruolo e della cartella di pagamento che si assume invalidamente notificata. In particolare, l’impugnazione diretta del ruolo è consentita al fine di escludere che, dall’iscrizione, possa derivare un pregiudizio nell’ambito: delle procedure previste dal Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (lettera d), delle operazioni di finanziamento da parte di soggetti autorizzati (lettera e), della cessione dell’azienda, tenuto conto di quanto previsto dall’art. 14, d.lgs. n. 472/1997, il quale disciplina la responsabilità solidale del cessionario per il pagamento dei debiti tributari del cedente (lettera f).

Inoltre, in attuazione dell’art. 18, comma 1 della legge delega n. 111/2023 citato nel par. 4, è stata ridisegnata la procedura di discarico delle quote affidate all’Agenzia delle entrate-Riscossione di cui agli art. 19 e 20 del d.lgs. n. 112/1999 (attualmente abrogati). L’art. 3, d.lgs. n. 110/2024 prevede in via ordinaria il nuovo meccanismo di discarico: in via ordinaria, ai sensi del comma 1, è stabilito il discarico in via automatica dei crediti affidati dal 1°

gennaio 2025 e non riscossi entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello di affidamento, con temporanea esclusione delle quote per le quali sono in corso procedure esecutive o concorsuali, accordi di ristrutturazione o transazioni fiscali o previdenziali e di quelle interessate da dilazioni di pagamento (comma 3) e con possibilità di discarico anticipato in assenza di cespiti utilmente aggredibili ovvero di azioni fruttuosamente esperibili (comma 2)⁵⁶.

Da ultimo, come prognosticato nelle conclusioni del presente lavoro, il legislatore delegato rinuncia, allo stato, ad occuparsi del tema delle opposizioni ‘fiscali’, non includendolo nel decreto n. 110/2024, entrato in vigore l’8 agosto 2024.

LUCREZIA VALENTINA CARAMIA

ABSTRACT: Le sezioni unite della suprema Corte, chiamate a risolvere la questione, non nuova, del riparto di giurisdizione in ordine alle controversie in tema di esecuzione forzata tributaria, ammettono l’opposizione di cui all’art. 615 c.p.c. anche quando i fatti da far valere si siano verificati in una situazione di mancanza, inesistenza o nullità del titolo esecutivo, ove la loro rilevanza prescinda dal difetto di notifica dello stesso; parallelamente, viene precisata la cognizione del giudice tributario per tutti quei fatti che si siano verificati fino al pignoramento in mancanza di notifica la quale, però, si assume rilevante ai fini dell’accertamento dell’evento impeditivo dedotto in giudizio. Nella stessa direzione sembrano tendere le scelte del legislatore della delega fiscale di cui alla l. n. 111/2023, rimaste, tuttavia, sino ad ora inattuare.

ABSTRACT: *United Chambers of the Supreme Court, called upon to resolve the question of the division of jurisdiction in relation to disputes on the subject of tax enforcement, admit the opposition referred to in Article 615 of the Code of Civil Procedure also when the facts to be asserted have occurred in a situation of lack, non-existence or nullity of the enforcement title, where their relevance is not dependent on the lack of notification thereof; at the same time, the jurisdiction of the tax court is clarified for all those facts that verified up to the attachment in the absence of notification which,*

⁵⁶ Sul tema si rinvia a S.M. MESSINA, *Di un’assai parziale riforma della riscossione, ritocchi e aggiustamenti nei rapporti tra ente impositore e agente della riscossione (parte prima/parte seconda)*, in *Riv. Tel. Dir. Trib.*, 17 e 19 settembre 2024.

however, is assumes relevant for the purpose of assesment the impeding event deducted in court. The choices made by the legislator in the tax delegation under Law No. 111/2023 seem to tend in the same direction, although they have so far remained unimplemented.

Note brevi sulla ordinanza di accoglimento (art. 183-ter c.p.c.)

di BRUNO CAPPONI

SOMMARIO: 1. Genesi e inquadramento della norma. — 2. Funzione. — 3. Cenni alla stabilità. — 4. Le difese manifestamente infondate. — 5. Qualche breve considerazione finale.

1. Genesi e inquadramento della norma.

La genesi dell'art. 183-ter c.p.c. è tutt'altro che lineare (1). La commissione ministeriale presieduta dal prof. Luiso aveva pensato di inserire nel Libro IV del c.p.c. la previsione di un provvedimento sommario di condanna con riserva, di genere anticipatorio e non sostitutivo della finale decisione di merito. Col noto emendamento del governo Draghi al d.d.l. n. 1662/S/XVIII (2) tale prospettiva è stata abbandonata a favore di provvedimenti, di accoglimento o di rigetto (3), sempre di tutela sommaria non cautelare ma dichiaratamente sostitutivi della decisione di merito. Per questa ragione, si è scelta per essi l'etichetta di "definitori" (in

(1) Una ricostruzione dettagliata si rinviene in G. TRISORIO LIUZZI, *Le nuove ordinanze definitive (artt. 183 ter e quater c.p.c.)*, in *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, *Gli Speciali del Foro Italiano*, 2023, 125 ss.; utili riferimenti anche in G.P. CALIFANO, *Le nuove ordinanze "decisorie" di cui agli articoli 183-ter e quater c.p.c.*, in *www.ildirittoprocessualecivileitalianoecomparato*, dal 31 gennaio 2023; A. D'ADDAZIO, *Ordinanze di accoglimento e di rigetto (artt. 183-ter e 183-quater, c.p.c.)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, Pisa, 2023, 312 ss.

(2) Ci permettiamo di rinviare a *Prime note sul maxi-emendamento al d.d.l. n. 1662/S/XVIII*, in *Legittimità, interpretazione, merito. Saggi sulla Cassazione civile*, Napoli, 2023, 29 ss.

(3) Sul secondo mi permetto di rinviare a *Sulla nuova ordinanza di rigetto (art. 183-quater c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2022, V, 299 ss.

contrapposto a “anticipatori”) con conseguente loro collocazione nel Libro II, anziché nel IV: a significare che costituiscono provvedimenti non *speciali* (alternativi alla tutela ordinaria) essendo essi alternativi alla finale sentenza di merito, ma pur sempre collocati nell’alveo dell’ordinario processo di cognizione. Con la caratteristica peculiare di non dar luogo ad alcun accertamento del diritto (4); quindi “definitori” del processo, senza tuttavia poter realizzare il risultato istituzionale proprio del processo di cognizione (5).

In ogni caso, è destinato a rimanere immutato l’impianto dei provvedimenti anticipatori introdotti nel 1990 (art. 186-*bis* e *ter* c.p.c.) e nel 1995 (art. 186-*quater* c.p.c.) che rispondono a funzionalità diverse. Potrà osservarsi che anche l’ordinanza successiva alla chiusura dell’istruzione presenta una chiara vocazione a sostituirsi alla sentenza di merito; tuttavia, essa nasce pur sempre come provvedimento revocabile con la sentenza che definisce il giudizio (comma 2), e la deviazione dal modello anticipatorio è nel fatto che essa potrà valere come sentenza «sull’oggetto dell’istanza» o allorché il processo si estingue ovvero qualora l’intimato non richieda la pronuncia della sentenza (cosa che sarà indotto a fare per poter immediatamente appellare l’ordinanza, che è titolo esecutivo, e chiederne l’inibitoria). Quindi, lo strumento del 186-*quater* non nasce come provvedimento definitivo, pur potendo diventarlo in presenza di determinate condizioni che rimandano pur sempre a comportamenti di parte e previa sua “trasformazione” in sentenza appellabile.

L’esistenza dei provvedimenti anticipatori di anteriore concezione finisce per tradursi in un criterio di lettura e inquadramento dei nuovi strumenti, posto che tutti sono destinati a convivere nel medesimo contesto: e così, ad es., quando l’art. 183-*ter* parla di «fatti costitutivi provati» non potrà intendere (anche) fatti «non

(4) B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, 9^{ed.}, Milano, 2023, 387 ss.

(5) Siamo dinanzi a una nuova specie di sommario non cautelare, ove si condivida la classificazione “chiovendiana” operata da L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 243 ss.

contestati», perché tale presupposto richiama l'applicazione (che dobbiamo intendere alternativa) dell'art. 186-*bis*. In questo modo i due provvedimenti vengono virtualmente collocati in distinti momenti del processo: l'art. 186-*bis* a valle della fase introduttiva, l'art. 183-*ter* a valle di quella istruttoria (se vi sia necessità di raccogliere la prova). Qualora invece la prova documentale sia offerta fin dalla citazione introduttiva, sorge il problema del concorso col procedimento monitorio ovvero, in corso di causa, con l'ordinanza del 186-*ter* che però, per un banale errore del legislatore del 1990, potrebbe essere pronunciata anche in forma non esecutiva.

Se è vero, dunque, che la convivenza di tutti questi modelli (costituenti un repertorio senz'altro eccedente e disordinato) potrà servire a chiarire gli àmbiti di applicazione rispettivi, è indubbio che la presenza, nel quadro del giudizio ordinario di cognizione, di ben cinque alternative di sommario non cautelare finisce per dare all'interprete una fastidiosa sensazione di casualità e sciatteria. Sensazione destinata a crescere se, contro quanto qui proposto, si ritenesse che le diverse condizioni di ammissibilità non valgano a differenziare gli accessi alla tutela: di modo che il richiedente sempre potrebbe scegliere *à la carte* tra i vari modelli disponibili che, del resto, realizzano risultati diversi.

2. Funzione.

Funzione comune, come tutti i commentatori hanno osservato, è quella della formazione semplificata del titolo esecutivo: l'art. 186-*bis* per il pagamento di somme; l'art. 186-*ter* anche per la consegna di beni mobili; l'art. 186-*quater* aggiunge il riferimento al rilascio immobiliare. Per l'ordinanza dell'art. 183-*ter* il discorso si presenta più complesso, perché si parla qui di «controversie ... aventi ad oggetto diritti disponibili»: l'àmbito della tutela, letteralmente inteso, non sembra limitato alla condanna e tuttavia la funzione dell'ordinanza non può essere disgiunta dalle previsioni: (a) della sua immediata esecutorietà; (b) della sua inidoneità al giudicato sostanziale; (c) del difetto di "autorità" in

altri processi tra le stesse parti (cfr. l'art. 337, comma 2, c.p.c.).

È da escludere che il legislatore abbia profittato dell'occasione per risolvere — senza peraltro dettare norme particolari — l'annoso problema dell'esecutorietà provvisoria dei provvedimenti diversi da quelli di condanna ⁽⁶⁾; occorre piuttosto ritenere, con la dottrina maggioritaria, che il riferimento implicito (ed esclusivo) è appunto a questa forma di tutela, grazie al complesso delle previsioni che abbiamo appena elencato.

Il margine di opinabilità resta per quei provvedimenti di condanna che presuppongono statuizioni di diversa natura (es., risoluzione contrattuale e risarcimento del danno), casi che nella giurisprudenza hanno prodotto sinora soluzioni altalenanti ⁽⁷⁾. In questa materia si annida tuttavia un equivoco di fondo: nel provvedimento anticipatorio, l'efficacia immediata (o "provvisoria") della statuizione di condanna non è distaccata dalla statuizione costitutiva bensì la presuppone: solo, essa acquisterà efficacia in un tempo successivo, grazie alla formazione del giudicato. Nel nostro caso però, come vedremo, la regola è che nessuna statuizione sarà mai suscettibile di passare in giudicato; assistiamo così al fenomeno di una condanna che per definizione non potrà mai essere sorretta da una pronuncia costitutiva e che, in conseguenza, sarà destinata a venir meno qualora, in un successivo giudizio, ne venga contestato in radice il presupposto (nell'esempio fatto, la responsabilità della risoluzione contrattuale).

In termini pratici, l'economia dei giudizi si realizza soltanto se la parte intimata, sapendo di aver torto, finisce per accettare il provvedimento condannatorio; se invece intenderà contestarlo, è evidente che il risultato sarà quello della proliferazione dei giudizi in cui il merito sarà discusso, e di contenziosi anche in sede esecutiva.

Questo approccio agli istituti del processo abbiamo definito,

⁽⁶⁾ Su questi temi v. il recente studio di U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, Pisa, 2023.

⁽⁷⁾ Ci permettiamo di rinviare alla casistica che abbiamo esaminato in *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 6^{ed.}, Torino, 2020, 149 ss.

in altra recente occasione ⁽⁸⁾, “del quando tutto va bene”: fenomeno che si realizza allorché la situazione processuale aderisce a quella sostanziale, eliminando il rischio di successive contestazioni. La stabilità non deriva dalla irretrattabilità del provvedimento, ma semplicemente dal fatto che nessuna parte avrà interesse a contestare l’assetto di interessi realizzato.

3. Cenni alla stabilità.

Il riferimento ai possibili contenziosi che potranno insorgere in sede esecutiva consente di mettere a fuoco una diversa questione: se l’ordinanza di condanna è titolo esecutivo giudiziale, varrà anche per essa la tradizionale regola secondo cui in sede di opposizione all’esecuzione non potranno dedursi motivi relativi all’intrinseco del titolo?

La principale giustificazione della regola è nel fatto che occorre delimitare il confine tra l’intervento del giudice dell’impugnazione, da un lato, e quello del giudice dell’opposizione all’esecuzione, dall’altro. Nel nostro caso, però, il giudice dell’impugnazione non esiste, perché l’unico strumento di reazione avverso il provvedimento positivo è il reclamo al collegio sulla falsariga del cautelare: non quindi un giudice superiore, ma lo stesso giudice diversamente composto.

Quasi tutti gli interpreti ⁽⁹⁾ si sono espressi nel senso che, come avviene appunto in materia cautelare, il provvedimento del collegio non sarebbe impugnabile. Ma va osservato che, nel contesto del cautelare, la regola si giustifica con le caratteristiche stesse del provvedimento anche nella sua relazione col giudizio di merito; problematiche che nel nostro caso mancano del tutto.

⁽⁸⁾ V. il nostro *Ficta confessio e stabilità dell’ordinanza di assegnazione (art. 548 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2024, V, in corso di pubblicazione.

⁽⁹⁾ Fa eccezione G. TRISORIO LIUZZI, *op. loc. cit.*, alle cui osservazioni aggiungerei che il comma 4 dell’art. 183-ter riferisce l’impugnabilità alla sola ordinanza (non reclamata o con reclamo respinto), senza nulla aggiungere circa il regime del provvedimento di reclamo. Sull’assenza di natura cautelare non possono esservi dubbi, e anche su questo la dottrina è unanime.

Verosimilmente, il legislatore ha richiamato il reclamo cautelare desiderando estendere al nostro caso il relativo regime, senza però considerare che la condanna sommaria non ha natura cautelare né esiste un “merito” rispetto al quale il sommario è funzionalizzato. Non basta dire “reclamo” per affermare la regola della non impugnabilità: nell’art. 630, comma 3, c.p.c. il reclamo viene definito con sentenza appellabile; e il problema non viene certo risolto richiamando l’art. 669-terdecies c.p.c. fuori del suo specifico contesto.

La novità della questione ⁽¹⁰⁾ potrebbe giustificare qualsiasi soluzione:

- quella di costruire il provvedimento condannatorio alla stregua di un titolo stragiudiziale ⁽¹¹⁾;
- quella di riconoscergli una stabilità limitata, di genere preclusivo (*pro judicato*);
- quella di riconoscergli stabilità solo in quanto titolo esecutivo, non diversamente da ciò che accade in applicazione del comma 2 dell’art. 186-*bis* ⁽¹²⁾;
- quella di confermare la regola tradizionale, con la sola specificazione che la competenza del giudice dell’impugnazione verrà qui assorbita dalla competenza del diverso giudice che potrebbe essere chiamato a conoscere del merito sottostante al provvedimento, posto che tale merito non viene in alcun modo impegnato dal titolo esecutivo.

⁽¹⁰⁾ Che discende dalla novità strutturale del provvedimento sommario, del quale vanamente si cercherebbero omologhi oltralpe, nonostante quanto affermato nella relazione ministeriale: cfr. C. SILVESTRI, *Considerazioni sulla riforma prevista dagli emendamenti al d.d.l. n. 1662/S/XVIII: l’istituzione di un «provvedimento sommario e provvisorio con efficacia esecutiva»*, in www.giustiziainsieme.it dal 12 giugno 2021.

⁽¹¹⁾ G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 6°ed., Bari, 2023, 273, afferma che l’opposizione all’esecuzione sarebbe ammissibile «perfino sulla base di eccezioni che (il convenuto) aveva formulato o avrebbe potuto formulare nel processo di cognizione».

⁽¹²⁾ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2023, 258-259, afferma che sarebbe inibita l’opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, pur non escludendo che il soccombente possa in seguito agire in accertamento negativo per far valere l’inesistenza del diritto e ottenere le restituzioni.

Quest'ultima soluzione, che a prima vista potrebbe sembrare la più coerente rispetto al sistema, rischia in realtà di rivelarsi la più anomala, perché in difetto di qualsiasi indicazione da parte del legislatore la competenza del giudice dell'opposizione all'esecuzione verrebbe limitata dalla mera possibilità che una causa di merito venga introdotta per contestare il fondamento di legittimità del titolo esecutivo, e una simile causa potrebbe in realtà non venire mai intentata.

4. Le difese manifestamente infondate.

Si tratta dell'elemento più sfuggente e ambiguo dell'intera disciplina. Si è visto che i fatti costitutivi del diritto dell'attore debbono essere provati nei modi ordinari, e dunque per questo aspetto il giudizio non risulta sommarizzato. Lo stesso non può ripetersi dal lato del convenuto, sia per il verbo utilizzato ("appaiono") che rimanda a una valutazione di tipo soggettivo se non addirittura provvisorio ("appaiono allo stato", potrebbe intendersi), sia per il risultato stesso di tale valutazione. L'attuale contesto della fase preparatoria fa pensare che, nel momento in cui il giudice viene chiamato a scrutinare la posizione del convenuto, le parti si saranno scambiate ben quattro scritti e di conseguenza risulterà assai scarsa la possibilità di introdurre nuove difese o di modificare quelle già precisate. È ragionevole pensare che l'introduzione di una domanda riconvenzionale o una chiamata di terzo escludano in modo automatico l'applicabilità della norma. Siamo dell'idea che una difesa è da considerarsi manifestamente infondata quando i fatti costitutivi dedotti dall'attore non siano scalfiti dalla contestazione del convenuto. Molto più delicato stabilire quando una difesa sia manifestamente infondata in diritto, specie se per "diritto" si intenda, come ora usa ⁽¹³⁾, l'ultimo orientamento di legittimità. Ma ciò che va sottolineato è che la sommarietà riguarda il giudizio, cioè la valutazione individuale

⁽¹³⁾ Cfr., ad es., E. LUPO, *Il giudizio interpretativo tra norma scritta e diritto effettivo*, in www.giustiziasieme.it dal 28 dicembre 2023.

che il giudice compie, non l'esame delle difese che non potrà che essere completo ed esaustivo. Siamo dunque lontanissimi dalla proposta della commissione Luiso che immaginava una condanna con riserva in un contesto di anticipazione della tutela.

5. Qualche breve considerazione finale.

L'ordinanza sommaria di accoglimento è uno strumento pensato, nell'interesse dell'attore che aspira all'ottenimento rapido del provvedimento condannatorio, per semplificare e velocizzare la fase di decisione. È anche uno strumento volto allo smaltimento dei contenziosi, come emerge chiaramente dalla regola secondo cui «*In caso di pluralità di domande l'ordinanza può essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrono per tutte*» (comma 2). I presupposti vogliono che l'attore debba dare la prova piena dei fatti costitutivi del suo diritto, a fronte della qual prova il giudice valuterà se le difese del convenuto "appaiono" manifestamente infondate. Il giudizio dunque, sino alla decisione sommaria, si svolge nelle forme ordinarie.

Opportunamente (si sarebbe posto in caso di pronuncia d'ufficio un serio problema di costituzionalità) il meccanismo è attivato da una domanda di parte, la quale deve però sapere che la tutela sommaria realizzerà risultati molto diversi rispetto alla tutela ordinaria inizialmente richiesta. Tali risultati potrebbero non corrispondere all'interesse dell'attore, che nella situazione processuale maturata potrebbe facilmente ottenere una sentenza assistita dalla forza del giudicato. Il modello è mal confezionato anche quanto alla fase di controllo perché il richiamo fuori contesto al reclamo cautelare, possibile solo in caso di accoglimento dell'istanza, non può trascinare il regime proprio della tutela cautelare; e dunque non è da escludere che avverso il provvedimento di reclamo si finisca per ammettere il ricorso straordinario (si pensi al regolamento delle spese). È facile preconizzare uno scarso successo dell'istituto⁽¹⁴⁾ perché, se è vero che l'attore potrà ot-

(14) G. TRISORIO LIUZZI, *op. loc. cit.*; G. BALENA, *op. loc. cit.*

tenere in tempi più rapidi il titolo esecutivo, è anche vero che quel titolo risulterà sommamente instabile e prevedibilmente risulterà attaccabile tanto in separato giudizio, tanto in sede di opposizione all'esecuzione; meglio così attendere i tempi della sentenza, in una situazione processuale evoluta in modo tale da far presumere l'ottenimento di una pronuncia favorevole ⁽¹⁵⁾.

Mettendo insieme tutti i dati, si può parlare di modello *Frankenstein*, che assembla, in modo sperimentale, forme di tutela e di controllo che stanno insieme a fatica, assicurando all'«attore che ha ragione» una tutela imperfetta e inadeguata, di certo ben lontana dagli obiettivi divisati dai proponenti.

BRUNO CAPPONI

ABSTRACT: Si analizza il nuovo istituto dell'ordinanza di condanna, evidenziando i limiti di concezione e costruzione del relativo modello processuale.

ABSTRACT: *The new institution of the sentencing order is analyzed, highlighting the limits of conception and construction of the procedural model.*

⁽¹⁵⁾ Non molto diverso, del resto, il giudizio che riguarda l'ordinanza di rigetto: v. ancora il nostro *Sulla nuova ordinanza di rigetto (art. 183-quater c.p.c.)*, cit.

**Per la «nuova legge sull'ordinamento giudiziario»:
un programma di *adattamento organico* per
legislatori liberali (G. VERDE, *Sul potere giudiziale
e l'inganno dei concetti. Soliloqui del crepuscolo
2021-2023*, Giappichelli, 2023, pp. 268)**

Andiamo con ordine, per cominciare naturalmente dalla Costituzione vivente, «che non è più quell[a] che aveva ispirato i Costituenti» (pg. 44), e della quale l'A. dice che «oggi mostra in più punti i segni di un'inevitabile obsolescenza. Uno di questi riguarda proprio l'assetto dato alla Magistratura» (pg. 182). Ma non dev'essere questione di sola obsolescenza, evidentemente, se della norma capitale sulla soggezione esclusiva del giudice alla legge si predica «l'inevitabile equivocità dell'enunciato» (pg. 38) e si ascrive già ai Costituenti una «qualche ingenuità», fino al punto di far credere loro che sarebbe stato «sufficiente prevedere l'obbligo del rinvio alla Corte costituzionale quante volte il testo apparisse non conforme ai valori fatti propri dalla Carta costituzionale» (pg. 67). Sennonché, i più *avvertiti* tra i magistrati (quelli riuniti a Gardone riviera nel settembre del 1965) hanno fatto sì che *per un'altra strada* si svolgesse tutto l'«ordinamento giudiziario»: un sintagma ripetuto sette volte in Costituzione a evocare l'esigenza di una «nuova legge» (VII disp. trans.), tanto necessaria da non aver mai più visto la luce, almeno quale complesso unitario.

Sul punto, però, l'esame di Giovanni Verde rivela una posizione di sano realismo, sostanzialmente quella che aveva già assunta trent'anni prima, scrivendo di «Vero e falso sull'autogoverno dei giudici secondo Mortara», che cioè — «secondo la lezione di Mortara» — bisogna contentarsi, in materia, «di opere di pic-

cola manutenzione, del modesto ma indispensabile “bricolage” normativo» (pg. 228). «Le vere riforme, quelle destinate a durare nel tempo, hanno bisogno di tempi favorevoli caratterizzati da forti ed unitarie tensioni ideologiche» (*ivi*), insomma un tempo troppo distante da quello che viviamo.

Certo, pur nelle più modeste misure di *adattamento organico* il legislatore non è che venga realizzando i sogni dell’A., quelli di «drastica riduzione del diritto tabellare [...] con un adeguato incremento dei poteri dei Capi degli Uffici cui faccia da riscontro una adeguata responsabilità» (pg. 197). Niente del genere, infatti, si è visto nemmeno col più recente d.lgs. 28 marzo 2024, n. 44 «per la riforma dell’ordinamento giudiziario», meglio noto per l’introduzione del «colloquio psico-attitudinale diretto a verificare l’assenza di condizioni di inidoneità alla funzione giudiziaria». Niente: anzitutto, in tema di responsabilità.

Al riguardo la posizione di G. Verde conforta l’idea del *vulnus* portato alla previsione costituzionale circa la «facoltà» del Ministro della Giustizia di esercitare l’azione disciplinare per via di un assetto ordinario che, avendo prima tipizzato le fattispecie e poi obbligato il P.G. della Corte di cassazione ad agire in corrispondenza di una di esse, rende di fatto il Ministro ormai «un inutile ingombro» (pg. 206), e lo stesso art. 107 Cost. una disposizione «sostanzialmente messa in soffitta» (*ivi*). Avevo svolto io pure, su un piano meno elevato e invece chin(at)o sulla normativa di riferimento, argomenti convergenti (cfr. *Azione e giudizio disciplinare dopo le riforme dell’ordinamento giudiziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1099), che, con soddisfazione, ritrovo novati dall’autorevolezza del Maestro.

Come ha ricordato pure G[iampiero] B[alena] nell’annotare le pagine di G. Verde (in *Giusto proc. civ.*, 2024, 316), la speciale autorevolezza a Lui «viene non soltanto da lungo magistero scientifico, ma anche dall’essere stato egli stesso magistrato, prima, e poi, alla fine degli anni ’90, vice presidente del Consiglio Superiore della Magistratura». Senonché, proprio la riforma dedicata al C.S.M. l’A. confessa essere «tema che non [lo] appassiona» (pg. 201).

Qualche parola che sarebbe tuttavia consonante col suo pensiero, ne sono sicuro, mi sembra di poter ugualmente spendere in proposito, per es., rilevando come siano talvolta i titolari di «altro potere», quelli che tante volte si mostrano insofferenti per l'esorbitanza dell'agire consiliare, a considerarlo di fatto come una terza Camera. Si consideri, tra le altre, la norma introduttiva della riabilitazione per i magistrati già condannati alla sanzione disciplinare (art. 25-*bis* d.lgs. 109/2006), dove la Legge formale ha di fatto trasferito *sine die* il potere legislativo (non al Governo, ma) al C.S.M., scrivendo che «Il Consiglio superiore della magistratura stabilisce le forme e i modi per l'accertamento delle condizioni previste per la riabilitazione» (L. 17 giugno 2022, n. 71, recante *Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario*). Ciò che il C.S.M., e non la Sezione disciplinare (della quale sarebbe in astratto concepibile un potere — *uti iudex* — di autoregolazione, che non infrequentemente è riconosciuto alle corti di vertice o altrimenti speciali[zzate]) ha realizzato con «Circolare» (soltanto) del 15 marzo scorso, di fatto un insieme di disposizioni elusive della riserva di legge statale prescritta dalla Costituzione in materia di «giurisdizione e norme processuali» (art. 117, 1° comma, lett. l).

G. Verde non nasconde le proprie simpatie neo-positiviste, specialmente nella prospettiva delle garanzie dall'invasione del potere pubblico nella vita privata degli individui. E tuttavia chiarisce l'esigenza di separare i temi propri delle indagini e del P.M. da quelli della decisione e del giudice.

Sotto questo punto di vista, il libro raccoglie un saggio, dedicato all'*affaire* Palamara, i cui contenuti erano stati esposti alla Scuola superiore della Magistratura di Scandicci il 5 ottobre 2022: vi si muove(va) contestazione in termini di diritto processuale al trattamento sino ad allora assicurato alle famigerate *chat*, in giurisprudenza trattate come *documenti* e non già *corrispondenza*. Invece, proprio come sequestro di corrispondenza il Relatore sosteneva avrebbe dovuto operarsi la cattura delle conversazioni dal telefono mobile quando in effetti era quest'ultimo

a essere fatto oggetto originario del provvedimento cautelare. Di talché con la successiva sentenza n. 170 del 2023, redatta da F. Modugno, la Corte costituzionale, accogliendo il conflitto di attribuzione proposto dal Senato nei confronti della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze nella parte in cui era diretto a negare la legittimità dell'acquisizione di corrispondenza del sen. Matteo Renzi in violazione dell'art. 68, 3° comma, Cost., non ha che messo in pratica quella lezione. Dunque, il P.M. non avrebbe potuto acquisire, senza preventiva autorizzazione del Senato, messaggi di posta elettronica e *whatsapp* del Parlamentare o a lui diretti, comunque conservati in dispositivi di terzi oggetto di provvedimenti di sequestro. Tali messaggi sono, infatti, da ricondurre, come il Professore aveva insegnato, alla nozione di «corrispondenza» costituzionalmente rilevante, sicché la tutela non si può esaurire con la ricezione da parte del destinatario, ma perdura fin tanto che essa conservi carattere di attualità e interesse per gli interlocutori.

Sviluppi ulteriori nella medesima direzione, indicata da G. Verde, di salvaguardare la garanzia del cittadino dalla pervasività del potere specialmente investigativo mi sembrano quelli segnati da Corte cost. n. 41 del 2024, occupatasi primariamente del «carattere del tutto indebito dei provvedimenti di archiviazione per prescrizione che esprimano valutazioni sulla colpevolezza della persona già sottoposta alle indagini», ma in realtà contenente affermazioni di principio che si allineano al tema proposto dal libro, quel potere senza giudizio il cui solo esercizio supera e assorbe assai spesso l'esigenza di quest'ultimo. Certo G. Verde condivide(rà) il monito della Corte in base al quale «un elementare principio di civiltà giuridica impone che tutti gli elementi raccolti dal pubblico ministero in un'indagine sfociata in un provvedimento di archiviazione debbano sempre essere oggetto di attenta rivalutazione nell'ambito di eventuali diversi procedimenti (civili, penali, amministrativi, disciplinari, contabili, di prevenzione) in cui dovessero essere in seguito utilizzati, dovendosi in particolare assicurare all'interessato le più ampie possibilità di contraddit-

torio, secondo le regole procedurali o processuali vigenti nel settore ordinamentale coinvolto. E ciò tenendo sempre conto che durante le indagini preliminari la persona sottoposta alle indagini ha possibilità assai limitate per esercitare un reale contraddittorio rispetto all'attività di ricerca della prova del pubblico ministero e ai suoi risultati (riassunti o meno che siano in un provvedimento di archiviazione), i quali dunque non potranno *sic et simpliciter* essere utilizzati in diversi procedimenti senza che l'interessato possa efficacemente contestarli».

G. Verde, ancora per l'aspetto che viene qui in considerazione più direttamente, addita anche un'altra risorsa fondamentale per guarnire di essenziali garanzie la vita individuale dalla pervasione investigativa, difatti è nel libro l'affermazione secondo cui «la CEDU è un generatore di nuovi diritti» (pg. 42, in nota). Uno di questi, ne converrebbe l'A. certamente, è quello appena sancito dalla Corte europea, appunto, nell'ennesimo caso Contrada (Contrada v. Italy n. 4; n. 2507/19). Basti il comunicato della Corte stessa del 23 maggio scorso, stando al quale — ora — «*Italian law must provide for judicial review of telephone-tapping measures affecting individuals who are not parties to criminal proceedings*».

Scrive G. Verde: «I pubblici ministeri, avendo il potere di indagare, che, come tale, è refrattario a qualsiasi limitazione preventiva, hanno la possibilità di acquisire informazioni anche in maniera non rispettosa dei limiti di legge. Avviene in tal modo che, per l'impossibilità di porre freno all'uso incontrollato dei sistemi di captazione delle nostre vite private, gli uffici delle Procure siano diventat[i] immensi serbatoi di notizie riguardanti le vite delle persone, là dove gli stessi si mostrano incapaci di impedire che tali notizie siano diffuse anche se sono del tutto prive di rilevanza penale» (pgg. 48 s.).

Qui la proposta dell'A. sta nel disciplinare l'esigenza di un sindacato delle scelte investigative «sotto il profilo della professionalità e della responsabilità di chi le effettua» (pg. 49, in nota), in un quadro in cui lo *status* del P.M. andrebbe distinto,

come consentito a Costituzione invariata, da quello del giudice: in particolare, «la legge sulla responsabilità civile dei magistrati ha come presupposto un giudice che emette decisioni ed emana di regola sentenze. Essendo diversi i presupposti, la legge sulla responsabilità civile dei pubblici ministeri deve essere diversa» (pg. 187). Ecco, qui è uno dei precipitati essenziali della *pars construens* dell'A., che promuove l'«attuazione effettiva dell'art. 107, ult. comma, Cost.», con la costruzione su base legislativa ordinaria di uno statuto *ad hoc* per il P.M., «diverso da quello del giudice, in quanto l'agire ha per presupposto l'esercizio del potere discrezionale d'indagine (per cui l'obbligatorietà dell'azione ha solo un valore di garanzia a tutela di chi promuove l'azione)» (pg. 192).

La manutenzione evolutiva dell'ordinamento giudiziario, secondo la teoria dell'*adattamento organico* di Mortara, avrebbe — per G. Verde — il pregio di ri-scrivere un ordinamento (con la marcata distinzione tra P.M. e giudice) senza alimentare l'idea che sia necessaria la separazione delle carriere e la modifica della Costituzione (tutto all'opposto del ddl approvato dal Consiglio dei Ministri il 29 maggio 2024, proprio quando dell'opera qui recensita si discuteva a Napoli, tra gli altri, con C. Consolo e N. Rascio), «un rimedio che potrebbe rivelarsi ben peggiore degli inconvenienti attuali» (pg. 192).

L'A. non spende in proprio un argomento ulteriore, ma lo riprende da Nello Rossi (componente del C.S.M. durante la consiliatura 1998-2002 che era stata anche del professor G. Verde), ed è l'argomento della «compatibilità con le risorse disponibili» (pg. 197) del quale ogni esercizio di potere pubblico deve, adesso e per Costituzione, tenere conto.

La legge cost. n. 1/2012 ha inaugurato la regola costituzionale di «equilibrio» nei bilanci dello Stato, degli altri enti costitutivi della Repubblica e delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97, 114, 119). L'impatto anche sull'amministrazione della giustizia, non meno che in altri settori, «non può essere limitato al pareggio formale della spesa e dell'entrata» (Corte cost. n. 250/2013). Si

tratta, in realtà, di un più articolato obiettivo normativo di «medio termine» (l. 243/12) che appare destinato a far leva su scelte politiche molto discrezionali a fronte del costringimento progressivo indotto dalla regola costituzionale. L'ampiezza di spettro delle misure legislative, in materia di ordinamento della giustizia, sembra grande, non soltanto per la riserva di legge che ampiamente lo permea. Ma anche perché, come ho scritto altrove, «la materia muove dalla persistenza di veri e propri oppositori concettuali del più recente principio di equilibrio di bilancio, quale la tendenziale inesauribilità delle risorse: si pensi all'obbligo dell'esercizio dell'azione penale che logicamente [*n.d.r.*: l'A., per vero, ne dice come «in qualche modo [di] un insulto alla logica»: pg. 190] sconta la diseconomia di un'insopprimibile quota di esercizio non seguito dall'affermazione di responsabilità per cui quel potere di azione è concepito». Si comprende allora la ricerca del coerenziamento seguita con la recente modifica della regola discretiva imposta al P.M. per la richiesta di archiviazione, *i.e.* «Quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di *condanna*» (art. 408 c.p.p.). Il che è poi sintonico anche col vigore della Legge n. 178/2020, che ha istituito il Fondo per il rimborso delle spese legali agli imputati assolti con sentenza divenuta irrevocabile: un rimborso riconosciuto nel limite massimo di 10.500,00 euro, liquidato in unica soluzione entro l'anno successivo a quello in cui la sentenza è divenuta irrevocabile e fino all'ammontare complessivo di 15 milioni annui.

Via di questo passo, ce ne sarebbe abbastanza per un Parlamento ispirato da sani intendimenti liberali per mettersi all'opera: il programma è quello tracciato da Giovanni Verde, non c'è che da tradurlo in legge (ordinaria).

FERRUCCIO AULETTA

ABSTRACT: Il presente contributo si sostanzia in una breve recensione dell'opera di G. VERDE, *Sul potere giudiziale e l'inganno dei concetti. Soliloqui del crepuscolo 2021-2023*, Giappichelli, 2023, pp. 268.

ABSTRACT: *This contribution takes the form of a brief commentary on the work of G. VERDE, *Sul potere giudiziale e l'inganno dei concetti. Soliloqui del crepuscolo 2021-2023*, Giappichelli, 2023, p. 268.*

Regolamento Ammissione e Referaggio contributi.

1. PROPOSTA. I contributi proposti per la pubblicazione nella Rivista vengono inviati, in formato elettronico e/o cartaceo, dall'autore ad uno dei seguenti indirizzi (robertomartino@ilprocesso.eu; antoniobarone@ilprocesso.eu; redazione@ilprocesso.eu) e vengono sottoposti ad uno dei Direttori della Rivista.

2. NOMINA REFEREE. Uno dei Direttori (responsabile della procedura di referaggio) individua riservatamente un *referee*, esperto dell'area disciplinare a cui si riferisce il contributo, nell'ambito del comitato scientifico e di valutazione ovvero un *referee*, esperto dell'area disciplinare a cui si riferisce il contributo, esterno al comitato medesimo e agli altri organi della Rivista.

Su richiesta di almeno due direttori (responsabili della procedura di referaggio), è possibile individuare due *referee* (esterni agli organi della Rivista o nell'ambito del comitato scientifico e di valutazione) per la valutazione del contributo; anche in tal caso verranno seguite le regole di referaggio di cui al paragrafo 3, con il coinvolgimento di entrambi i Direttori responsabili della procedura di referaggio.

I nominativi dei *referees* esterni al Comitato di valutazione e agli altri organi della rivista verranno pubblicati nell'ultimo numero di ogni annualità della Rivista.

3. REFERAGGIO. Il valutatore individuato in maniera assolutamente riservata da uno dei Direttori esamina il contributo, trasmesso in forma anonima. Sarà accuratamente evitata, a cura della segreteria di redazione, l'identificabilità dello stesso, anche con la cancellatura di autocitazioni nel testo o in nota ed altri elementi atti ad identificare l'autore del contributo. Il valutatore compilerà un'apposita scheda anonima di valutazione, allegata al presente regolamento, che terrà conto delle seguenti caratteristiche del lavoro: originalità; metodologia, informazione, coerenza argomentativa. Le risultanze della valutazione saranno trasmesse dal valutatore al Direttore che gli ha

conferito l'incarico entro 15 gg. dalla ricezione del contributo. Per opere di particolare impegno il Direttore responsabile della procedura di referaggio potrà concedere una proroga di altri 15 gg. Inutilmente decorso il termine, il valutatore decade dall'incarico e il contributo verrà prontamente inviato ad altro valutatore, individuato nel rispetto delle modalità di cui al punto 2.

Il valutatore opera nel rispetto del codice etico della Rivista e dei doveri ivi indicati.

Il giudizio è espresso per iscritto in forma anonima e inoltrato, per via telematica o cartacea, dal valutatore al Direttore che gli ha conferito l'incarico.

Tutti i contributi pubblicati sulla Rivista saranno sottoposti alle procedure di revisione/valutazione di cui al presente regolamento, esclusi quelli indicati nell'art. 9, § 5 del regolamento ANVUR per la classificazione delle riviste per le aree non bibliometriche. Soltanto in casi eccezionali la Direzione può assumere direttamente la responsabilità della pubblicazione, segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

4. ESITO DEL REFERAGGIO.

La procedura può avere i seguenti esiti:

- Se la valutazione è favorevole per l'autore il contributo viene ammesso nella Rivista senza ulteriori formalità. - Se la valutazione ha esito negativo il contributo è rifiutato e si dà comunicazione all'autore, allegando la valutazione.

In caso di valutazione positiva, il valutatore può formulare commenti/suggerimenti che verranno trasmessi all'autore, in forma anonima, e quest'ultimo potrà o meno acquisirli a sua discrezione.

Le regole di cui al paragrafo 4 si applicano anche alle ipotesi di nomina di due *referee*, qualora entrambe le valutazioni espresse siano negative oppure positive. Qualora, invece, i giudizi dei due *referee* dovessero essere discordanti, è facoltà della direzione decidere sulla pubblicazione o meno del contributo, valutando la possibilità di sottoporre il contributo alla revisione di un terzo *referee* e procedendo alla pubblicazione in caso di valutazione positiva.

5. CONSERVAZIONE ATTI. Il materiale relativo alla procedura verrà conservato con la massima cura e riservatezza dalla segreteria di redazione, in formato cartaceo ed elettronico a disposizione dell'ANVUR o di altre Autorità di controllo.