

# 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 Degennaro

*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 COCA, 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 FRANCIOSI, 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 MORBIDELLI, Luca Raffaello PERFETTI, Eugenio PICOZZA, Olivier RENAUDIE, Marco RUOTOLO, Fabio SAITTA, Fabio SANTANGELI, Bruno SASSANI, Andrea SCELLA, Karl Peter SOMMERMANN, John SORABJI, Giovanni SERGES, Mario SPASIANO, Fabrizio TIGANO, Roberta TISCINI, Giuseppe TRISORIO LIUZZI, Antonio URICCHIO, Francesco VOLPE

*Comitato di Valutazione*

Ferruccio AULETTA, Giorgetta BASILICO, Salvatore BOCCAGNA, Manfredi BONTEPELLI, Carlo BONZANO, Marco CABLABRO, 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 FULANO, Walter GIULIETTI, Andrea GIUSSANI, Marco GRADI, Antonio GUIDARA, Margherita INTERLANDI, Giampaolo IMPAGNATELLO, Beatrice GAMBINERI, Mariacarla GIORGETTI, Michele Angelo LUPOI, Raffaele MANFRELLOTTI, Nino PAOLANTONIO, Carla PANSINI, Sergio PERONGINI, Roberto POLI, Barbara POLISENO, Guido SALANITRO, Giuseppe Andrea PRIMERANO, Stefano Salvatore COCA, 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 FABBI, 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 SINISI, Giordana STRAZZA, Enrico ZAMPETTI

*Comitato di Redazione*

Carmelo LA FAUCI BELPONER, Marco CAPPAL, 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 3/2024

# 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:

ANTONIO BRIGUGLIO

Ordinario nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

BRUNELLA BRUNO

Consigliere di Stato

ADRIANA CIAFARDONI

Dottoranda nell'Università degli Studi di Parma

VALENTINA CICHELLI

Dottoranda nell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Bari-Casamassima

BIAGIO G. DI MAURO

Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Enna "Kore"

ALESSANDRO FABBI

Associato nell'Università degli Studi di Catania

PAOLA MILIOTO

Dottoranda nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara

MARCO MONGELLI

Dottorando nell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Bari-Casamassima

ANTONIO ROMANO

Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara

CLARA SILVANO

Dottore di ricerca nell'Università degli Studi di Padova

DOMENICO FRANCO SIVILLI

Dirigente Generale del Consiglio di Stato

GIORDANA STRAZZA

Associato nell'Università degli Studi di Salerno

FRANCESCO TRAPELLA

Ricercatore nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara

GIOVANNI VERDE

Emerito nell'Università LUISS "Guido Carli" di Roma

---

# sommario

---

## Saggi

<i>Attualità del principio dell'onere della prova</i> di GIOVANNI VERDE .....	625
<i>Il giudicato e l'efficacia preclusiva</i> di ANTONIO BRIGUGLIO .....	653
<i>Situazioni giuridiche e processo civile: micro-speculazioni tra dogmi, categorie e concetti, dall'angolo visuale dell'accordo</i> di ALESSANDRO FABBI .....	699
<i>Digitalizzazione della Giustizia amministrativa italiana: l'impiego delle tecnologie di IA</i> di BRUNELLA BRUNO - DOMENICO FRANCO SIVILLI.....	775
<i>Il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di pubblici servizi tra giurisprudenza formalmente consolidata e casistica della prassi sostanzialmente divergente</i> di BIAGIO G. DI MAURO .....	803

## Dialoghi con la giurisprudenza

<i>Il principio di necessaria elasticità del software: verso un soccorso istruttorio "automatizzato"?</i> Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza 16 febbraio 2024, n. 1588 Commento di MARCO MONGELLI.....	843
<i>La difesa contingentata: sull'inammissibilità da superamento dei limiti di estensione del ricorso</i> Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 22 settembre 2023, n. 8487 Commento di GIORDANA STRAZZA.....	877
<i>La violazione dei limiti dimensionali degli atti processuali: un monito dal giudice amministrativo</i> Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 13 ottobre 2023, n. 8928 Commento di CLARA SILVANO .....	891
<i>Cumulatività delle domande congiunte e rinvio pregiudiziale: il compromesso della Cassazione</i> Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza 16 ottobre 2023, n. 28727 Commento di VALENTINA CICCHELLI .....	909

**Attualità**

*L'onere della prova nel sistema giurisdizionale: cronaca di un convegno  
(Chieti, 5 e 6 dicembre 2024, Università "G. d'Annunzio" di Chieti -  
Pescara)*

di ADRIANA CIAFARDONI - PAOLA MILIOTO - ANTONIO ROMANO - FRANCESCO TRAPPELLA .....

949

### Attualità del principio dell'onere della prova

di GIOVANNI VERDE

SOMMARIO: 1. I limiti del linguaggio giuridico e la mistificazione delle parole. — 2. Il carattere pubblico del processo e i poteri del giudice (tra tecnica e valori). — 3. L'attuazione della legge e i processi. — 4. Il “*non liquet*”. — 5. La crisi della fattispecie (il momento “*clou*”). — 6. Un settore chiave: le controversie per responsabilità medica. — 7. L'entificazione del “fatto”. — 8. L'ibrido: rappresentazione e dimostrazione; conoscenza e valutazione. — 9. L'onere esce di scena in favore del rischio: quel che ci resta.

#### 1. I limiti del linguaggio giuridico e la mistificazione delle parole.

Scrivendo Carnelutti che “la verità è come l'acqua: o è pura o non è verità”. Da qualche tempo mi intriga l'uso improprio dei concetti o, come direbbe un noto giurista-scrittore, la manipolazione delle parole. Nel riportare la verità, che è un concetto, all'acqua, che è una cosa, si compie una prima manipolazione, che porta ad entificare un concetto, a trattare la verità come fosse una cosa. E i concetti trattati come cose diventano suscettibili di attributi, così che possiamo mettere a confronto (e lo fa Carnelutti nel passo citato) la verità materiale e quella formale. Di più: si creano equivoci. L'acqua sporca è pur sempre acqua.

I limiti del mio linguaggio — diceva Wittgenstein — significano i limiti del mio mondo. Un sostantivo — egli notava — ci induce a cercare qualcosa che gli corrisponda. Di ciò consapevoli dovremmo con attenzione non lasciarci sopraffare dalle parole, non trasformarle in altrettanti “*idola*” che ci condizionano. Così è per la parola “verità” riferita al processo, ma è anche per la parola “fatto”, che non è una “cosa” di cui — come ci ricorda

Russell — si abbia conoscenza “diretta”, perchè possiamo averne conoscenza solamente per “descrizione”, rievocandolo con una rappresentazione che cerca in qualche modo di farlo rivivere.

Non è questa la sede per riproporre il dibattito sulle regole che servono a guidare la conoscenza, ossia per fare sfoggio di cultura richiamando, ad es., Carnap o Popper. Ci basta affermare che parliamo di probabilità e di misura della probabilità, mai di certezza. L'affermazione di “verità di un fatto” che è a base della decisione giudiziale, dobbiamo ammetterlo, si concreta in una sorta di attestato di conformità dell'accadimento del passato alle proposizioni che lo rappresentano; attestato che il giudice rilascia a seguito di un procedimento di validazione che noi chiamiamo “accertamento”. Di conseguenza, l'affidabilità di un processo organizzato dallo Stato sta negli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione del giudice o, se si preferisce, nell'affidabilità del procedimento di validazione per pervenire all'affermazione che la proposizione fattuale rilevante ai fini della decisione è conforme all'accaduto.

## **2. Il carattere pubblico del processo e i poteri del giudice (tra tecnica e valori).**

Eppure c'è stato un tempo — di cui sopravvivono scorie ancora in recenti decisioni della Corte di cassazione, ad es. in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati (come leggo in Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2020, n. 741) — in cui, essendosi affermata la natura pubblica del processo e dando per scontato che possano esservi due verità, quella materiale e quella formale, dalla natura pubblica del processo statale si è fatta derivare l'esigenza che il giudice sia fornito di tutti gli strumenti di ricerca della verità cd. materiale (un idolo per il quale abbiamo, nel passato, pensato che la prova principe fosse la confessione e che per ottenerla fosse lecito qualsiasi mezzo, anche la tortura). Poiché in giudizio il processo di validazione delle proposizioni fattuali inevitabilmente interseca con i diritti di libertà, di privatezza e di autonomia dei soggetti, abbiamo per fortuna compreso che il con-

flitto non si risolve qualificando il processo come pubblico, ma cercando un punto di equilibrio tra i poteri del giudice e i diritti della persona.

Anche la parola “processo” finisce in tal modo per essere manipolata e anche in questo caso abbiamo entificato il “processo”, rendendolo suscettibile di attributi. Il processo non è altro che un regolato succedersi di azioni; un ordinato susseguirsi di eventi concatenati che ha per obiettivo e si conclude con una decisione. Lo Stato non può non assumere l’onere di gestire i processi e di affidarli a funzionari pubblici. Che lo faccia in regime di monopolio o no costituisce una variabile. Da ciò non si può derivare che i poteri istruttori di questi funzionari — ossia dei giudici — debbano essere ampi, perché il processo serve ad “attuare la legge”. È evidente che la modulazione dei poteri del giudice deve avvenire in funzione della natura degli interessi in gioco. La sensibilità per gli interessi in gioco è anch’essa variabile. Negli Stati autoritari è scarsa o nulla la sensibilità nei riguardi dei diritti delle persone per cui i poteri giudiziari, anche se a macchia di leopardo, sono assai estesi (ed esistono luoghi in cui la tortura è purtroppo ancora praticata); nei regimi democratici, invece, si pongono problemi delicati di equilibrio che devono trovare adeguata soluzione. Se ne va, ed è bene che così sia, alla costante ricerca.

Quando colleghiamo, inoltre, la natura pubblica del processo statale alla funzione del processo di “attuare la legge” finiamo per compiere una pericolosa generalizzazione: infatti, la cd. attuazione della legge nel processo penale riguarda l’esercizio della potestà punitiva dello Stato; nel processo amministrativo e in quello tributario normalmente la legittimità dell’operato dell’Amministrazione; nel processo civile la fondatezza della pretesa. Nel processo penale sono in gioco beni fondamentali della persona (la vita, la dignità): qui “attuare la legge” impone che il procedimento di validazione (ciò che chiamiamo ricerca della verità) sia particolarmente accurato e penetrante; nel processo amministrativo e in quello tributario l’esigenza è la stessa, anche se di intensità minore, trattandosi di decidere dell’uso legittimo del po-

tere pubblico; nel processo civile la discrezionalità del legislatore è più ampia, perché potrebbe bastare che assicuri alla parte una ragionevole soluzione della controversia, modellando in questa prospettiva la misura dei poteri riconosciuti al giudice.

La scelta del nostro legislatore è in questo senso. Diversamente la prova legale costituirebbe un limite inaccettabile; neppure si potrebbe discutere dell'utilizzabilità delle prove illecite alla luce dei principi costituzionali (e infatti, l'unico attributo appropriato alla prova sarebbe quello di utile); qualsiasi disposizione ostativa alla libera e totale utilizzazione degli strumenti di cui si è a disposizione per pervenire alla certificazione di conformità tra rappresentazione dell'accaduto e quest'ultimo dovrebbe essere bandita. Ma prima ancora dovrebbero essere bandite le disposizioni che stabiliscono le inammissibilità delle richieste probatorie o delle produzioni documentali per intempestività, dovendo tali richieste essere trattate alla stregua di semplici sollecitazioni rivolte al giudice perché utilizzi i suoi poteri di indagine. Mi viene da dire che paradossalmente il nostro sistema riconosce agli arbitri, protagonisti di un processo "isonomico", possibilità maggiori di quelle riconosciute al giudice statale per pervenire a un più attendibile attestato di conformità non subordinando il procedimento di validazione a preclusioni.

Fermo che il cd. accertamento dei fatti nel processo si risolve in un'attività di validazione ampiamente condizionata e limitata, è singolare la sorte dell'art. 2697 c.c., con il quale il legislatore ha espresso — parlando per immagini — la pretesa di ripartire gli oneri probatori in relazione alla natura dei fatti, ossia alla possibilità di individuare gli episodi di vita che la legge qualifica come costitutivi o impeditivi o estintivi. Il nostro sistema, che ha accettato passivamente la possibilità che la mancata tempestiva richiesta probatoria o la mancata tempestiva produzione documentale possa essere rimediata in appello, essendo calata implacabile la mannaia della preclusione, sembra, invece, accettare che al giudice spetti di stabilire chi e come deve provare in relazione a chi ha la possibilità di farlo. È un paradosso al quale ci siamo assuefatti. Ci dovrò ritornare.

### 3. L'attuazione della legge e i processi.

La verità è che il carattere pubblico del processo, ossia il fatto che esso sia affidato a un giudice dello Stato, è ai nostri fini irrilevante; rilevano, invece, le situazioni dedotte nel processo che sono diverse e hanno diversa importanza, così che, come ho notato, si giustificano procedimenti diversi di validazione messi a disposizione del giudice per rilasciare quello che ho chiamato “attestato di conformità”.

Leggiamo, ad es., l'art. 64 c.p.a.: «Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni» (comma 1). Non si parla di fatti “costitutivi, estintivi o impeditivi” e soprattutto si collega l'onere alla “disponibilità” degli elementi di prova. In realtà il precedente art. 63 tratta dell'onere della prova non in funzione del riparto degli oneri probatori, ma del rischio per la mancata prova, confermando il tradizionale metodo acquisitivo. Nel codice di procedura penale non c'è disciplina dell'onere della prova. Gli artt. 187 ss. hanno per oggetto la prova e la sua assunzione in un sistema che vorrebbe essere accusatorio (un aggettivo sul quale dovremmo intenderci). Nel d.lgs. n. 546 del 1992 (sul processo tributario) leggiamo che “le corti di giustizia tributaria di primo e secondo grado, ai fini istruttori e nei limiti dei fatti dedotti dalle parti esercitano tutte le facoltà di accesso, di richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti conferite agli uffici tributari ed all'ente locale da ciascuna legge d'imposta”.

Questi processi non sono “più” pubblici di quelli che si celebrano dinanzi al giudice civile ordinario. È solo che dinanzi ai giudici penali, amministrativi e tributari vengono in rilievo situazioni in cui sono in gioco interessi che, sia pure in diversa misura (che per natura di cose è massima nel processo penale e per volontà del legislatore, condizionato dalla presunzione che il contribuente sia un possibile evasore, è egualmente massima nel processo tributario; minore in quello amministrativo), trascendono le persone coinvolte. Di conseguenza in questi processi un problema di collocazione dei fatti all'interno della fattispecie non ha ragione di essere posto

e non hanno, così, ingresso le infinite questioni sulla ripartizione degli oneri probatori. D'altra parte, nello stesso processo dinanzi al giudice ordinario ci sono casi o controversie in cui pensare ad una ripartizione degli oneri probatori non ha senso; si pensi ai processi che hanno ad oggetto le persone o i rapporti familiari. Di ciò mi resi conto mezzo secolo fa e limitai la mia ricerca al processo civile dinanzi al giudice ordinario, tenendomi anche lontano da tentazioni di comparazione con il "*common law*", al quale pure avevo dedicato studi, a partire dalla lettura di Wigmore, che rimasero quasi inutilizzati. Mi ero reso conto che avevo posto al centro della mia ricerca la fattispecie, che in quel sistema non ha o ha scarsa rilevanza, per cui avrei creato confusione fra sistemi che all'epoca, molto più di oggi, mi apparivano tra di loro incompatibili.

#### 4. Il "*non liquet*".

I processi celebrati non si possono riaprire. Nel passato suggestionato dal dibattito sulla possibilità che il giudice se la cavi con un "*non liquet*" avevo individuato nell'art. 2697 c.c. la disposizione che ne contiene l'implicito divieto. La disposizione sarebbe una sorta di supporto al giudice, perché metta a tacere i suoi dubbi o le sue incertezze. Gli dà la possibilità di liberare la sua coscienza e di bere l'amaro calice della decisione, pure essendo intimamente dilaniato dal dubbio, dando per inesistenti i fatti non sufficientemente provati o, per essere aderenti al reale stato delle cose, dichiarando di non potere attestare che la rappresentazione dei fatti è conforme all'accaduto. E il parlare di onere e non di obbligo di provare ci consente di tenerci lontani da quanti immaginavano che si potesse dare qualche sostanza al cd. rapporto giuridico processuale.

Mi rendo conto, oggi, di avere dato consistenza giuridica a qualcosa che va situato nell'area della psicologia. In effetti il giudice "deve" decidere, perché glielo impone la funzione che esercita, come non si mette in dubbio non soltanto nei Paesi di *civil law*. E posto che non gli si può evitare di decidere, che la sua decisione impedisca alla parte di potere (utilmente) riproporgli la pretesa discende dall'effetto preclusivo (che noi sintetizziamo nella parola-concetto di giudicato)

collegato alle decisioni giudiziali quando si sono esauriti gli strumenti utilizzabili all'interno di un compiuto processo.

Giustifico me stesso rilevando che l'art. 2909 c.c. dà per scontato che il giudice "accerti", per cui si rende necessaria una sorta di finzione in forza della quale si dà per accertato (*recte*: attestato) ciò di cui è mancato l'accertamento (*recte*: l'attestazione). E in questa prospettiva l'art. 2697 avrebbe rilievo non solo "psicologico", ma giuridico, perché renderebbe legittima la "finzione".

Il rischio del "non provato" è, allo stato delle cose, inevitabile. Può essere ridotto? Di sicuro la scienza ci mette a disposizione strumenti per investigare nel passato dei quali non possiamo non avvalerci. Il problema è quello dei limiti trattandosi di strumenti che non possono non incidere pesantemente sul diritto delle persone (fortunatamente da noi soltanto) alla riservatezza. Aggiungiamo la presunzione di potere stabilire criteri obiettivi per misurare gli standard di convincimento del giudice, così soppiantando la "prudenza" di cui parla il nostro codice. Ci fu un'epoca in cui fu fatto qualcosa del genere, quando si diede, ad esempio, valore numerico alla testimonianza in funzione del ceto sociale dei testimoni. Era l'epoca dell'*unus testis nullus testis* (di cui trovo traccia perfino in Beccaria). Ma allora quelle dottrine avevano il merito di imprimere razionalità a una ricerca dominata da pregiudizi, superstizioni e ignoranze. Nell'attuale livello di civiltà sarebbe — lo vorrei ricordare agli amici che mi hanno fatto l'onore di coinvolgermi nell'iniziativa della neonata associazione di studiosi della prova — soltanto frutto della presunzione di potere interferire sull'impenetrabilità dell'essere umano. Ci tornerò parlando delle intelligenze artificiali.

## **5. La crisi della fattispecie (il momento "clou").**

Nel passato avevo fortemente creduto che dall'art. 2697 c.c. si potessero desumere criteri che delimitassero i poteri del giudice nella attività di attestazione della conformità della rappresentazione in giudizio dell'accaduto al reale andamento delle cose. Da positivista temperato (quale mi sono definito per onestà intellettuale)

pensavo che l'art. 2697 fosse una norma di garanzia per le parti, in quanto il giudice si sarebbe dovuto attenere a tal fine a criteri prestabiliti, non avendo il potere di stabilirli di volta in volta adeguandoli al caso. Vi era — come ha rilevato Sassani — un'implicita adesione alla "*Normentheorie*" e un riferimento, come modello, al libro di Rosenberg, anche se, essendo per l'appunto un positivista "temperato", avevo ben presente che è impossibile incapsulare la vita in forme precostituite e avevo, perciò, non solo dedicato una parte non minima del libro alle presunzioni giurisprudenziali, ma anche esaminato in lungo e in largo i fatti impeditivi — che avevo distinto dalle presunzioni —, costituendo questi ultimi gli snodi capaci di conferire al sistema la necessaria elasticità.

Il clima culturale era quello. Il positivismo era ancora un valore, in quanto la legge, ossia la forma era considerata comunque come lo strumento migliore che l'uomo abbia saputo inventare per garantire l'eguaglianza nella libertà. Non avevamo ancora metabolizzato a sufficienza ciò che comportava la penetrazione nel sistema vivente di una legge sovraordinata, intrisa di valori. L'evoluzione degli anni successivi a quelli in cui ho pubblicato il libro sull'onere della prova sono contrassegnati dalla lenta assimilazione di quei valori, con l'inevitabile erosione della "forma" per la quale la legge evapora in diritto, sostituendo alla sua oggettività il soggettivismo di chi non interpreta la legge, ma le dà significato.

La data con cui si conclude il processo di assimilazione e si dà inizio al nuovo ciclo, ossia lo spartiacque, può essere individuata nella sentenza delle Sez. Un. n. 13533 del 2001 che, in un'azione di risoluzione contrattuale, impose sul convenuto l'onere di provare l'adempimento, in quanto l'operare della regola dell'onere della prova va ricondotto non ad astratti criteri di costruzione della fattispecie, ma a criteri di ragionevolezza.

Si è inaugurato un nuovo percorso che ha trovato il suo terreno di coltura soprattutto nelle controversie da responsabilità del professionista, in particolare del medico; nelle controversie di lavoro; in quelle in cui in giudizio c'è una parte svantaggiata (consumatore, utente ecc.)

Esemplifico: il lavoratore che impugna l'illegittimità del licenziamento non ha l'onere di provare il requisito occupazionale (Sez. Un., n. 141 del 2006); grava sull'impresa sanzionata l'onere di provare che la condotta non è anticoncorrenziale, ma determinata da fattori ad essa estranei in una controversia in cui il consumatore aveva agito per il risarcimento dei danni (Cass., n. 11904 del 2014); spetta agli amministratori di provare che la loro attività rientri nella normale attività di impresa in una controversia risarcitoria (Cass., n. 2156 del 2015) e così via. È inutile continuare.

È inevitabile che in questo modo il governo degli oneri probatori si trasformi in qualcosa di assai simile alla "protezione" della parte debole nel processo, che in qualche modo mette in discussione la terzietà del giudice. La cartina di tornasole sta nella vicenda delle controversie da responsabilità del medico.

## **6. Un settore chiave: le controversie per responsabilità medica.**

Sull'abbrivio di dottrina importata da paesi di *common law*, che ha spostato il baricentro della responsabilità extracontrattuale dalla condotta imputabile al pregiudizio ingiusto da risarcire, all'inizio del secolo i nostri giudici hanno inaugurato una stagione di forte protezione del paziente, al quale sarebbe bastato provare il danno patito "dopo" un trattamento sanitario, spettando al professionista di provare l'esatto adempimento e quindi il rischio di dovere corrispondere il risarcimento qualora non fosse riuscito a darne sufficiente prova (Sez. Un., n. 577 del 2008). Azioni risarcitorie e accoglimenti a cascata hanno prodotto effetti negativi sulla spesa pubblica (a causa dell'aumento degli oneri assicurativi e della stessa difficoltà per gli operatori di stipulare polizze assicurative dal costo sostenibile) e il ricorso alla c.d. medicina difensiva (con effetti non meno perversi, quali la burocratizzazione dell'attività presidiata da protocolli che prescrivono i comportamenti adeguati e il ricorso ad accertamenti diagnostici spesso costosi e sovrabbondanti). I giudici hanno tentato di modificare i loro criteri di giudizio: il paziente non può limitarsi a provare che il pregiudizio si è realizzato "dopo" il trattamento sanitario, ma deve provare che si è verificato "a causa"

del trattamento (a partire da Cass., 26 luglio 2017, n. 18392 che pone sul paziente l'onere di provare — *recte*, dimostrare — il nesso causale tra condotta e aggravamento e sul professionista quello eventuale e successivo, che l'evento è dipeso da causa non imputabile o inevitabile con l'ordinaria diligenza). Hanno, così, aperto un nuovo fronte alle controversie e alle incertezze, perché il “nesso causale” non è un accadimento la cui rappresentazione in giudizio può essere predicata in termini di conformità, ma una “valutazione” che da un accadimento, la cui rappresentazione è sufficientemente confermata, fa derivare un ulteriore accadimento. Di conseguenza in termini di stretta logica siamo fuori dal terreno della prova (ossia della conferma), tanto ciò è vero che i giudici hanno elaborato criteri non di accertamento, ma di valutazione e quello che oggi va per la maggiore è il criterio, anch'esso di importazione dai sistemi di *common law*, del “più probabile che non”, che lascia larghi spazi a valutazioni discrezionali posto che i giudici, da un lato, affermano che si tratta di valutazioni affidate alla loro prudenza e, dall'altro lato, lasciano aperta la porta alle presunzioni (v. ad es., Cass. 13872 del 2020; 15991 del 2013; 15991 del 2011).

In questo modo hanno spostato il problema dal terreno della dimostrazione a quello della persuasione, dando in qualche modo ragione a chi ha posto l'arte della convinzione al centro dell'attuale processo (penso a Perelmann, ma non alla sua idea di “uditore universale”; qui la persuasione è in stretto rapporto con le ideologie di cui ciascuno è portatore). Ancora una volta le parole fanno da schermo. E così i giudici discutono del valore probatorio dei verbali di accertamento delle commissioni mediche (se ne è discusso per i numerosi casi di lesioni da emotrasfusione) ai quali da ultimo si è dato valore presuntivo (Sez. Un., 6 luglio 2023, n. 19129) con evidente riferimento non a fatti, ma a valutazioni (incidentalmente noto che del problema si è discusso anche per il valore da dare agli accertamenti contenuti nelle decisioni delle Authorities e in particolare di quella garante della concorrenza e del mercato: v. Cass., 4 ottobre 2021, n. 26869, dove si discute di prova e di presunzioni. In realtà si è di fronte a un'ibridazione tra

l'attività decisoria dell'organo amministrativo e quella successiva del giudice in un diritto privato regolatorio sempre più caratterizzato “*by the coming together of administrative enforcement and judicial enforcement*”). Non ce ne dobbiamo, però, meravigliare, dal momento che all'oggettività del positivismo fondato sulla preminenza della forma, ossia della legge, stiamo sostituendo la soggettività di un neogiusnaturalismo fondato sulla prevalenza della sostanza, ossia del diritto; con un occhio particolare alle esigenze di un'economia sempre più complessa e sofisticata.

Resta solo da aggiungere che la situazione ha richiesto l'intervento del legislatore (l. n. 24 del 2017), che, peraltro, non ha risolto, ma ha spostato il problema, in quanto — a quel che so — le strutture preferiscono non assicurarsi, essendo i costi delle polizze divenuti esorbitanti, così scaricando sul sanitario l'onere dell'assicurazione.

## **7. L'entificazione del “fatto”.**

Torniamo al “fatto”. Intendiamo per fatto un accadimento, che viene rappresentato nel processo. La rappresentazione, perciò, “ritaglia” un frammento del passato, un “accadimento” che la norma giuridica prende in considerazione trasformandolo in “caso” (Irti dottamente ci ricorda che per Leibniz “*casus definitur factum in ordine ad jus*”), ossia in “fattispecie”; ossia in “ipotesi” alla quale la legge dà qualche rilevanza o, se si preferisce, collega un effetto. Si trasforma in definitiva in un concetto.

Lo abbiamo entificato e quindi abbiamo immaginato che esista il “fatto negativo”, che è un ossimoro, perché il fatto che “non esiste” è un “non fatto” e il legislatore, per quanto sia padrone di rendere i cerchi quadrati, non può trasformare in esistente ciò che non esiste. Ciò che non esiste non può essere rappresentato e, quindi, non può essere oggetto di validazione da parte del giudice; può esserlo eventualmente e indirettamente, stabilendo un rapporto di incompatibilità tra fatti accaduti e i “non fatti” presi in considerazione dalla disposizione di legge.

L'art. 2697 c.c., pertanto, prende e non può che prendere in considerazione i fatti, ossia gli accadimenti. Non è che, come dice-

vano gli antichi, il non-accadimento “*non eget probatione*”, è che esso non “può” essere provato (“*probari non potest*”). Giocando con i concetti, abbiamo dato vita al fatto negativo, ossia al non fatto, lo abbiamo trasformato nel suo contrario, ossia nel fatto; il non accaduto è diventato accaduto e lo abbiamo ricondotto nell’ambito della disposizione. In realtà, se in un processo si pone il problema del fatto negativo, è perché vi è una situazione giuridica che si sarebbe modificata se si fosse realizzato un determinato accadimento, così che il problema da risolvere sta nell’individuare chi subisce il rischio se manca la prova che l’accadimento si è verificato. Infatti, quando si pongono a carico di qualcuno le conseguenze sfavorevoli di un avvenimento che non si è verificato, è come se si ponesse a suo carico una presunzione legale (non diversamente nell’alto Medio-evo si riteneva che l’accusato dovesse provare la sua innocenza, ponendo sul suo capo una presunzione di colpevolezza).

Torniamo al “*leading case*”, alle Sez. Un. del 2001. L’attore che agisce per la risoluzione del contratto introduce nel processo una pretesa che nasce dall’inadempimento; una parola, questa, che — direbbe Kelsen — ha diritto di cittadinanza nel mondo del “*sollen*”, non in quello del “*sein*”. Dobbiamo scandagliare il nostro linguaggio, in cui le parole spesso sono significanti riassuntivi di discipline e non rappresentativi di essenze del mondo dei fenomeni. Pretendere, perciò, che l’attore in risoluzione dia prova dell’adempimento si risolve nel pretendere che egli provi che nel passato non ci sono stati comportamenti del debitore dalla cui rappresentazione nel processo si sarebbe potuto derivare che l’obbligazione era stata adempiuta; ossia riteniamo che l’attore avrebbe dovuto provare l’inesistenza di fatti estintivi, ossia di non fatti, di cui si può dare, talora e, quindi, non sempre, prova indiretta, provando accadimenti incompatibili con il fatto estintivo.

Le Sez. Un. se ne resero conto, ma nell’indicare una diversa via per la soluzione di un problema specifico, formularono criteri generali da applicare in qualsiasi processo. È la conseguenza del volere “fare diritto”, della vocazione alla “nomopoiesi”. Se fosse rimasta aderente al caso da decidere, avrebbe avvertito il bisogno di un’in-

dagine specifica, più dettagliata. Infatti, il principio affermato trova sicuro campo di applicazione quando il contratto obbliga il debitore a prestazioni di dare, perché il non fatto, ossia il “non ricevuto”, il “non consegnato” non può essere provato mediante un fatto incompatibile. Il campo delle obbligazioni di fare, invece, è più problematico. Bisogna distinguere le obbligazioni in cui la prestazione consiste nel realizzare un’opera da quelle in cui la prestazione si risolve in un comportamento. Quanto alle prime, se, ad es., l’appaltatore non ha eseguito l’opera o non l’ha eseguita correttamente, dovrebbe bastare l’affermazione che l’opera non è stata realizzata per giustificare la pretesa di risoluzione, là dove se l’opera non fosse stata eseguita correttamente, spetterebbe comunque all’attore di provare la difformità tra l’opera realizzata e quella pattuita. Quanto alle seconde bisogna distinguere i casi i cui il *facere* consiste in un comportamento che si esaurisce in uno spazio temporale circoscritto da quelle che riguardano attività prolungate. Nel primo caso sono necessarie ulteriori distinzioni: ad es., se l’obbligato è un artista che deve esibirsi al pubblico, l’attore potrà limitarsi ad affermare la mancata presenza nel luogo e nel tempo previsti nel contratto. Se è qualcuno che si è obbligato a una prestazione da rendere in privato (il parrucchiere che deve pettinare la sposa; un tecnico obbligato a un pronto intervento ecc.), il creditore può premunirsi con una prova (testimoniale; fotografica ecc.) della sua mancata presenza nel luogo e nel tempo stabilito e, quindi, del mancato adempimento. Se, invece, l’obbligato è tenuto ad una prestazione continuata che si prolunga nel tempo, la prova potrebbe essere offerta, per così dire, a campione, isolando singoli momenti dai quali inferire la continuità dell’inadempimento. Ma si tratterebbe pur sempre di una prova induttiva, laddove la controparte più facilmente potrebbe fornire la prova di avere eseguito la prestazione. In questo caso è evidente che il giudice dalla mancata offerta di prova da parte di chi potrebbe darla più facilmente potrà trarre elementi per fondare il suo convincimento. Del non corretto adempimento e della sua importanza, infine, l’attore non potrà non dare prova, perché la mancata corrispondenza tra la prestazione pattuita e quella resa si risolve in un accaduto, e quindi in un fatto.

Non va confuso il problema dell'accertamento del fatto negativo con quello dell'accertamento negativo. In questo caso non è l'ordinamento a disporre, ma è l'attore a decidere che il giudice accerti l'inesistenza di avvenimenti che abbiamo modificato la sua preesistente situazione giuridica. Me ne occupai mezzo secolo fa giungendo alla conclusione che "la legittimità dell'aggressione, rispetto alla fattispecie evocata nel processo con l'azione di accertamento negativo, costituisce un autonomo fatto impeditivo", della cui prova è onerato il convenuto. Anche se su singole posizioni ho cambiato opinione, ritengo ancora valida la conclusione e ricerche recenti non mi sembrano lontane da quelle conclusioni.

### **8. L'ibrido: rappresentazione e dimostrazione; conoscenza e valutazione.**

Non riusciamo a districarci tra accertamento dei fatti e valutazione. Nel mondo del diritto il fatto non deve essere non semplicemente "rappresentato", "mostrato", "narrato". Dagli studiosi di fenomenologia abbiamo appreso che la semplice rappresentazione degli eventi secondo la dimensione temporale non basta; ciò che è rappresentato o mostrato acquista significato a seguito di un processo di "dimostrazione" o di "valutazione". Esempio: se narro di avere visto una persona vestita con una tonaca che da un calice traeva un piccolo oggetto tondo e bianco che ha consegnato nelle mani di altra persona che gli stava di fronte, la quale ha portato l'oggetto alla bocca, narro di avere visto due persone che stavano praticando il rito della Comunione (vado a mente ricordando come Tolstoj in *Resurrezione* descrive il rito). Ho inevitabilmente introdotto nella narrazione un elemento di valutazione. Ciò è ancora più inevitabile nel mondo del diritto nel quale dagli avvenimenti dobbiamo trarre elementi per qualificarli giuridicamente. Trattiamo, tuttavia, allo stesso modo il procedimento di "rappresentazione-validazione" delle proposizioni rilevanti che descrivono accadimenti, ossia dei frammenti del passato — procedimento che si serve necessariamente di un "qualcosa" in grado di confermare la "rappresentazione" (il testimone, il documento,

la fotografia, la registrazione) — e il procedimento di “valutazione” giuridica degli stessi, al quale si fa ricorso quando si deve stabilire non se si siano verificati, ma se siano suscettibili di attributi qualificanti. Di sicuro, anche nel procedimento di accertamento dei fatti sono presenti momenti valutativi (il giudice deve valutare, ad es., l’attendibilità del testimone; la rilevanza del documento; l’autenticità della fotografia o della registrazione), ma ciò non ne costituisce l’essenza, come accade quando il giudice è costretto a “valutare”. Il nesso di causalità non è un “accaduto”, così come non lo è la “buona fede” o la “illiceità della condotta” o la “normale diligenza”. Talvolta il legislatore viene d’aiuto con la tecnica delle presunzioni. Di solito ci dobbiamo affidare alla prudenza del giudice, dietro la quale si annidano i fatti notori, le massime d’esperienza, le opinioni degli esperti e, perché no, la capacità persuasiva dei difensori. Il procedimento di validazione, che si dovrebbe concludere con predicati di esistenza (è), in questo caso si risolve necessariamente in attestati di correttezza della valutazione (è ragionevole che sia), talora di opportunità o di convenienza. Da questo punto di vista la parte non offre e non può offrire la prova, può soltanto fornire elementi di persuasione. Qui Cicerone si prende la sua rivincita su Aristotele; l’*inventio* ha la prevalenza sul *iudicium*. Come diceva Schopenhauer, c’è tuttavia il rischio che l’importanza della dialettica stabilizzi “il modo di procedere della naturale prepotenza umana”.

Tutto ciò non va sottovalutato soprattutto nei tempi attuali. Vedo addensarsi un cielo di stelle opache: l’efficientismo economico, la serialità, l’uso della macchina. Il nuovo verbo parla di giustizia predittiva e avverto come un desiderio di affidarsi alle lusinghe dell’intelligenza artificiale. Entrambe, tuttavia, hanno come inevitabile presupposto la trasformazione del “fatto” in “dato” e la cristallizzazione della massima di esperienza o della conclusione dell’esperto in “standard” valutativi. Il beneficio della celerità e, se si vuole, della semplificazione paga il prezzo dell’abbandono della irripetibilità di tutte le vicende umane, per cui qualsiasi giudizio ha una vita propria e finisce con l’essere

diverso dall'altro; ha o può avere un esito prevedibile, mai certo.

Lo ammetto: il processo di "standardizzazione" è stato decisivo per il progresso dell'umanità. Si pensi al caos che ne deriverebbe se non si adottassero misure standard per le prese di corrente o per i tubi dell'acqua. Ma mi viene anche alla mente che essi sono stati alla base dell'economia fondata sulle previsioni. Nel campo alimentare ciò ha portato alla necessità di orientare produzioni equivalenti per dimensione, consistenza, colore, ossia conformi allo standard sufficiente per essere immesse sul mercato. Nei mercati abbiamo, così, mele o arance che garantiscono l'aspetto, la consistenza, la forma, ma non il sapore.

Non credo, perciò, che sia possibile opporsi all'evoluzione in atto, che è una tappa del cammino dell'umanità verso il futuro. "I fattori da cui nascono le cose esistenti, sono anche quelli in cui si risolve la loro estinzione, secondo il dovuto: infatti esse assolvono la giustizia e l'un l'altra pagano la pena della loro ingiustizia secondo l'ordine dei tempi". Ce lo ricordava Anassimandro nel VII secolo a. C. Ebbene, non so come l'uso dell'intelligenza artificiale possa incidere sul procedimento di validazione dei fatti nel processo. Dando per scontati i costi della serialità, bisogna lavorare per preservare il minimo indispensabile necessario per salvare l'umanità del processo (che è l'equivalente del sapore delle cose di cui ho parlato pocanzi).

Di sicuro il cammino dell'umanità, che era stato lento, ha subito un'accelerazione improvvisa. Forse, sarebbe auspicabile che ci fermassimo a riflettere, a praticare una sorta di sospensione dal giudizio (qualcosa di simile all'*epoché* di Husserl), perché un fideistico abbandono alle opportunità che offre l'intelligenza artificiale potrebbe condurre a processi di estraniamento in cui l'individuo rischia di perdere la sua identità. Kant contrapponeva l'essere morale (*l'homo noumenon*) all'essere fisico (*homo phaenomenon*), macchina parlante. E al primo appartiene la civiltà del dubbio, che non è della macchina. Mai come ora le conquiste della scienza ci hanno posto di fronte scelte che segnano il nostro destino.

## **9. L'onere esce di scena in favore del rischio: quel che ci resta.**

Quando, oramai più di mezzo secolo fa, ho iniziato a occuparmi dell'onere della prova vivevo in un mondo che poteva coltivare la presunzione che la “forma”, ossia la legge, e non il giudice potesse stabilire su chi cadesse il “rischio” della mancata prova. E il presupposto era che spettasse alla legge di dettare le coordinate necessarie per rivestire il fatto, trasformandolo in fattispecie, in “caso”, pensando a una legge descrittiva di fatti da qualificare. In questi anni la forma è stata maltrattata, accartocciata, piegata alle più disparate esigenze, essendo utilizzata non più per regolare, ma per provvedere e i confini tra la legge, generale e astratta, e il provvedimento, particolare e concreto, si sono perduti nei meandri del potere. Gli è che tutto ha un prezzo. La stessa legge, ossia la forma, è divenuta penetrabile dovendo la sua consistenza essere soppesata sulla bilancia dei valori, rapportata alla forma sovraordinata di cui si compone la Carta costituzionale, che è materata di valori e che è indifferente nei riguardi della fattispecie. Era inevitabile che la mia ricerca di allora ne riesca ridimensionata, perché è lo stesso concetto di fattispecie che ha perso di consistenza. Non è questo un rinnegare il proprio lavoro, della cui validità, quando fu scritto, sono convinto. È che i prodotti del pensiero non sono avulsi dai tempi in cui sono prodotti e sarebbe un errore rappresentarsi come idoli degni di devozione. È questa la ragione per la quale, pure ammirando la costruzione chiovendiana, ne avverto la quasi totale obsolescenza in quanto nacque su presupposti oggi profondamente mutati.

Nel clima attuale, i legislatori si adeguano con interventi recenti. Il codice spagnolo prevede che il giudice “deve considerare la disponibilità e facilità della prova di ciascuna delle parti della lite” (art. 217, comma 6° *Ley de Enunciamento Civil*; ma già esisteva una disposizione per la quale il giudice poteva disporre “misure per decidere meglio”: art. 340). Nei Paesi Bassi, nei quali — si badi — è ammessa la testimonianza della parte, l'art. 150 del codice di rito dispone che la parte ha l'onere di provare il fatto a base

delle conseguenze giuridiche che fa valere, salvo che “esigenze di ragionevolezza e di equità pongano un diverso onere della prova”. Se ne deduce che spetta al giudice di stabilire su quale parte ricade l’onere della prova di un fatto. Il codice di procedura civile brasiliano, dopo avere richiamato la tripartizione dei fatti (in costitutivi, impeditivi ed estintivi), ha di recente disposto che quando le peculiarità della causa rendono impossibile o eccessivamente difficile l’adempimento dell’onere di provare il fatto contrario, il giudice può attribuire l’onere della prova in modo diverso, a condizione che ciò faccia con una decisione motivata, dando alla parte la possibilità di soddisfare l’onere ad essa assegnato (art. 373).

È inutile dire che nei sistemi di *common law* un problema di ripartizione legale degli oneri probatori non esiste. Sarebbe difficile concepirlo in un sistema nel quale alla giurisprudenza è assegnata una funzione “creativa” del diritto, che non può non sposarsi con penetranti poteri giudiziali a partire dalle procedure di “*discovery*”. Si va alla ricerca, infatti, dei criteri, tutti più o meno discutibili: a) la parte è tenuta a provare ciò che è a base della sua “*affirmative proposition*”; b) o il fatto che nella controversia sia “*essential*”; c) o il fatto che è a base della richiesta; d) o il fatto che possa essere più facilmente provato dall’una piuttosto che dall’altra parte; e così via. Aggiungo che tra i Paesi europei, la Svezia è quello più prossimo al sistema di *common law*.

Se questa è l’evoluzione in atto, potrebbe apparire inspiegabile — lo ripeto — che i nostri giudici mai si siano opposti e, anzi, abbiano favorito una legislazione che ha costruito un processo disseminato di rigide preclusioni, oggi anticipate addirittura ad una fase per così dire *pre-trial*, che è la negazione di un processo costruito in funzione della ricerca della cd. verità materiale, per poi avvertire l’esigenza di perseguire questo obiettivo in relazione all’onere della prova. La risposta, credo, sta nel fatto che le prime riguardano i procedimenti di acquisizione dei fatti, per cui nulla costa addossarne i rischi sulle parti, mentre l’onere della prova impinge sul processo di valutazione, che riguarda il giudice, il quale per suo conto recupera una esigenza di giustizia dive-

nuta residuale (e spesso lo fa in maniera addirittura non rispettosa delle regole del contraddittorio). Né possiamo negare che c'è una sottile attrazione del nostro giudice a costruire il suo ruolo a somiglianza di quello di *common law*. Lo possiamo comprendere.

Riesumando affettuosamente il mio libro, Bruno Sassani osserva che a me “non piace l'*ex facto* che finisce per consegnare al giudice il potere finale di decidere cosa debba essere provato e da parte di chi” e che “la precostituzione legale delle fattispecie sostanziali è in ragione della prevedibilità delle risposte dell'ordinamento, onde vi contraddice il lasciare al giudice la scelta finale di riallocare il rischio della prova mancata sulla base di fattori mobili e imprevedibili (circostanze, peculiarità della situazione, qualità delle parti, loro posizione processuale)”. Di ciò i giuristi tedeschi sono così consapevoli da avere ritenuto che di una regola del genere non c'è bisogno, perché è una *Grundregel* da tutti riconosciuta (una sorta di “in sé” del sistema).

Il problema sta qui. Qualcuno ha ricordato che “in una società del disordine, il valore ‘ordinamentale’ del diritto forse non basta”. Non vorrei — come paventa questo autore — dovere andare alla mia “personale cripta dei cappuccini a salutare le tombe dei miei imperatori: nella convinzione che sia ancora meglio vivere *sub lege* che *sub rege*”.

Icasticamente è stato scritto, parlando dell'onere della prova, che si tratta di una regola che “*a le mérite d'éviter le double risque du deni de justice e de l'arbitraire du juge*”. Oggi, sul proscenio del processo l'onere è stato confinato tra le quinte e sulla ribalta resta il rischio. L'averlo, così, trasformato l'art. 2697 in una sorta di flessibile norma di indirizzo è il segno dell'attuale disordine ordinamentale nel quale il giudice “sottoposto alla legge” tende a “fare la legge” e, quindi, a sostituirsi al “re”, per cui a noi giuristi spetta il compito di contrastarlo là dove tracimi, oltrepassando ciò che è strettamente necessario e ragionevole.

Non è molto, ma è quanto allo stato ci resta.

### Nota bibliografica.

Nel mezzo secolo trascorso dalla pubblicazione del mio libro sull'onere della prova il tema ha continuato ad essere oggetto di riflessioni da parte della dottrina. Tra tanti ricordo gli interventi di Vallebona, con particolare riferimento alle controversie di lavoro, di Patti e di Comoglio. Oggi leggo una rassegna del pensiero medievale, più sul ragionamento presuntivo e sulle presunzioni che sull'onere della prova, in un articolo di NARDOZZA, *L'onere della prova e logica presuntiva. Note sul processo dei glossatori (tra XII e XIV secolo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 869 ss.

Allo stesso modo è stato oggetto continuo di riflessioni il tema sottostante delle prove (me ne occupai molti anni fa, redigendo la relativa voce per l'Enciclopedia del diritto), tra cui ho tenuto presenti gli scritti di CAVALLONE, *Il giudice e la prova*, Padova, 1991, di LOMBARDI (*infra*) e di POLI, *Prova e convincimento giudiziale del fatto*, Torino, 2023.

La frase di Carnelutti si legge a pagina 32 del suo *La prova civile* (1915), rist., Milano, 1992

La manipolazione delle parole è il titolo di un libro di CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, ed. Rizzoli, 2010; ma v. anche SENOFONTE, *Sociologia e filosofia del linguaggio*, Napoli, 1982.

La frase di Wittgenstein è tratta dalla proposizione 5.6 del *Tractatus logico-philosophicus*, trad. It. di G. CONTE, Torino, 1989. Ma ricordo che già Vico, che dedica molte pagine all'importanza del linguaggio (e al valore delle favole o dei miti), ci aveva detto che “le lingue vivono con gli imperi...con quelle concepiscono le formole delle loro religioni e delle loro leggi” (*La scienza nuova*, Milano, Mondadori, ed. del 1990, 1177).

Per la differenza tra conoscenza diretta e conoscenza per descrizione ho avuto presente RUSSEL, *I problemi della filosofia*, trad. it. di E. Spagnol, Milano, 2007.

Sulla concezione neopositivistica (di Carnap) e su quella falsifazionistica (di Popper) — temi che non mi appassionano, perché mi è sembrata una disputa tra chi sostiene che il bicchiere

è mezzo pieno e chi si oppone, sostenendo che è mezzo vuoto — mi è sufficiente rinviare alla documentata riflessione critica di LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 62 ss.

In disparte le infinite dispute sulla prova legale, ho qui tenuto presenti, quanto alle prove illecite, PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017 e, quanto alle prove atipiche, G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999.

Nel passaggio dall'*ordo* al *processus* — ricordando gli studi di Giuliani e Picardi — è inevitabile che si accresca il potere giudiziale. Marinelli, Bajons e Böhm, a seguito di un convegno, hanno pubblicato un libro sull'attualità del pensiero di Klein, *Die aktualität der Prozess-und Sozialreform Franz Kleins*, Bonn, 2015, che del ruolo attivo del giudice fu un apostolo appassionato. Mi ha intrigato lo scritto di Bohm che contrappone l'autonomia privata al potere giudiziale. Nelle democrazie liberali e nel pluralismo postmoderno, fino a quale punto è legittimo avere fiducia nel potere giurisdizionale? Se affidiamo ai giudici il compito di garantire la marcia per l'acquisizione della sempre maggiore consapevolezza delle nostre libertà (nel senso di Hegel), non può non essere posta l'eterna domanda: *Quis iudicet iudices*?: *Parteiautonomie versus Richtermacht: Die Verantwortung für die Programmierung des Verfahrensablaufs*, 149 ss., spec. 170 s.). Poiché nel testo ho richiamato il potere degli arbitri, preferisco ricordare (piuttosto che un mio scritto sul tema) Consolo (in *Riv. Dir. proc.*, 2015, 1383 ss.), che ha ben presente la differenza tra il processo statale e quello arbitrale, quest'ultimo costruito sul modello "isonomico". Se, poi, il nostro processo sia quello di uno Stato in cui si realizza una democrazia liberale ovvero quello di uno Stato in cui prevalgono ideologie autoritarie mi sarebbe piaciuto che ce lo dicesse Cipriani, il quale tacciava di autoritario il codice del 1942 (in particolare ho presente il suo "*Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*", Napoli, 1992"). L'ultima (ma non l'unica) trovata, che spero non abbia luce, sarebbe quella di decretare l'estinzione del processo se non è pagato il contributo unificato (Panzarola ha scritto un libro

su “*Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022”, che all’epoca di Chiovenda sarebbe stato probabilmente impensabile). Aggiungo che ci abbiamo messo del nostro, enfatizzando l’abuso del processo e la meritevolezza, ossia subordinando l’autonomia dei soggetti alle esigenze organizzative del servizio. Ma lo statalismo è subdolo e spesso si presenta sotto le mentite spoglie di un solidarismo non di rado di ispirazione cristiana.

Per illustrare il valore del passaggio dagli obblighi processuali delle parti agli oneri nel contesto di un’ideologia democratica liberale, e per la critica del cd. rapporto giuridico processuale bene ha fatto Marinelli a tradurre, introdurre e pubblicare Goldschmitt, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale*, Torino, 2019, di cui ricordo il punto di partenza: “i nostri diritti, anche quelli inviolabili, altro non sono che aspettative, possibilità, oneri” (così a pagina 1 della prefazione dell’Autore).

Il “*non liquet*” è presente negli ordinamenti dell’Europa continentale (si vedano i vari rapporti raccolti in J.M. LEBRE DE FREITAS, *The law of Evidence in the European Union*, Utrecht, ed. Kluwer Law, 2004), ma non è assente nei sistemi di *common law*, nei quali si parla di “*risk of non persuasion*”: v., ad es., JAMES-HAZARD, *Civil procedure*, 2<sup>a</sup> d., Boston, 1977, 241 ss., che richiamano Wigmore.

La storia della prova nel processo è l’epitome della storia della nostra civiltà. Per addentrarmi in questo lungo cammino ho sempre presenti i tre tomi su *La preuve*, raccolti dalla soc. Jean Bodin, Bruxelles, 1965. Nella sua sintesi generale, LEVY, *L’evolution de la preuve, des origines à nos jours*, ivi, XVII, 9 ss. esordisce notando che sul tappeto i problemi sono due: quello della prova e quello dei mezzi di prova, dei quali tratta illustrando il passaggio da sistemi irrazionali a quelli in cui si afferma la razionalità del procedimento probatorio. Rileggo, ad es., BROGGINI, *La preuve dans l’ancien droit romain*, ivi, vol. I, 262: le arringhe di Cicerone ci pongono di fronte a un diverso mezzo di prova: il rumore pubblico, l’opinione generale sul fatto controverso o sulla personalità delle parti, che arrivano all’orecchio del giudice senza l’intermediazione dei testimoni. Nota Brogginini che in fin di conti siamo di fronte a una sorta di testimonianza popolare

che tende a trasformare in notorio l'elemento controverso ed al quale difficilmente il giudice riesce a sottrarsi. Ci ritrovo qualcosa di molto attuale. Ma non posso dimenticare che GAUDEMET, *Les ordalies au moyen age: doctrine, legislation et pratiques canoniques*, ivi, vol. II, 98 ss. ravvisa un fondamento razionale nell'ordalia, che i barbari rintracciavano nelle forze della natura, che rigetterebbero il colpevole e il mentitore, e la tradizione cristiana in Dio, onnipotente e onnisciente, che si esprime con i segni e gli elementi. E nel caso del duello, giocava la convinzione che colui che sa di avere un buon diritto a suo favore non esiterà a combattere.

Sassani, affettuosamente riesumando il mio libro, sepolto sotto la polvere dei cinquant'anni dal momento in cui apparse negli scaffali, ha bene evidenziato i mutamenti di cultura e di sensibilità (lo scritto è riprodotto in *Saggi scelti*, Torino, 2023, 175 ss.). Delle Sez. Un. n. 13533 del 2001 e della giurisprudenza cui ha dato vita successivamente si è occupata BESSO, *La vicinanza alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss. Sui problemi probatori nelle controversie da responsabilità dei sanitari mi è sufficiente richiamare SPAZIANI, *Carlo Lessona e la responsabilità medica (riflessione semiseria ispirata da un cattivo oculista che esercitò nell'antica Persia)*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 121 ss. Il principio del "più probabile che non", oggi applicato dalla nostra Corte di cassazione, richiama alla mia mente il principio della "prova migliore" dell'esperienza dei sistemi di *common law*, su cui FERRARI, *La "prova migliore". Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004. Sul valore cd. probatorio delle decisioni delle autorità amministrative v. CAMILLERI, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali. Spunti dall'Arrêt Repsol*. in *Le nuove leggi civili commentate*, 2024, 437 ss. (da cui traggio la frase, riprodotta nel testo, di Micklitz citato a p. 419 nota 12).

Quanto alla prova del fatto negativo LÉVY, *La preuve dans les droits savants*, in *La preuve* cit, XVII, 140, dopo avere ricordato l'affermazione di Diocleziano (*cum negantis factum per rerum naturam nulla sit probatio: Corpus*, 4, 19, 23 e 4, 30, 15), aggiunge

che secondo Imerio, che del principio si fece assertore, non è possibile fornire la prova di ciò che è negato, ossia di un “non essere” (*non ens*). È quanto sostengo nel testo. Nell’alto medio-evo il problema si pose con conseguenze drammatiche nel diritto penale, perché si riteneva che l’accusato dovesse provare la sua innocenza (LEVY, *ivi*, 140 ss.: ciò indusse Beccaria a sostenere che non fosse possibile condannare un accusato in base alla testimonianza di una sola persona, perché sulla bilancia la dichiarazione del testimone ha lo stesso valore della dichiarazione dell’accusato: v. FORIERS, *La preuve dans l’école de droit naturel*, *ivi*, 171). La prova dell’acqua o quella del fuoco costituivano, così, l’estremo rimedio in quanto la divinità interveniva, secondo la cultura del tempo, a salvare chi è perduto. Nel diritto “savant” e in quello canonico si sostituisce all’ordalia la prova legale, quale la confessione o il giuramento. La confessione, come sappiamo, darà luogo alla tortura di cui fece abuso l’Inquisizione (v. ad es. FORIERS, *La preuve dans l’école de droit naturel*, *cit.*, 186 ss.). In realtà, quando l’ordinamento collega conseguenze a qualcosa che non si è verificato, il problema è quello di stabilire su chi debba ricadere il rischio della mancata prova del fatto che l’accadimento si è verificato. Tra le mie disordinate letture mi sono capitate sotto gli occhi le lezioni di Filippo Vassalli, *Della tutela dei diritti (libro VI codice civile)*, raccolte da C.A. Funaioli, edite a cura del Cons. Naz. Forense. Vassalli è perentorio: “Se il fatto negativo è elemento costitutivo del fatto giuridico che si allega, deve essere provato così come gli elementi positivi” (p. 60); e prosegue esemplificando: chi vuole provare che taluno sia dichiarato assente, deve provare la mancanza di notizie; chi pretende la restituzione dell’indebitto deve provare l’inesistenza del debito. In questi casi è scontato che la modificazione della situazione giuridica che si chiede al giudice di accertare presupponga che sia provata. Poiché non è possibile dare prova, negli esempi fatti, in cui è rilevante che il preteso assente non abbia dato notizie o che non ci siano debiti pregressi, il problema si sposta sul come si possano fornire al giudice elementi per i quali si convinca che non ci siano stati fatti contrari positivi e su come sia ragionevole ripartire

il rischio della mancata prova (qui sull'esistenza del debito o sulla mancanza di notizie). È questo un campo in cui si può fare utile applicazione del principio della cd. vicinanza alla prova (del fatto positivo, ossia del fatto in senso naturalistico, inteso come accadimento; qui: mi sono fatto vivo; ti avevo prestato danaro).

La frase di Leibniz è tratta da IRTI, *Sulla relazione logica di "non-conformità" (precedenti e susseguenti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1531.

L'affermazione riguardante l'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo è tratta dal mio libro sul *L'onere della prova* (p. 543). Il problema è stato riesaminato da A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, le cui conclusioni mi sembrano non essere molto distanti dalle mie (v. p. 412 ss.) e da CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013.

Il passo di Schopenhauer si legge in *L'arte di ottenere ragione. Esposta in 38 stratagemmi*, Adelphi, 1992, 31. Di sicuro sembra di vivere in un'epoca in cui si riscopre il valore dell'arte di persuadere (su cui FUMAROLI, *L'età dell'eloquenza*, Adelphi, 2002), peraltro insidiata dai meccanismi di intelligenza artificiale.

Traggo i criteri per ripartire gli oneri probatori nei sistemi di *common law* da JAMES-HAZARD, *op. cit.*, 245 ss. Per il sistema svedese rinvio a LINDEL, *Evidence in Sweden*, in Lebre de Freitas, *The law cit.*, 407 ss. Le riforme della legge spagnola sul processo erano nell'aria: nel 2008 F.R. MENDEZ, *Enjuiciamiento civil. Como gestionar les litigios civiles*, Barcellona, Atelier ed., I, 675 scriveva, ad es., che si deve dare rilievo alla parte che si trova nella posizione migliore per provare, aggiungendo che si tratta di evitare che a causa di una regola dommatica e rigida di distribuzione del *thema probandi* si ammetta una *probatio diabolica* per una parte, ossia, una prova quasi impossibile.

Dei rischi della standardizzazione ho preso coscienza leggendo D'ERAMO, *Il maiale e il grattacielo. Chicago: una storia del nostro futuro*, ed. Feltrinelli, 1999. Sono consapevole che l'uso delle conoscenze artificiali inevitabilmente contribuirà a una stan-

ardizzazione (non più delle cose, ma) degli individui. Nessuno allo stato è in grado di prevederne le conseguenze. Ho trovato interessante un recente libro di LAMBERTI, *Lemmi digitali. Verso la democrAI*, ed. Mimesis, 2023 (democrAI sta per “democrazia istantanea”): riflettendo sui nuovi approcci normativi, l’A. si chiede se essi garantiscano “il rispetto della dignità umana, delle libertà individuali, della democrazia, della giustizia, dello Stato di diritto...” (p. 51). Il frammento di Anassimandro, richiamato nel testo, si legge in *I presocratici. Frammenti e testimonianze raccolti da H. Diels e W. Kranz*, trad. di G. Reale, Milano, 2006, fr. N. 1, 196-7. Della distinzione tra l’uomo noumeno e l’uomo fenomeno parla Kant, in KANT-CONSTANT, *Il diritto di mentire*, ed. Passigli, 51.

Sull’attuazione della legge e sulla formula “quello e proprio quello” (che ne costituisce la base), che Chiovenda aveva ripreso dalla dottrina tedesca (e, in particolare, da Wach), ho scritto qualcosa altrove. Mi sento affiancato da Chizzini (v., ad es., *Tipicità e processo civile*, in *Jus*, 2020, 327 s.). E per quanto riguarda l’avvicinamento tra i due sistemi (di *civil* e di *common law*) rinvio a CAVALLINI, *Diritto, rimedi e res judicata*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 208 ss.

Chi non vorrebbe vivere “sotto il re” è Petronio, *Il precedente negli ordinamenti giuridici continentali di antico regime*, in *Fatto e diritto nella storia moderna dell’ultimo grado del processo civile europeo*, in *Atti del convegno del 22 dic. 2017 in memoria di N. Picardi*, a cura di Consolo, Fabbi e Panzarola, 79. Lo sono anch’io e da anni scrivo (a me stesso) dei rischi che la democrazia corre quando un potere tende a prevalere (e l’attuale conflittualità ce ne fornisce prova). È questa la ragione per la quale riconosco al positivismo un valore che non va accantonato e, leggendo A. PUNZI, *Elio Fazzalari teorico del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 859 ss., mi rendo conto delle ragioni per le quali Fazzalari volle e mi convinse (ero alquanto restio), con lo scarso entusiasmo dei colleghi della materia, a succedergli alla cattedra romana, essendo il suo mondo dei valori non lontano dal mio.

La frase riassuntiva è di MERIC, *Droit de la preuve, l'exemple francais*, in Lebre de Freitas, *The law cit.*, 160.

ABSTRACT: Il presente contributo rappresenta la trasposizione dell'intervento del prof. G. Verde in occasione del convegno dal titolo "L'onere della prova nel sistema giurisdizionale", tenutosi nei giorni 5 e 6 dicembre 2024 presso l'Università G. D'Annunzio di Chieti-Pescara.

ABSTRACT: *This contribution represents the transposition of Professor G. Verde's speech at the conference titled "L'onere della prova nel sistema giurisdizionale", held on December 5th and 6th, 2024, at the G. D'Annunzio University of Chieti-Pescara.*



## Il giudicato e l'efficacia preclusiva (\*)

di ANTONIO BRIGUGLIO

SOMMARIO: 1. L'idea dell'"efficacia preclusiva" in Angelo Falzea. — 2. ...nel frattempo i processualisti: teoria sostanziale e teoria processuale del giudicato; solo parziale sovrapponibilità, da angolo visuale più ristretto, alla alternativa classica in tema di efficacia (costituzione/dichiarazione). — 3. Falzea ed il giudicato dei processualisti: Liebman snobbato (a torto nei modi; a ragione nella sostanza almeno sul piano teorico-generale). — 4. I processualisti e Falzea: la efficacia preclusiva non solo supera l'alternativa tradizionale, a livello di teoria generale, fra dichiarazione e costituzione, ma rende inutile il classico dibattito sull'operare del giudicato nel secondo processo. — 5. L'efficacia preclusiva offre la più semplice spiegazione possibile della copertura del dedotto e del deducibile, nonché della impermeabilità del giudicato allo *ius superveniens*. — 6. La considerazione assiologica della teoria dell'efficacia preclusiva applicata al giudicato: A) sul piano della assiologia della cultura; la concretezza della teoria. — 7. (*Intermezzo*). L'efficacia preclusiva applicata alla prescrizione: smentita lessical-normativa, ma conferma empirica. — 8. Segue: B) la valenza ideologica della efficacia preclusiva; la relativizzazione assiologica del giudicato rispetto al solo valore della certezza. — 9. (*Secondo intermezzo*): giudicato e transazione nel quadro dei valori (due chiose: sentenza e negozio; efficacia preclusiva e precedente). — 10. L'efficacia preclusiva di fronte alle evoluzioni del giudicato: A) rilevabilità d'ufficio; B) crisi del giudicato. — 11. Efficacia preclusiva, costituzione e condanna: ciò che è dentro e ciò che è fuori dal giudicato.

(\*) Questo scritto riproduce sostanzialmente la relazione svolta nel corso delle "Giornate di studio in ricordo di Angelo Falzea" (Reggio Calabria-Messina, 23-24 ottobre 2024) e lì intitolata "Angelo Falzea ed i dilemmi dei processualisti".

Ho inteso conservare il tono colloquiale della esposizione orale, seppure per forza di cose allora e nella occasione congressuale ben più sintetica. Ed è perciò che l'apparato di note è limitato allo stretto indispensabile e dunque ed ovviamente del tutto sproporzionato rispetto a ciò che il tema del giudicato avrebbe richiesto, così come sono rinviati a successivi ritorni in argomento i molteplici approfondimenti e svolgimenti critici che alcuni passaggi della esposizione richiederebbero.

## 1. L'idea dell'“efficacia preclusiva” in Angelo Falzea.

L'idea dell'“efficacia preclusiva” appare — insieme al raffinato congiungersi ed intrecciarsi dei rilievi metodologici sulla teoria generale della efficacia con quelli apicali sul concetto stesso di diritto — la parte di gran lunga più originale e nuova della complessa costruzione falzeiana sulla efficacia giuridica, sviluppatasi fra l'incompiuto volume *Teoria della efficacia giuridica* del 1951 e la Voce enciclopedica *Efficacia giuridica* del 1965, per il tramite tutt'altro che secondario dell'altra Voce *Accertamento* del 1958 <sup>(1)</sup>.

Se la parte “metodologica” avrà compiutezza solo nella Voce del 1965 <sup>(2)</sup>, quella sulla “efficacia preclusiva” si affacciava in sé già compiuta nel Falzea del 1951 e rimaneva pressoché invariata nelle successive elaborazioni. E se nella parte “metodologica” la teoria generale dialoga con sé medesima, nella parte sulla “efficacia preclusiva” la teoria generale parla anche e soprattutto al giurista positivo e con questi vorrebbe dialogare, e quando all'ambito della nuova categoria si riconduce il giudicato è scontato che il dialogo sia anche e soprattutto con il processualista.

Credo che la idea della efficacia preclusiva applicata al giudicato si riveli ancor oggi proficua e operativa, nonché meritevole di rinnovata attenzione o meglio di attenzione maggiore di quanto non ebbe forse, all'epoca, dai giuristi positivi. Autentico uovo di Colombo dagli svolgimenti semplici quanto utili, essa è come il Bolero di Ravel: bastava avere l'idea, ma per l'appunto ci voleva qualcuno che l'avesse e la prospettasse con l'energia teorica di Angelo Falzea.

La tradizione inveterata che questi aveva davanti a proposito della efficacia degli atti o fatti giuridici, ed in particolare a proposito di ciò che Falzea nella parte conclusiva della voce *Efficacia*

<sup>(1)</sup> Le due Voci menzionate sono state pubblicate rispettivamente nella *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè-Milano), I, 1958 e XIV, 1965. Dopo varie ripubblicazioni, esse sono state ricomprese, insieme all'incompiuto saggio *Teoria della efficacia giuridica* del 1951, nei due volumi di *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997 (I, 42 ss.: *Teoria della efficacia*; II, 195 ss.: *Accertamento*; II, 1 ss.: *Efficacia*). Di qui innanzi le citazioni dei tre scritti si riferiscono all'ultima edizione di tali volumi.

<sup>(2)</sup> II, 15 ss.

definerà trasformazioni giuridiche <sup>(3)</sup>, voleva che questi fatti o atti intervenissero sulla realtà sostanziale pregressa o per innovarla e modificarla e dunque con efficacia costitutiva (il cui regno era evidentemente, oltre alla attività legislativa <sup>(4)</sup>, l'autonomia negoziale dei privati <sup>(5)</sup>), ovvero per dichiararla e confermarla in modo che ciò avesse una qualche rilevanza ma senza innovazioni e dunque con efficacia dichiarativa.

In entrambi i casi postulare la efficacia e distinguerla fra i due tipi opposti comporta invariabilmente il confronto con la situazione pregressa e cioè il guardare alle spalle verso quella.

Tuttavia — comincia ad osservare Falzea — dinnanzi alla incertezza oggettiva sulle situazioni e sui rapporti giuridici, dovuta o al trascorrere del tempo accoppiato alla inerzia ovvero al dubbio ed alla controversia, l'utile fluire della esperienza giuridica non può accontentarsi dei due tipi tradizionali di efficacia e della necessaria concatenazione ininterrotta tra passato, presente e futuro che corrisponde al dispiegarsi di quei due tipi tradizionali di efficacia.

Occorre una frattura <sup>(6)</sup>.

E questa frattura con il passato, atta a rimuovere l'incertezza, è data da un terzo tipo di efficacia giuridica — l'*efficacia preclusiva* appunto — e cioè dai fatti o atti il cui effetto non può dirsi né dichiarativo/conservativo né costitutivo/innovativo, perché esso, se si guarda al passato, ammette e ricomprende come vere o false

<sup>(3)</sup> II, 143.

<sup>(4)</sup> Sebbene vada rammentato che nella teoria generale di Falzea anche la efficacia delle norme si articola secondo svolgimenti più vari e complessi rispetto alla semplice efficacia costitutiva (v. *Efficacia giuridica*, II, 97 ss.).

<sup>(5)</sup> Assunto questo che secondo me può dirsi proprio anche di Falzea, nonostante la sua divergenza con Lorenzo Campagna, ben evidenziata da M. LA TORRE (nella sua *Introduzione* all'ultima ripubblicazione della Voce *Efficacia giuridica* di Falzea, per i tipi della Rubettino, Catanzaro, 2024, LXIV), divergenza che è più che altro ascrivibile alla idea non "normativa" ma solo "programmatica" che Falzea aveva del negozio (cfr. *Atto reale e negozio giuridico*, in *Ricerche di teoria generale*, cit. II, 720 ss., spec. 801).

<sup>(6)</sup> Falzea evoca altrimenti lo spauracchio della *probatio diabolica* (v. già *Teoria delle efficacia*, I, 152 s.), in pagine che a me sono sommessamente sempre parse le più deboli della sua elaborazione, ed anche le più inutili perché la teoria della efficacia preclusiva si regge già per logica interna, per capacità semplificatoria e, come vedremo, anche per aderenza alla realtà concreta.

entrambe le possibilità (alla stregua del principio di indeterminazione di Heisenberg) (7), ma se si guarda al futuro consiste proprio nel prescindere da entrambe le possibilità e nel precludere lo sguardo al passato. Sicché, nel prosieguo della esperienza giuridica, il fatto o atto ad efficacia preclusiva opera di per sé, e ad esso bisogna conformarsi, non in quanto abbia creato situazione nuova o abbia modificato o estinto la precedente e neppure in quanto la abbia confermata (8). E ciò perché da un lato “*la condizione di validità dell’effetto*” non è data, come nel caso della efficacia dichiarativa, dalla “*coincidenza con lo stato giuridico precedente*” (altrimenti l’incertezza non sarebbe eliminata visto che si protrarrebbe la contestazione su tale conformità); d’altro lato perché la stessa rilevanza giuridica dell’effetto non necessita per nulla della sua portata innovativa sullo stato precedente.

Alla nuova categoria della efficacia preclusiva sono ricondotti da Falzea la prescrizione e l’usucapione che con quella efficacia elidono l’incertezza dovuta al trascorrere del tempo, nonché, quanto alla elisione della incertezza da controversia, la transazione ed il giudicato (quest’ultimo per vero al culmine, per complessità di formazione, di una serie di altre dichiarazioni di scienza solo alcune delle quali ad efficacia autenticamente preclusiva ma tutte insieme ed insieme al giudicato atte a spostare tendenzialmente ed in termini generali l’“accertamento” dall’alveo classico della efficacia dichiarativa a quello nuovo della efficacia preclusiva).

Questo spostamento, o meglio svuotamento del contenitore della efficacia dichiarativa, e la corrispondente immaginazione del nuovo tipo della efficacia preclusiva, comportò per Falzea — sia detto *per incidens* — la difficoltà di giustificare il senso permanente della efficacia dichiarativa, che a questo punto rimaneva propria di relativamente pochi fatti e atti, rientranti tutti nell’ambito della privata autonomia, i quali per essere in qualche

(7) Raffronto esplicativo, alquanto scontato, che è mio e non di Falzea.

(8) “Vi sono fatti giuridici” — scrive il Falzea del 1951 (*Teoria della efficacia*, I, 153) — “che producono il loro effetto, qualunque sia il senso dell’effetto giuridico anteriore e che perciò prescindono completamente dal passato”.

modo rilevanti dovevano aggiungere qualcosa alla situazione pregressa, ma affinché essi non travalicassero nella efficacia costitutiva occorreva che l'aggiunta consistesse in uno svolgimento interno (rafforzamento, specificazione, affievolimento secondo le categorie falzeiana) e non in una trasformazione esterna e modifica strutturale della situazione. Rammento che Falzea, già nel 1951 <sup>(9)</sup>, annota: “*la verità è che, all'interno della concezione tradizionale della efficacia, una efficacia non costitutiva è un non senso. Occorre non meno che una revisione dei principi per dare un senso al non senso*”. Ed in effetti se la immaginazione della nuova categoria della efficacia preclusiva è il profilo più appariscente della elaborazione di Falzea, non meno importante è la rivalutazione ed il senso attribuiti alla efficacia dichiarativa, alla quale pure era in larga misura sottratto dallo stesso Falzea l'accertamento ed in particolare l'accertamento giudiziale.

Ma questi erano problemi di Falzea teorico generale e non dei processualisti.

## **2. ...nel frattempo i processualisti: teoria sostanziale e teoria processuale del giudicato; solo parziale sovrapposibilità, da angolo visuale più ristretto, alla alternativa classica in tema di efficacia (costituzione/dichiarazione).**

All'epoca in cui Falzea elaborava queste congetture, i processualisti italiani si concentravano più sul contenuto e l'estensione del giudicato e cioè sui suoi limiti oggettivi e soggettivi <sup>(10)</sup> (si sarebbe imposto alla attenzione solo dopo il problema dei limiti

<sup>(9)</sup> A. FALZEA, *Teoria della efficacia*, I, 53.

<sup>(10)</sup> Si pensi, per limitarci solo ai fondamentali contributi precedenti o più o meno coevi o di poco successivi rispetto alle elaborazioni di Falzea, ad E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano 1935, E. HEINIZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, Id. *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. It.*, 1955, I, 1, 756 ss., E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, 1306 ss., V. DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, 1326 ss., G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, e poi F. CARPI, *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milano, 1974.

temporali, e sarebbe diventato solo dopo di crescente attualità, per via soprattutto della applicazione concreta dell'art. 111 Cost. e del ricorso straordinario in Cassazione, il problema dei provvedimenti diversi dalla sentenza idonei al giudicato sostanziale, e poi ancora quello della rilevabilità d'ufficio o meno del giudicato esterno, e quanto a quello interno sarebbe sopravvenuta la avventurosa stagione della ipertrofia del giudicato implicito).

Non che la esatta ricostruzione della efficacia del giudicato sostanziale, e cioè di come esattamente operasse — quanto all'“accertamento contenuto nella sentenza”, divenuta inimpugnabile con mezzi ordinari e perciò passata in cosa giudicata formale — il “far stato ad ogni effetto” nel prosieguo della esperienza giuridica, fosse trascurato. Ma a livello pratico cosa fosse e *come* operasse il “far stato” più o meno lo sapevano tutti, giudici e avvocati, mentre le questioni più spinose, anche pratiche, riguardavano il *fra chi* (di là della cerchia nominata nell'art. 2909 c.c.) e *su cosa* quel “far stato” operasse.

E così a livello teorico ai processualisti di allora bastava, salvo eccezioni, prescegliere e se del caso implementare (o dissentire da) una delle due note polarizzazioni, quella della efficacia sostanziale e quella della efficacia solo processuale della cosa giudicata<sup>(11)</sup>; entrambe giustamente concepite rispetto alla attuazione giudiziale e cioè rispetto a ciò che accadeva o che dovesse accadere nel *secondo processo* in cui fosse fatto valere il precedente giudicato; dico giustamente perché la attuazione spontanea del giudicato come è ovvio esiste, ma altrettanto ovviamente non è con facilità monitorabile e descrivibile.

Secondo la polarizzazione della teoria sostanziale o materiale del giudicato questo opererebbe appunto sul piano sostanziale

(11) Nel primo senso v. soprattutto E. ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit. 16 ss., A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 1-47, 184-224, M. VELLANI *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958, 88 ss.. Nel secondo senso v. soprattutto A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1960, 295 ss., E. HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 20 ss., E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, cit. 1324, C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963, 110 ss., G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1969, XVIII, 835.

conformando innovativamente e costitutivamente un diverso assetto del rapporto, che il secondo giudice dovrebbe dunque nuovamente accertare nel merito per come esso è conformato dal giudicato. In termini generali, e prescindendo dal limitato sebbene fondamentale angolo visuale operativo del *secondo processo*, una tale polarizzazione richiede all'evidenza che quella del giudicato sia ricondotta alla categoria tradizionale della efficacia costitutiva.

Secondo la polarizzazione della teoria processuale del giudicato sostanziale, quest'ultimo opererebbe solo sul versante processuale imponendo al secondo giudice una sentenza di rito dichiarativa di inammissibilità o improcedibilità per carenza di un presupposto processuale idoneo alla (nuova) pronuncia di merito.

Nei cennati termini generali, prescindenti dal *secondo processo*, questa seconda polarizzazione, sebbene evidentemente più armonica rispetto alla riconduzione della efficacia del giudicato alla mera dichiarazione, non è incompatibile con una, generale appunto, affermazione delle efficacia innovativo/costitutiva del giudicato sul versante dell'assetto sostanziale dei rapporti (che esima dunque dall'angoscia del chiedersi se per avventura la "dichiarazione" e l'"accertamento" siano una *fictio* a fronte dell'ipotesi della c.d. sentenza ingiusta, o se si vuole della verità processuale disgiunta da quella reale, così che invece la verità processuale si volga sempre, e fuori dalla ipocrisia, in innovazione sostanziale). E questa teorica compatibilità fra modalità puramente "processuale" dell'operare del giudicato nel secondo processo e generale efficacia innovativo/costitutiva del giudicato è possibile confinando appunto quella modalità operativa a ciò che il secondo giudice potrebbe e dovrebbe fare — pur prendendo atto che il giudicato ha innovato il quadro sostanziale — per ragioni economicistiche che renderebbero inutile una nuova cognizione di merito su quel rinnovato quadro.

Senonché le due polarizzazioni, relative al limitato ambito dell'operare del giudicato nel secondo processo, sono entrambe illusorie a confronto con la realtà, e sono entrambe di poco valore euristico.

Nessun giudice quando accoglie, o oggi rileva anche d'ufficio, l'eccezione di giudicato emana o può emanare o crede davvero di emanare (di là da eventuali formule tralaticie e non meditate) una autentica sentenza di rito in termini di improcedibilità o inammissibilità. In primo luogo potrebbe far ciò solo nei limiti in cui l'oggetto del secondo processo, promosso dal soccombente nel primo, coincida almeno specularmente con quello del giudicato e dunque solo nel caso della integrale applicazione del *ne bis in idem* rispetto a nuova domanda radicalmente incompatibile col giudicato<sup>(12)</sup>; o altrimenti, nel caso in cui l'oggetto sia solo parzialmente coincidente e dunque la seconda decisione solo parzialmente dipendente dalla prima, il secondo giudice, in moltissimi casi, non potrebbe neppure separare le cause e dovrebbe emanare una sentenza per metà di rito e per metà di merito, il che non sarebbe una tragedia, ma risulterebbe confusionario e scombinato, e una teoria vede senz'altro scemare il suo valore euristico se determina confusioni e inestetiche complicazioni. In secondo luogo e soprattutto, se davvero si trattasse di una sentenza di rito in termini di inammissibilità o improcedibilità, essa non costituirebbe a sua volta giudicato sostanziale<sup>(13)</sup>, il che è assurdo perché è invece ben concepibile che sulla interpretazione ed applicazione al caso concreto del precedente giudicato nel secondo giudizio si formi a sua volta il giudicato (di merito) che impedisca un esito diverso in un eventuale terzo giudizio. In realtà l'unica possibile ipotesi di sentenza davvero di rito fondata sul precedente giudicato è quella della sentenza che respinge per difetto di interesse la domanda assolutamente identica riproposta dall'attore già vincitore nel precedente processo; ma questo è un caso assolutamente di scuola e sommamente irrealistico.

<sup>(12)</sup> Vedi oggi le chiare precisazioni di C. CONSOLO, riguardo alla teoria processuale del giudicato, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, 120-121.

<sup>(13)</sup> Secondo acquisizione tradizionale quanto insuperata (nonostante il noto ed approfondito tentativo di C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Riv. Dir. Proc.* 1966, 419 ss.): v. per opportuna illustrazione e riferimenti S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 287 ss..

Ma non è neppure vero che il secondo giudice faccia o debba fare una sentenza di merito nuovamente accertativa del nuovo rapporto sostanziale e per come esso è stato innovativamente conformato dal precedente giudicato. Per rendersi conto subito ed in concreto, di là di ogni critica astratta, della illusorietà di una simile impostazione basta confrontare una qualsiasi motivazione, giustamente il più possibile sbrigativa (salve le eventuali difficoltà di interpretazione del giudicato), con cui il giudice in qualsiasi caso (identità o parziale identità di oggetto) decide nel merito applicando il giudicato, con altre ben più complesse in cui il giudice accerta il rapporto sostanziale avvalendosi anche del contenuto di una precedente sentenza che però, per limiti oggettivi o soggettivi o perché ancora impugnabile, non vale come giudicato bensì come semplice mezzo di prova soggetta alla libera valutazione <sup>(14)</sup>.

### **3. Falzea ed il giudicato dei processualisti: Liebman snobbato (a torto nei modi; a ragione nella sostanza almeno sul piano teorico-generale).**

Ebbene Falzea ha soprattutto di fronte, scrivendo da civilista e da teorico generale, la tradizione culturale propria dei rispettivi ambiti della cultura giuridica e che egli intende completare ed anzi scardinare: quella del necessario raffronto di ogni atto o fatto giuridico con la situazione sostanziale retrostante per verificare se i suoi effetti siano conservativi e dichiarativi ovvero innovativi e costitutivi, e perciò quella dell'apicale binomio efficacia dichiarativa/efficacia costitutiva.

Gli interessa assai poco polemizzare con i processualisti e con l'alternativa teoria sostanziale/teoria processuale del giudicato, gli interessa piuttosto poco quella alternativa <sup>(15)</sup> e tutto sommato

<sup>(14)</sup> Secondo il noto insegnamento liebmaniano ormai recepito in giurisprudenza (v. a solo titolo di es. Cass., 27 aprile 2001, n. 9384, Cass., 7 febbraio 2019, n. 2643, Cass., 6 dicembre 2019, n. 31969), della efficacia "naturale", e perciò della considerazione della sentenza alla stregua di prova libera soggetta al "prudente apprezzamento" ex art. 116 c.p.c.

<sup>(15)</sup> Ma si vedano le brevi ma illuminanti considerazioni contenute in proposito già in *Teoria della efficacia* del 1951, I, 162 ss.

anche il fatto che alcuni processualisti siano rispetto ad entrambi i suoi corni sempre più insoddisfatti <sup>(16)</sup>. Non gli interessa tanto, insomma, il limitato ambito processualcivilistico riguardo a come il giudicato operi nel secondo processo, bensì quello generale del posizionamento del “far stato” nel quadro delle trasformazioni giuridiche.

Il suo discorso — che oltretutto intende collocare, nella nuova terza categoria della efficacia preclusiva, non solo il giudicato ma anche altri fatti o atti sotto vari profili assai diversi ed assai diversi fra loro — si svolge schiettamente nel solco della generale teoria della efficacia giuridica.

Ed è perciò che egli attinge immancabilmente, ed in fin dei conti alquanto sbrigativamente, da Chiovenda pressoché tutti i materiali “processualistici” che gli servono per occuparsi del giudicato, e che l’unico processualista che egli prende di petto, riguardo al giudicato, è Liebman <sup>(17)</sup>. La stroncatura di Liebman, per vero assai laconica e per questo forse un po’ troppo sprezzante, unita ad altre specificazioni non proprio organiche perché a macchia di leopardo ed in parte slegate fra loro, ma sicuramente chiare, serve a Falzea per mettere anzitutto ordine concettuale prima di collocare il giudicato nel suo nuovo quadro generale della efficacia giuridica.

La formula celeberrima di Liebman, che Falzea trova “*approssimativa e confusa*” <sup>(18)</sup>, è quella del giudicato che “*non è un effetto bensì una qualità degli effetti della sentenza, consistente nella loro irretrattabilità*”. Questa formula, per altri versi fortunata, serviva in realtà a Liebman come viatico per la sua ricostruzione degli effetti naturali della sentenza prescindenti dal — ed anche precedenti il — giudicato (ma non era affatto essenziale a

<sup>(16)</sup> V. ad esempio A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, cit., 201, ma anche il secondo E. ALLORIO, *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 53 ss.

<sup>(17)</sup> A. FALZEA, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., *passim*.

<sup>(18)</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, II, 187.

questo scopo <sup>(19)</sup>), ed aveva anche il pregio di superare entrambe le alternative dei processualisti su come il giudicato determini l'esito dei successivi processi. Ma lo faceva in fin dei conti al prezzo di svilire la cosa giudicata sostanziale, e cioè l'art. 2909 del codice civile, e di ridurre l'operatività del giudicato alla sua formazione e cioè alla cosa giudicata formale o inimpugnabilità e dunque solo a ciò che è ancillarmente previsto dall'art. 324 del codice di procedura.

Troppo facile. Falzea vuol anzitutto considerare il giudicato nel quadro canonico e ordinato della efficacia giuridica, e perciò vuol considerare il giudicato (formale) e cioè la sopravvenuta inimpugnabilità della sentenza come fatto produttivo di un effetto, il "far stato" dell'art. 2909, e cioè la cosa giudicata in senso sostanziale, la quale è dunque un effetto della complessiva attività giurisdizionale di cognizione culminante irrettrabilità della sentenza. Il giudicato — par di poter obiettare a Liebman sviluppando ciò che è *in nuce* nella critica di Falzea — è certamente un effetto della sentenza, per la buona ragione che seguendo la imprescindibile linea causale che anima le trasformazioni giuridiche, se una sentenza (e tutto ciò che ad essa sta dietro) non vi fosse non vi sarebbe il giudicato. Ma è esso pure produttivo di una sua precipua efficacia (e non di semplice stabilizzazione degli effetti già propri della sentenza, semplice stabilizzazione che lo ridurrebbe appunto al rango di predicato qualitativo di effetti altrui), e cioè produttivo: *a*) di effetti che prima non vi erano, nonché *b*) della cancellazione per sopravvenuta inutilità di effetti puramente processuali che prima vi erano (ad esempio la sospensione per

<sup>(19)</sup> Per la semplice ragione — e cerco di dirlo ovviamente con minor sufficienza e sbrigatività di quelle che all'epoca Falzea si poteva (forse) permettere nei confronti dell'insigne collega milanese — che la sentenza prima o dopo il giudicato ha sempre il medesimo contenuto, ma se essa opera, nel prosieguo della esperienza giuridica, in modo diverso prima e dopo (come è evidente al solo constatare i disposti degli artt. 336, 337, 295, 474 ecc. c.p.c., 2909 c.c. ecc. e quelli solo in parte analoghi, ma sufficienti alla bisogna, dell'epoca in cui Liebman scriveva), ciò vuol dire che il suo operare prima del giudicato (formale) corrisponde per l'appunto alla efficacia "naturale" della sentenza in quanto tale, non bisognevole di particolare né complicata dimostrazione.

pregiudizialità necessaria e la esecutività “provvisoria”). Le conseguenze effettuali *sub a*) si riassumono nel “fare stato” dell’art. 2909 c.c. e ad esse il teorico generale Falzea dedica ovviamente attenzione per collocarle fuori dall’alternativa tradizionale costituzione/dichiarazione; quelle *sub b*) sono complementari alle prime sul versante del solo processo ed il non processualista Falzea non se ne occupa minimamente, senza però che esse, in quanto appunto complementari e coesenziali al “fare stato”, possano alterare la collocazione teorico generale della complessiva efficacia del giudicato. Ma proprio nella diversità fra *a*) e *b*) sta a mio avviso la ragione della intuitiva, e pur esagerata nei modi, ripulsa di Falzea nei riguardi di Liebman.

Da un lato infatti proprio le conseguenze effettuali *sub b*) ed altre, che pure discendono, “naturalmente” nell’ottica di Liebman, dalla sentenza ancora impugnabile, ben lungi dall’acquisire con il passaggio in giudicato una “qualità” stabilizzante semplicemente evaporano perché non servono più a niente.

D’altro lato il passaggio in giudicato determina nel prosieguo della esperienza giuridica conseguenze effettuali che dianzi non esistevano e che orientano (il “fare stato ad ogni effetto” appunto) le condotte del secondo giudice, delle parti ed in qualche caso dei terzi come prima la sola sentenza in quanto tale, o come dopo la sola sentenza in quanto tale che non possa però valere quale giudicato per limiti soggettivi o oggettivi, non riusciva e non riuscirebbe a fare.

Proprio tali conseguenze effettuali nuove e diverse presuppongono la irretrattabilità (visto l’imprescindibile coordinamento normativo fra l’art. 324 c.p.c. e l’art. 2909 c.c.); la quale irretrattabilità non può dunque per definizione essere una semplice loro “qualità” perché esse (e perciò il “fare stato”) prima della sopravvenuta irretrattabilità semplicemente non esistevano e perché di esse la irretrattabilità è il presupposto.

Ed è perciò che su tali conseguenze effettuali nuove e diverse, e cioè sulla efficacia del giudicato, è opportuno che il teorico generale indaghi per chiedersi, con Falzea, se esse siano riconducibili alla (e cioè se le condotte dei soggetti astretti dal giudicato

siano orientate in modo vincolante dalla) dichiarazione della situazione precedente o della costituzione di situazione nuova ovvero da un fenomeno diverso dall'una o dall'altra.

In questa mia estrema sintesi vi è un'eco anche della ambivalenza falzeiana — proprio a proposito dell'*accertamento* in generale ed espressa ad esempio in un breve ma denso e complesso paragrafo della relativa Voce enciclopedica — consistente nel riguardare un medesimo fenomeno insieme quale fatto e quale effetto <sup>(20)</sup>. Ma vi è anche che questa sintesi, nell'individuare in ciò che i processualisti chiamano giudicato formale un fatto produttivo dell'effetto preclusivo del giudicato sostanziale e cioè del "far stato", non corrisponde del tutto al lessico concettuale di Falzea, perché non è semplice ricondurre — e Falzea stesso non mi pare lo tenti — questo particolare fenomeno alla classificazione falzeiana <sup>(21)</sup> di fatti, atti materiali e atti volontari: mentre la transazione quale fonte causale della corrispondente efficacia preclusiva è sicuramente un atto negoziale, quanto invece alla fonte causale (e cioè alla formazione del giudicato formale) che produce l'effetto preclusivo del giudicato si dovrebbe forse dire che si tratta di una situazione complessa integrata da fatti, atti materiali e atti volontari delle parti e del giudice.

La novità di Falzea è appunto e comunque che a questo "far stato", a questo effetto, si attribuisce al pari che ad altri natura e portata diverse rispetto a quelle tradizionali della dichiarazione e della costituzione, e cioè natura e portata preclusive.

#### **4. I processualisti e Falzea: la efficacia preclusiva non solo supera l'alternativa tradizionale, a livello di teoria generale, fra dichiarazione e costituzione, ma rende inutile il classico dibattito sull'operare del giudicato nel secondo processo.**

Ora a me è sempre sembrato, ma posso naturalmente sbagliarmi, che l'unica piena adesione dell'epoca alla teoria dell'ef-

<sup>(20)</sup> A. FALZEA, *Accertamento*, II, 206.

<sup>(21)</sup> Da ultimo A. FALZEA nella voce *Fatto giuridico* del 1967, sempre in *Ricerche*, II, 329 ss.

ficacia preclusiva del giudicato sia stata quella di Busnelli (non un processualista) già nel saggio del 1961 e dunque dopo il Falzea della Voce *Accertamento* del 1958 (22).

L'atteggiamento dei processualisti (salve le poco pertinenti critiche di Vocino (23) quelle in definitiva solo lessicali di Pugliese

(22) F.D. BUSNELLI, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1961, 1334.

Altre adesioni di non processualisti (a parte quelle piuttosto scontate dei “messinesi”) sono menzionate dallo stesso Falzea nella nota 112 della Voce *Efficacia* (II, 168-169): M.S. Giannini, A. Querci, S. Piras, nonché il Mauro Cappelletti costituzionalista del saggio sul controllo di costituzionalità delle leggi: tutte però alquanto generiche.

(23) C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963, 58. Vocino, nella sostanza, confonde il contenuto della sentenza che passa in giudicato, e cioè l'accertamento in senso per così dire tradizionale ed innegabile di ricostruzione della situazione preesistente, con l'efficacia che si produce necessariamente *pro futuro* dopo il passaggio in giudicato e cioè l'efficacia stessa del giudicato in quanto tale, la quale per Falzea è efficacia eminentemente sostanziale ma consiste nell'impedire qualunque indagine sulla situazione retrostante e sulla conformità o non conformità ad essa dell'accertamento contenuto nella sentenza; confonde cioè — ci si passi la semplificazione — quel che il giudice fa per giungere al giudicato con gli effetti, necessariamente successivi, di quest'ultimo.

Quando Vocino, riferendosi espressamente a Falzea, scrive che “un particolare effetto preclusivo” da “ricollegarsi a questo” e cioè all'accertamento “è sicuramente qualcosa che *extrinsecus venit* e ne lascia concettualmente immutata la sostanza” si ha la dimostrazione della suddetta confusione: è ovvio che l'accertamento inteso nel senso statico di contenuto della sentenza sia per definizione dichiarativo (su di esso potendosi poi innestare all'occorrenza la condanna o la costituzione), ma è altrettanto ovvio che in senso dinamico e prospettico la efficacia preclusiva — non della sentenza ma — della sentenza passata in giudicato è qualcosa che *extrinsecus venit* proprio perché non discende da ciò che il giudice ha fatto ma da ciò che il legislatore vuole che i futuri giudici e tutti gli altri soggetti vincolati dal giudicato facciano di fronte ad esso: ossequiarlo, del tutto a prescindere dal carattere dichiarativo della cognizione giudiziale. Che l'efficacia preclusiva di Falzea nulla o ben poco abbia a che vedere con il modo in cui si forma il fatto o atto che la produce è dimostrato, del resto, se si guarda a quella riconnessa da Falzea alla transazione, anch'essa come il giudicato dotata di efficacia preclusiva al fine di rimuovere l'incertezza dovuta alla controversia e al dubbio, ma che quella efficacia preclusiva produce pur se ovviamente nulla vi sia di cognizione e di accertamento a monte della transazione (v. anche oltre il § 9).

(24) ed i ben più significativi rilievi di Attardi e Ferri (25)) è stato di rispettosa ed elegante indifferenza, o di rispettosa ed elegante perplessità, forse perché la teoria della efficacia preclusiva, volando in cieli così alti e generali, non sembrava suggerire direttamente ed apparentemente nulla quanto ai problemi dei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato o ad altri specifici.

Non si è colto appieno invece che proprio la teoria della efficacia preclusiva, in primo luogo, annichiliva e sostituiva entrambe le alternative che si andavano rivelando entrambe sempre più insoddisfacenti circa il modo di operare del giudicato sostanziale nel succes-

(24) G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., 827-828. In estrema sintesi Pugliese appare in realtà sedotto dalla teoria delle efficacia preclusiva applicata al giudicato (“suggestiva tesi”, “si può ammettere che il giudicato operi una soluzione di continuità nel divenire giuridico”) e comprende bene che Falzea è in realtà lontano dalla teoria processuale del giudicato cara ad alcuni processualisti precedenti e coevi, nonché comprende ed approva l’insistenza di Falzea sui connotati “sostanziali” della efficacia preclusiva, e comprende altresì che questi connotati sostanziali non consistono nella innovazione o costituzione rispetto alla situazione retrostante ma per l’appunto nell’impedire che ad essa si guardi. Sol che ritiene che ciò spieghi “solo una faccia del fenomeno” o che Falzea abbia usato per lo meno un aggettivo ingannevole — “preclusivo” appunto — perché esso non indica un dovere positivo dei soggetti vincolati del giudicato, compresi i futuri giudici, bensì soltanto un impedimento. Basterebbe però replicare (anche se la critica lessicale è tutt’altro che peregrina ed è significativo il raffronto fra la “preclusione” falzeiana e l’*estoppel* di *common law*) che proprio dall’impedimento dello sguardo al passato — il quale per Falzea è formula (in una con l’aggettivo “preclusiva”) intesa a staccare definitivamente l’efficacia del giudicato dalla alternativa dichiarazione/costituzione — emerge in positivo la regola di condotta imposta dall’efficacia preclusiva: per le parti vincolate dal giudicato, le quali non conoscono ovviamente la scissione fra attività di rito e attività di merito, quella regola di condotta consisterà, puramente e semplicemente, nel conformarsi al giudicato indipendentemente dal suo essere o poter essere dichiarazione del passato o innovazione sul passato; per il futuro giudice essa consisterà nel pronunciare conformemente al giudicato con sentenza di merito senza necessità però che questa debba considerarsi il frutto della cognizione su un nuovo rapporto conformato del giudicato (si veda a riguardo subito oltre al termine del paragrafo ed alla nota 30).

(25) Le critiche di C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale*, cit. 435 e di A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, cit., 25 ss. (il primo oltretutto nell’ambito del suo particolare tentativo di contestare la correlazione necessaria fra cosa giudicata sostanziale e cognizione di merito: v. *supra* alla nota 13) si collocavano anch’esse a metà fra i dubbi semantici e la difficoltà di accettare il carattere “sostanziale” della efficacia preclusiva (pur fortemente ribadito da Falzea) nonché la stessa impostazione logica (oltre che lessicale) della teoria delle efficacia preclusiva, ragione per la quale (e pur contenendo quelle critiche spunti ancor più significativi rispetto a quelli di Pugliese, ma che richiederebbero una analisi complessa e lunga) può qui convenientemente rinviarsi alla nota precedente.

sivo giudizio: quella della operatività solo processuale in termini di inammissibilità o improcedibilità dell'azione e quella della efficacia costitutiva del giudicato con la conseguenza della successiva sentenza di merito accertativa della nuova situazione da questo creata. Per la verità in alcune meditate ricognizioni dovute a moderni studiosi del processo la idea di Falzea viene considerata più prossima o imparentata con la teoria processuale del giudicato <sup>(26)</sup>. Il che può anche essere vero, perché — come si è visto al paragrafo precedente — la teoria processuale finisce col postulare un divieto di nuovo esame nel merito della “situazione pregressa” siccome già accertata, e cioè per l'appunto la preclusione dello sguardo all'indietro. Ma la preclusione dello sguardo all'indietro è, con qualche solo apparente maggior sforzo, un postulato anche della teoria materiale del giudicato, derivante in quel diverso contesto da ciò che la innovazione costitutiva arrecata dal giudicato sul piano sostanziale costringe il secondo giudice ad accertare nel merito tale innovazione piuttosto che la situazione pregressa che non è più o è stata modificata.

In realtà la idea di Falzea le toglie di scena entrambe perché elide in radice, sul piano generale della efficacia, il presupposto non del tutto imprescindibile ma prevalente della teoria processuale e cioè che il giudicato spieghi efficacia puramente dichiarativa (che era però il primario insegnamento chiovendiano), come pure il presupposto, questa volta imprescindibile, della teoria materiale e cioè che il giudicato spieghi efficacia costitutiva.

Insomma, chiunque voglia può intravedere un effetto “preclusivo” di sapore falzeiano nella sceneggiatura concreta e particolare del *secondo processo*, vuoi se questa sceneggiatura sia assemblata dal processualcivilista secondo il copione della teoria processuale del giudicato, vuoi che essa sia assemblata secondo l'opposto copione della teoria materiale. Sennonché, tosto che l'osservatore riguadagni i piani alti della *Allgemeine Theorie*, dovrà rendersi conto che quell'effetto preclusivo sarebbe allora un *effetto indiretto*, e

<sup>(26)</sup> V. anche di recente C. CONSOLO, *Codice di procedura civile – Commentario*, Milano, 2018, I, 101.

cioè un *effetto*, nel secondo processo, dell'*effetto che al giudicato si ascrive sul piano del diritto sostanziale*: la dichiarazione vera per definizione oppure la innovazione accettabile per definizione. A misura cioè che prevalga la riconduzione della efficacia immediata del giudicato ad una o all'altra delle due classiche alternative della dichiarazione o della costituzione, si orienta nei modi concreti la sceneggiatura di ciò che il secondo giudice deve fare: il secondo giudice non guarda indietro perché un accertamento vero e non ripetibile è stato già compiuto e dunque pronuncia in rito; oppure il secondo giudice non guarda indietro perché nel frattempo il giudicato ha mutato la situazione sostanziale e questa, e non altra che non vi è più, egli è ora chiamato ad accertare nel merito.

Ora, di fronte a questo quadro, chiunque sia animato da spirito pratico — il quale vorrebbe il più possibile semplici le teorie giuridiche — si avvede che è semplice ed insieme semplificatorio elidere del tutto un passaggio, piuttosto che desumere dalla efficacia sostanziale del giudicato i suoi ulteriori effetti nel secondo processo.

E per l'appunto nella originale idea di Falzea (per tutti grande e pindarico teorico generale, ma per chi ha avuto la fortuna di frequentarlo uomo pratico quanto altri mai) l'effetto preclusivo, e cioè il divieto di guardare alle spalle per verificare se vi sia stata "dichiarazione" o "innovazione", è il prodotto *diretto ed immediato* del giudicato e rappresenta la sua *diretta efficacia*. Sicché oso, un tantino presuntuosamente, credere che Falzea, se avesse voluto ridiscendere alle dinamiche processuali più concrete, dalle quali *non aveva* preso le mosse, avrebbe concluso nel senso che è proprio questa (culturalmente nuova categoria di) diretta efficacia — e nulla invece di retrostante che possa dirsi "dichiarazione" o "innovazione" (perché né dell'una né dell'altra è dato discorrere quando la sentenza passa in giudicato) — ad orientare la sceneggiatura del secondo processo. E lo fa liberandola del tutto dalla alternativa obbligata dichiarazione/innovazione, e perciò in un modo diverso e ben più lineare e soddisfacente di quanto non accada alla stregua delle teorie processuale o materiale del giudicato così care, su opposti fronti, alla maggioranza dei processualisti o almeno ai processualisti dell'epoca.

Se infatti si traggono, con riguardo al secondo processo, le conseguenze logiche della efficacia preclusiva si ha:

- (i) che la sentenza di accoglimento della eccezione di giudicato non può essere una sentenza di rito perché la efficacia preclusiva è (come Falzea non manca di ricordare più e più volte<sup>(27)</sup>) una efficacia “sostanziale”<sup>(28)</sup>;
- (ii) ma si ha anche che la sentenza di merito che accoglie l’eccezione di giudicato o che si fonda sul giudicato invocato dall’attore non accerta affatto la nuova situazione giuridica o il nuovo rapporto che il giudicato ha costituito sul versante sostanziale, non guarda alla situazione sostanziale precedente nel suo complesso scorgendovi la innovazione costitutiva apportata dal giudicato, bensì si limita il più sbrigativamente possibile a conoscere, nel merito, del giudicato in quanto tale e del suo effetto preclusivo che impedisce qualsiasi accertamento sulla situazione che c’era e qualsiasi accertamento su di una situazione nuova che non si sa se c’è perché sulla precedente situazione è impedito lo sguardo. Sicché la effi-

(27) V. ad esempio A. FALZEA, *Efficacia*, II, 186.

(28) Falzea parla occasionalmente alla fine del paragrafo sul giudicato della Voce *Efficacia*, ingenerando qualche apparente confusione, di “inammissibilità”. Ma non si tratta della inammissibilità in senso tecnico della domanda o della eccezione nel secondo processo, bensì di inammissibilità in senso generico della cognizione di ogni questione retrostante al giudicato.

In realtà la sua critica alla visione puramente “processualistica” del giudicato è assai chiara ad esempio, e già in *Teoria dell’efficacia* del 1951 (I, 163): “Ma è proprio qui, nella negazione di ogni contatto tra il terreno processuale, in cui si dice di esaurire la propria efficacia la cosa giudicata, e il terreno sostanziale, non intaccabile dal giudicato, che sta il momento di maggiore debolezza della teoria processuale. La indipendenza tra i due campi, sostanziale e processuale, del diritto dà luogo, infatti, fatalmente alla coesistenza di una duplice e contraddittoria realtà: quella sostanziale, in cui le situazioni giuridiche continuano a vivere ed a svolgersi con il loro originario contenuto nonostante l’eventuale diverso accertamento che ne abbia fatto la sentenza; quella processuale, in cui le situazioni giuridiche, invece, vivono e si svolgono con il solo contenuto accertato nella sentenza. Due verità, dunque: la verità sostanziale e la verità processuale; e due verità, che, sebbene eventualmente opposte, appaiono entrambe nel medesimo tempo e nel rispettivo campo, come verità giuridiche”.

Sul carattere “sostanziale”, e non meramente processuale, della efficacia preclusiva di Falzea e sulla perplessità (a mio sommesso avviso comprensibile ma non giustificabile), che questo predicato ha destato, vedi *retro* le note 24 e 25.

cacia preclusiva sostanziale del giudicato, che è perciò sicuramente oggetto di accertamento di merito, ha bensì una valenza anche “processuale” ma non nel senso di postulare una sentenza di rito bensì nel senso di orientare una modalità motivazionale e decisoria della pronuncia di merito.

Ed è perciò che la impostazione più prossima a quella della efficacia preclusiva di Falzea, se si ha come campo eminentemente operativo di osservazione quello del secondo giudizio, credo di ritrovarla semmai in un processualcivilista attuale come Augusto Chizzini <sup>(29)</sup> con la idea di una *lex specialis* che il giudicato rappresenta *pro futuro* e per i futuri giudici nei successivi casi concreti <sup>(30)</sup>: “*una nuova norma di diverso [rispetto alla superiore norma di legge], in quanto non generale, contenuto*”; posizione questa su cui mi paiono convergere le Sez. Unite n. 5633 del 21 febbraio 2022 con l’affermazione della sindacabilità piena, nel giudizio di legittimità, della interpretazione del giudicato esterno siccome “legge del caso concreto”.

### **5. L’efficacia preclusiva offre la più semplice spiegazione possibile della copertura del dedotto e del deducibile, nonché della impermeabilità del giudicato allo *ius superveniens*.**

E così l’efficacia preclusiva spiega nel modo più idoneo e lineare il principio, sempre carissimo ai processualisti italiani e

<sup>(29)</sup> A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, 57. V. altresì, in senso parzialmente analogo, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 64.

<sup>(30)</sup> Sebbene Chizzini non si richiami determinatamente alla “efficacia preclusiva” di Falzea, la vicinanza, a tanti lustri di distanza, mi pare offerta da due elementi: a) anche Chizzini libera il giudicato dalla imprescindibile esigenza della sua riconduzione, o meglio della riconduzione della sua efficacia alla alternativa dichiarazione/costituzione; b) la idea di Chizzini della *lex specialis* incorporata nel giudicato sostanziale, e però sottratta al principio *lex posterior derogat priori*, finisce con il coincidere, di là dai termini adoperati, con ciò che ad alcuni (v. sempre note 24 e 25) — non a me — è parso difettare nella teoria della efficacia preclusiva di Falzea, e cioè il suo *côté* positivo (oltre a quello asseritamente solo negativo dell’impedimento dello sguardo al passato), vale a dire con la regola di condotta che *pro futuro* i soggetti vincolati dal giudicato devono seguire e che il giudice del secondo processo, ove anch’esso vincolato dal giudicato, deve enunciare con sentenza *di merito*, senza però che ciò derivi dall’essere l’efficacia del giudicato costitutiva rispetto al passato.

giustamente inossidabile, della copertura del dedotto e del deducibile<sup>(31)</sup>.

Perché se la prima sentenza passata in giudicato dichiara che Caio è tenuto a pagare a Tizio il prezzo del quadro, dopo aver verificato in via istruttoria la validità formale e sostanziale del contratto e che il quadro è stato effettivamente consegnato il 12 aprile 2021 a casa di Caio, ebbene nel secondo processo la immancabile reiezione della domanda di ripetizione di indebito, proposta da Caio sulla base del rilievo, non dedotto ma deducibile prima della formazione del giudicato, che il quadro è fatto da me e non da Picasso e perciò è *aliud pro alio*, sarebbe difficilmente spiegabile:

(i) sia se si dicesse che il giudicato ha creato costitutivamente un nuovo rapporto sostanziale (teoria materiale del giudicato) per definizione valido ed efficace che prima poteva anche non esistere fra Tizio e Caio, comprensivo sì del riconoscimento della dedotta ed esaminata già avvenuta consegna del quadro quale presupposto dell'ancora dovuto pagamento del prezzo<sup>(32)</sup>, ma non della non dedotta e non esaminata sua

<sup>(31)</sup> V. a riguardo anche le riflessioni di A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti*, cit. 69 ss., dalle quali ben si percepisce (sulla scia di parte della dottrina tedesca) la difficoltà di giustificare la copertura del deducibile senza "aggiungere" alla efficacia del giudicato l'effetto preclusivo (sennonché esso per Falzea non rappresenta una aggiunta complementare risultante dalla efficacia del giudicato, bensì questa stessa).

<sup>(32)</sup> Questo nuovo rapporto creato dal giudicato nel mondo del diritto sostanziale consisterebbe dunque in una sorta di negozio di ambito più "ridotto" rispetto al precedente, comprensivo del riconoscimento della tempestiva consegna del quadro e del residuo impegno, accettato dalla controparte, a pagare un determinato importo a titolo di prezzo. Il che dà prova tangibile — in questo ma *mutatis mutandis* in numerose altre possibili serie di esempi — di tutta la artificiosità della teoria materiale del giudicato e più in generale della riconduzione della efficacia del giudicato alla categoria della efficacia costitutiva.

Ma nell'esempio in discorso (come in altri possibili) più ancora che la artificiosità si nota anche la inettitudine di quell'approccio teorico a giustificare interamente perfino la copertura del dedotto. Infatti il nuovo rapporto costituito dal giudicato non può che essere omogeneo rispetto a quello su cui il giudicato ha pronunciato (sebbene appunto innovativo) e perciò nel nostro caso negoziale. Ma se esso è nuovo e diverso dal precedente, come può la verifica della validità ed efficacia del precedente, che pure corrisponde al "dedotto" nel pregresso giudizio, impedire che si metta in dubbio proprio la validità ed efficacia del nuovo rapporto negoziale costituito dal giudicato? Nel testo — e per semplificare l'esempio — si dice che esso è valido ed efficace "per definizione" e cioè perché costituito dal giudicato, ma si tratta evidentemente di una ipostatizzazione aprioristica non spiegata dal-

autenticità; in altre parole: attribuita efficacia sostanziale costitutiva al giudicato, la copertura del deducibile non sarebbe giustificabile sulla base di quella efficacia costitutiva, ma sarebbe solo ipostatizzabile a monte e del tutto a prescindere da quella efficacia;

- (ii) sia se si dicesse che quella reiezione è una pronuncia di rito giustificata da ciò che il giudicato ha semplicemente dichiarato (efficacia dichiarativa del giudicato) riguardo alla situazione retrostante (teoria processuale del giudicato), perché la autenticità picassiana del quadro non sarebbe stata affatto accertata nella prima sentenza, e risulterebbe esteticamente indigeribile, a fronte di ciò, un diniego di accertamento di merito quale si incorpora in ogni sentenza di rito; più in generale, ed anche in disparte dalla teoria processuale come descrizione del modo di operare del giudicato nel secondo processo, ancor qui, e seppure in senso diverso, il deficit euristico rispetto alla “copertura del deducibile” mi pare evidente: se la portata della efficacia è quella dichiarativa, non ci si può che limitare a ciò che è stato effettivamente dichiarato ed accertato della situazione retrostante senza ricomprendervi ciò che avrebbe potuto essere accertato se fosse stato dedotto, al cui riguardo potrà solo dirsi che ogni successiva indagine è preclusa; affermazione tuttavia apodittica perché proprio questo impedimento o divieto di indagine sta evidentemente fuori dalla presunta efficacia dichiarativa.
- (iii) Mentre quella reiezione della domanda di ripetizione di indebito, fondata su una circostanza a suo tempo deducibile ma non dedotta, è molto più agevolmente spiegata dalla teoria della efficacia preclusiva: si prende sbrigativamente “l’ac-

la, ed anzi contrastante con la supposta efficacia costitutiva del giudicato. Occorrerebbe allora dire che ciò che nasce dal giudicato non è in realtà un nuovo rapporto omogeneo ma innovativo rispetto al precedente (e perciò, nel nostro caso, negoziale) bensì una *lex specialis* e *sui generis* governante, con l’intrinseco crisma della validità ed efficacia, il futuro rapporto fra le parti, come mi pare voglia ad esempio CHIZZINI (v. *supra* nota 30): con il che si è a mio avviso nella sostanza assai prossimi alla efficacia preclusiva di Falzea.

certamento contenuto nella sentenza” e cioè “Caio deve a Tizio quattro milioni quale prezzo del quadro” ed al giudice è impedita, ai fini di decidere nel secondo processo, qualunque indagine sulla situazione retrostante in tutte le sue componenti, compresa la autenticità del quadro, e perciò non può che rigettare *nel merito* la domanda ripetitoria di Caio (il quale di lì innanzi farà bene a farsi piacere il quadro da chiunque esso sia dipinto).

Discorso analogo, in termini di maggior valenza euristica e semplificatoria della efficacia preclusiva, rispetto a qualsiasi tradizionale costruzione teorica in punto di efficacia, va fatto riguardo ad altra acquisizione pacifica e che ben pochi intenderebbero abbandonare: quella della impermeabilità della cosa giudicata di fronte allo *ius superveniens* retroattivo <sup>(33)</sup>.

La preclusione falzeiana dello sguardo indietro rispetto al passato, prescindente vuoi dalla costituzione di nuova situazione giuridica *inter partes* vuoi dalla mera dichiarazione conforme alla situazione preesistente, giustifica appieno il perché la retroattività di qualunque sopravvenuto evento normativo, pur incidendo *erga omnes* sulla situazione giuridica preesistente non incide sul giudicato, il quale spiega efficacia non confermativa né innovativa rispetto a quella situazione ormai dietro le quinte.

Se invece il giudicato fosse mera dichiarazione rivolta al passato, la dichiarazione contraria implicata da norma retroattiva finirebbe col prevalere siccome sopravvenuta. Ed a più forte ragione la portata invariabilmente costitutiva della norma sopravvenuta finirebbe col prevalere sull'effetto anch'esso costitutivo del precedente giudicato se questo davvero fosse il suo effetto; e

<sup>(33)</sup> La acquisizione è unanime sia in dottrina che in giurisprudenza (al punto da esimere da richiami), salvi i dubbi di recente riaffiorati riguardo al cd. “giudicato incostituzionale” e cioè alla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della disposizione di legge su cui la sentenza passata in giudicato si sia fondata; dubbi che però a mio avviso vanno alquanto ridimensionati, e comunque ricondotti — per ciò che interessa in questo scritto — alla tematica generale della “crisi del giudicato” quale novità con la quale la teoria della efficacia preclusiva deve certamente fare i conti, uscendone però senza danni (se ne dirà oltre §10).

lo farebbe — in virtù della sua sancita retroattività — non solo e come può anche accadere per ribaltare *pro futuro*, a partire dalla sua entrata in vigore ed anche *inter partes*, salvi i diritti quesiti, il permesso o il limite o la pretesa ecc. consacrati dal giudicato (34), ma anche con riguardo al periodo temporale corrente fra il giudicato e la entrata in vigore e cioè incidendo proprio sui diritti quesiti.

Insomma: lo *ius superveniens* quando è retroattivo (altrimenti il problema non si pone) partecipa invariabilmente sia della dichiarazione sia della costituzione; la efficacia preclusiva del giudicato sottrae quest'ultimo vuoi all'ambito della dichiarazione vuoi a quello della costituzione, rendendolo per così dire in radice disomogeneo rispetto al piano effettuale dello *ius superveniens* retroattivo ed eliminando in radice entrambi i terreni di coltura della possibile incidenza prevalente di questo.

## **6. La considerazione assiologica della teoria dell'efficacia preclusiva applicata al giudicato: A) sul piano della assiologia della cultura; la concretezza della teoria.**

Se vogliamo considerare nella dimensione assiologica così familiare a Falzea la teoria della efficacia preclusiva del giudicato, vi sono credo due valori da essa emergenti. Si tratta, soprattutto quanto al primo aspetto, di considerazione assiologica relativa non ad istituto giuridico o ad un portato legislativo o giurisprudenziale, ma ad una teoria giuridica, e dunque si tratta di

(34) Né più né meno insomma di come, non già sul giudicato in quanto tale e sulla sua efficacia, bensì sulla consecutiva e perdurante regolazione del rapporto può incidere, ma solo a partire dalla sua venuta ad esistenza, anche un fatto sopravvenuto, ad esempio il pagamento rispetto alla obbligazione; mentre la incidenza, in senso proprio, sul giudicato dei fatti sopravvenuti dopo l'ultimo momento utile di loro deducibilità in corso di giudizio (in arg. v. soprattutto A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 63 s. e R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, *passim*) va confinata in misura a mio avviso limitata solo alle ipotesi razionalmente ragguagliabili, per come è strutturato il nostro processo, alla sopravvenienza post-giudicato (e tenendo dunque conto anche della fisiologica deducibilità mediante rimessione in termini) o a quelle riconducibili alla revocazione straordinaria.

assiologia della cultura. Perciò non è detto — ed infatti così non è — che il teorico generale Falzea enunci espressamente quali sono i moventi ed i risultati assiologici della sua operazione culturale. Il secondo aspetto (se ne dirà al § 8) coinvolge invece anche la dimensione assiologica in senso proprio e cioè quella riconnessa all'istituto del giudicato se riguardato alla luce della teoria della efficacia preclusiva.

Entrambi questi aspetti mi sembrano in ogni caso tutt'altro che trascurabili.

Il primo aspetto consiste nella valenza empirica della efficacia preclusiva del giudicato, e cioè nella sua aderenza alla concretezza della esperienza quale si forma nelle aule di tribunale e negli scritti degli avvocati e dei giudici (direbbero Alf Ross o i realisti nordamericani, che Falzea avvertiva in definitiva assai vicini).

Falzea, a dispetto delle più epidermiche apparenze, era un giurista ed anche un teorico generale molto pratico e concreto. Che il diritto sia una scienza eminentemente pratica era insegnamento carissimo a Pugliatti ma non meno caro a Falzea. Perfino la teoria generale si giova della esperienza concreta e perfino la teoria generale non può essere in rotta di collisione rispetto a ciò che accade in concreto.

Quel che voglio dire — in una sintesi estrema della quale mi scuso — è che alla fine dei conti se si analizza l'atteggiamento concettuale “normale” della parte e del giudice quando rilevano il giudicato, insomma se si fa opera di sociologia giuridica o semplicemente si fa tesoro spassionatamente di ciò che si vede e si constata sui marciapiedi della giustizia, ebbene la descrizione teorico-generale di gran lunga più combaciante è proprio quella del “non guardare indietro” del “non considerare la situazione giuridica retrostante” implicata dalla efficacia preclusiva.

Certamente la parte e soprattutto il giudice non ragionano e non si esprimono come se il precedente giudicato abbia fotografato la precedente situazione ovvero la abbia innovata creando situazione diversa che deve essere nuovamente ricostruita. Insomma l'esperienza concreta mi sembra lontana sia dalla efficacia dichiarativa sia dalla efficacia costitutiva del giudicato.

Il che ha una plastica evidenza nelle situazioni di c.d. conflitto teorico, ad esempio fra statuizioni giudiziali all'interno dello stesso processo ed in ipotesi di cause scindibili e perfino con parti dei distinti rapporti parzialmente coincidenti (obbligazioni solidali ed altro). Ed a me pare insomma e più in generale che ciò che si è detto per la “copertura del dedotto e deducibile” valga anche, mutato ciò che si deve, per il conflitto teorico fra giudicati <sup>(35)</sup>: la efficacia preclusiva è meglio in grado di giustificarlo razionalmente, sistematicamente e perfino costituzionalmente.

È molto complicato e barocco, non impossibile ma alquanto irrealistico, che il giudice dica: fra Tizio e Caio (non operando il giudicato) accerto la situazione giuridica retrostante come A, mentre fra Tizio e Sempronio sono costretto ad accertare la medesima situazione come B o a considerare che il giudicato abbia modificato A in B. Mentre è molto più semplice che il giudice dica: quanto al rapporto fra Tizio e Caio scrivo pagine di motivazione liberamente ricognitive della situazione retrostante come A, mentre fra Tizio e Sempronio non mi chiedo neppure se B, e cioè l’“accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato”, sia conforme o difforme da A.

Su altro versante, e sempre a proposito della maggiore conformità alla realtà della efficacia preclusiva, ho già accennato prima (§ 2) a come le due opposte e tradizionali visioni care ai processualisti precedenti e contemporanei di Falzea, entrambe sorpassate in via di risultato collaterale dalla teoria della efficacia preclusiva, fossero lontane dalla realtà. Nessun giudice quando decide sulla base del precedente giudicato può seriamente pensare di fare una sentenza di mero rito, e nessun giudice può seriamente pensare di fare una sentenza di merito che abbia come contenuto anche motivazionale un nuovo integrale accertamento di situazione nuova costituita dal giudicato.

<sup>(35)</sup> Sul quale vedi l'amplessima recente indagine di M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, 2020.

### **7. (Intermezzo). L'efficacia preclusiva applicata alla prescrizione: smentita lessical-normativa, ma conferma empirica.**

In parentesi vorrei far notare che la teoria dell'efficacia preclusiva applicata alla prescrizione (a differenza di quanto dirò fra poco per il giudicato) ha una smentita normativa clamorosa, sebbene non vincolante per l'interprete in quanto sostanzialmente definitoria, ma ha una altrettanto clamorosa conferma empirica, nel che trovo un segno tangibile del realismo di Falzea e del fatto che per Falzea la teoria generale è stata sempre il miglior modo per coniugare realtà e valori al di sopra di qualunque normativismo di ascendenza kelseniana (affermazione iper sintetica questa della quale trovo tuttavia un riscontro molto complesso e approfondito nella prima parte "metodologica" della voce *Efficacia*).

L'art. 2934 del codice civile dice a chiare lettere che la prescrizione estingue il diritto, assegnandole in apparenza — specie se lo si fa combaciare con l'art. 2908 — una plastica efficacia costitutiva (analogamente, a termini invertiti, l'art. 1158 per la usucapione, altro fatto ad efficacia preclusiva anche se qui il discorso di Falzea mi è sempre parso meno lineare che per la prescrizione; *idem* nel codice del 1865, nel quale all'art. 2105, visto che si contemplava anche la prescrizione acquisitiva, la efficacia costitutiva era descritta a doppio senso).

Sennonché nel concreto della esperienza comune la eccezione di prescrizione e la relativa questione sono indubitabilmente "preliminari", anche se ciò non è scritto espressamente da nessuna parte. E nel concreto insomma nessun giudice si pone il problema dell'ordine logico che sarebbe implicato dalla efficacia costitutivo/estintiva della prescrizione, nel senso che non si può prescrivere un diritto inesistente. E qualunque giudice si occupa di solito subito e "preliminarmente" della eccezione di prescrizione. Non è un caso che nella originaria esposizione del 1951 Falzea <sup>(36)</sup> faccia ricorso, come sinonimo dell'effetto preclusivo della prescrizione, ad un lemma tipicamente tratto dalla prassi

(36) A. FALZEA, *Teoria della efficacia*, I, 154-155.

avvocatesca e giudiziale anche di allora, quello di “assorbimento” (non guardo indietro appunto). E nella versione 1965 Falzea considera proprio l’operare della prescrizione nel processo: “*Sebbene sia tradizionalmente inquadrata tra le cause estintive dei diritti soggettivi, non si dubita della giuridica possibilità di invocare la prescrizione anche nel concorso di cause estintive che impegnino una prova più complessa e difficile*”<sup>(37)</sup>.

Semmai non è escluso che nel singolo caso concreto la questione di prescrizione sia essa stessa molto difficile da risolvere, e molto più facile invece il riscontro della inesistenza del diritto. Ma questa non è negazione in concreto della efficacia preclusiva della prescrizione, bensì applicazione della tecnica motivazionale o di economia processuale della “questione più liquida”: il giudice in questo caso guarda indietro, e verifica la situazione sostanziale retrostante al decorso del tempo, sol perché, per convenienza economica consentita dalla prassi, ignora (e poi assorbe al contrario di quanto di solito accade) la eccezione di prescrizione. In diverse parole: proprio la efficacia preclusiva della prescrizione postula come normale e lascia dunque presumere la maggior liquidità della relativa questione; ma ciò non esclude che in concreto il giudice ritenga più liquida la constatazione di precedenti fatti costitutivo/estintivi del diritto; e si dirà allora che la prescrizione con la sua efficacia preclusiva non opera in ragione della scelta di tecnica motivazionale.

Sarebbe pertanto interessante oggi poter discutere con Falzea, teorico generale e grande pratico, del seguente dilemma: che succede se il giudice dice, ed a prescindere dall’ordine motivazionale in cui lo dice, sia che il diritto è prescritto sia che il diritto non esisteva o si era già estinto per altra causa? Quale delle due, alla luce della teoria della efficacia preclusiva, è la statuizione pronunciata *ad abundantiam* e, secondo la nostra Cassazione, *tamquam non esset*<sup>(38)</sup>, non impugnabile per difetto di interesse e dunque

<sup>(37)</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, II, 177.

<sup>(38)</sup> V. solo a titolo di esempio Cass., 18 marzo 2012, n. 8821.

neppure idonea al giudicato sostanziale? E qui credo che la teoria della efficacia preclusiva in quanto applicata alla prescrizione abbia un ruolo solutorio del dilemma, e ciò sulla base del suo stesso fondamento specifico. Se l'effetto preclusivo della prescrizione vale a rimuovere la incertezza dovuta (non alla controversia) ma al decorso del tempo, una volta che la questione di prescrizione sia a sua volta versata in una controversia ed in un giudizio in cui si dubita anche della esistenza stessa del diritto ed il giudice rimuova tale incertezza accertando il diritto inesistente, l'operare della prescrizione non ha più senso e spazio, sicché il giudicato di rigetto si forma utilmente (per i casi in cui la cosa possa avere una utilità rispetto a quella del rigetto per semplice intervenuta prescrizione) sull'accertamento della insussistenza del diritto. Il quale, pur ove il giudice abbia per avventura pronunciato anche sulla prescrizione, non può affatto considerarsi *ad abundantiam* e *tamquam non esset*. O più semplicemente: se la efficacia preclusiva della prescrizione consiste (non nell'estinguere costitutivamente il diritto ma) nell'impedire lo sguardo all'indietro onde verificare se il diritto esistesse o meno, una simile efficacia non può evidentemente operare se contemporaneamente opera l'efficacia anch'essa preclusiva dell'accertamento giudiziale della inesistenza del diritto. Il che è comprovato dal fatto che nel (sempre riaffiorante per utilità esplicativa) secondo processo nessun convenuto avrebbe interesse alla eccezione di prescrizione (che il giudice dunque non dovrebbe esaminare nonostante il suo carattere preliminare) potendosi giovare di un giudicato di accertamento negativo del diritto.

E sarebbe interessante anche chiedere a Falzea perché mai, invece, nulla abbia a che fare con l'efficacia preclusiva — ed infatti Falzea non se ne occupa — la decadenza. Forse Falzea era implicitamente convinto che la decadenza, vuoi quella sostanziale vuoi quella processuale, fosse un fatto privo di efficacia preclusiva sostanziale ed invece sempre ad efficacia esclusivamente processuale; e se così fosse il suo inserimento nel quadro generale della efficacia ed in quello della efficacia sostanziale avrebbe dovuto comportare una considerazione della azione chiovendiana

non solo come situazione soggettiva autonoma ma anche come diritto soggettivo sostanziale: un po' troppo!

**8. Segue: B) la valenza ideologica della efficacia preclusiva e la relativizzazione del giudicato rispetto al solo valore della certezza.**

Qui il discorso sarebbe molto lungo e devo farlo invece a colpi di sciabola, evitando ovviamente di evocare cose che non so o meglio che non ho l'età per sapere e cioè quali fossero esattamente e come si fossero formate le idee politiche di Angelo Falzea, che ho conosciuto troppo tardi e che comunque era, quando l'ho conosciuto, lontano dall'impegno nella politica attiva (il suo fermo sostegno alla conferma della nuova legge in occasione del referendum sul divorzio mi è allora parso più un fatto di ideologia giuridica che non di orientamento politico nel senso proprio della parola).

Sul piano ideologico (non politico) credo che Falzea fosse un classico liberal, sebbene non certo un veteroliberal come altri grandi giuristi della sua epoca, ma un liberal per l'epoca molto moderno e soprattutto ben consapevole del fondamentale superamento costituzionale della drammatica parentesi autoritaria precedente.

Ma le radici di un liberal molto moderno degli anni '60 e '70 dello scorso secolo affondavano pur sempre nel liberalismo storico.

E, per tornare al giudicato, il liberalismo storico era consacrato negli artt. 1351 e 1352 del codice civile del 1865 (quello che Angelo Falzea aveva davanti da studente), i quali come è ben noto — collocati timidamente fra le disposizioni sulla prova dei fatti giuridici — relegavano espressamente ed altrettanto minimalisticamente l'operare del giudicato alla stregua di una semplice presunzione legale *iuris et de iure*. E proprio questa impostazione la teoria della efficacia preclusiva riguadagna dal passato in contrapposizione con qualsiasi visione iper-statalista ed iper-autoritaria del giudicato e della funzione giurisdizionale.

È vero che la teoria generale non lavora con singole norme, bensì con la realtà complessiva del sistema e con la logica del sistema.

Ma se volessimo trovare un riscontro normativo diretto ed isolato alla efficacia preclusiva di Falzea a proposito dell'operare del giudicato, e cioè a quel non voltarsi indietro e non chiedersi se l'accertamento passato in giudicato sia difforme e innovativo ovvero conforme e dichiarativo rispetto alla situazione sostanziale retrostante, ebbene non vi sarebbe miglior riscontro normativo che non il sommerso art. 1350 del vecchio c.c.: "La presunzione legale è quella che una legge speciale [leggi: una specifica norma di legge] attribuisce a certi atti o a certi fatti. Tali sono: ...l'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata".

Eravamo ben lontani dalla finale consacrazione dello *iudicare* come potestà di *imperium* statale! E ben lontani dal "*facit de albo nigrum*" (latinetto ideale per scolpire i connotati costitutivi del giudicato); semmai: "*pro veritate habetur*" ma appunto "*pro*" e "*habetur*" (e questo secondo latinetto sarebbe l'ideale per scolpire i connotati dichiarativi del giudicato, se non fosse che una dichiarazione che si sia costretti ad "*habetur pro veritate*" e cioè a non poter dire né falsa né confrontabile con quanto dichiarato, a pena di totale inutilità dell'istituto del giudicato, non ha più niente della dichiarazione; dal che appunto l'idea falzeiana del terzo e nuovo tipo generale di efficacia).

Si può riguadagnare questa prospettiva al cospetto dell'art. 2909 che nell'attuale codice civile è invece posto solennemente in testa alla "tutela giurisdizionale dei diritti" e subito di seguito al proemiale art. 2907: "Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria ecc..."?

Senz'altro sì perché, in fin dei conti, mentre prima l'operatività effettuale del giudicato era espressamente ragguagliata alla presunzione legale, oggi — per enfatica che sia la collocazione sistematica della disposizione — il "far stato ad ogni effetto" di cui essa dice è in odore di forte autoreferenzialità e non impedisce certamente al teorico generale, per riempirla di contenuto, di

recuperare — pur traendola fuori, con la raffinata idea di un terzo e nuovo tipo di efficacia, dall'angusto ambito dell'*evidence* — la impostazione minimalista precedente.

E si consideri che “far stato ad ogni effetto” non è neppure la “forza di legge fra le parti” dispiegata dal contratto. E non lo è *pour cause*: gli atti negoziali trovano la loro verità e giustizia nella privata autonomia e — salva la loro sempre possibile invalidazione o sopravvenuta inefficacia — hanno di regola, come di regola ha la legge, efficacia costitutiva innovando la realtà sostanziale. Tutti tranne alcuni, fra cui guarda caso la transazione, la quale, in quanto negozio solutorio o preventivo rispetto alla lite, sconta assieme al giudicato la coesistente esistenza della *res dubia* e dunque la possibilità che la “soluzione” e cioè lo scioglimento del dubbio sia conforme o difforme rispetto alla situazione retrostante, e funziona, né più e né meno che il giudicato, solo impedendo che nel prosieguo della esperienza giuridica si torni indietro a controllare conformità o difformità.

E teniamo appunto presente che Falzea — quanto a relativizzazione del giudicato — ci mette anche il carico da novanta e cioè l'equiparazione *quoad effectum*, o meglio per lo meno sul piano delle macro-categorie di efficacia, del giudicato alla prescrizione, alla usucapione ed alla transazione (gli altri fatti o atti dotati di efficacia preclusiva, nuova e diversa rispetto al tradizionale binomio costituzione/dichiarazione), e cioè l'equiparazione *quoad effectum* del giudicato al semplice fatto del decorso del tempo e ad un contratto e cioè ad una manifestazione di privata e libera autonomia.

Altro dunque che giudicato come volizione o comando del giudice (come di lì a poco avrebbe principiato energicamente a sostenere ad esempio, fra i processualisti, Elio Fazzalari) <sup>(39)</sup>. Il giudicato non è altro che un saggio ed inevitabile espediente di un ordinamento che per vivere ed essere concreto, e funzionale ai propri scopi, ha bisogno di certezza nella risoluzione delle liti

<sup>(39)</sup> Fino alla “proiezione della volontà del giudice nella sfera sostanziale” dotata *ex lege* di “imperatività” (cfr. E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, 454).

e di certezza non più falsificabile: a dispetto, dunque, e per forza di cose, di qualunque elementare postulato dell'epistemologia scientifica.

Questo genere di sano relativismo — che come slogan si esprime se volete, e secondo contrapposizione sovente ed a vari titoli e fini evocata, nella nozione minimalista di *res iudicata* giusta la tradizione romanistica a fronte dell'enfasi germanista sulla *Rechtskraft*, e che sul piano assiologico comporta la riconduzione del giudicato al solo valore eminentemente relativo della certezza — ha portato in Italia, e deve a mio avviso seguitare a condurre fra i processualisti:

- (i) al rigore pur ondivago e controverso riguardo ai limiti oggettivi del giudicato (non ogni fiato che esce dalla bocca del giudice passa in giudicato <sup>(40)</sup>, e non esageriamo con il giudicato implicito <sup>(41)</sup> che è cosa ben diversa dalla “copertura del dedotto e del deducibile” perché questa protegge giustamente l'intangibilità dell'oggetto diretto ed immediato della pronuncia passata in giudicato, l'altro comporta che si formi un giudicato *a latere* su altro oggetto);
- (ii) e, quanto ai limiti soggettivi (intuitivamente meno giustificabili e perciò più deboli se il giudicato fosse autentica asseverazione del passato o autentica innovazione del rapporto giuridico), al confinamento ai soli casi eccezionali previsti dalla legge della efficacia diretta *ultra partes* del giudicato,

<sup>(40)</sup> Assunto che in termini più aulici si traduce nell'ancoraggio più rigoroso possibile dell'oggetto del giudicato all'oggetto del processo e perciò (trattandosi di processo governato dal principio dispositivo sostanziale) alle domande ed alle eccezioni. Su questo terreno si è posto in epoca recente — a tacer di molti altri — il dialogo in larga misura consonante fra S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987 e C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1991, 215 ss. (ed altri scritti anche precedenti), con opportune, pur se parzialmente diversificate, prese di posizione sobriamente rigoriste riguardo altresì alla estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali.

<sup>(41)</sup> Nonché al principio retrostante — astrattamente razionale ma pericolosamente *bon à tout faire* — della ricomprensione nel giudicato dei passaggi motivazionali che costituiscono il presupposto logico necessario della statuizione (“massima giurisprudenziale stereotipa” secondo A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 386 ss., spec. 405.

nonché alla giustificazione della efficacia riflessa sulla base dei semplici nessi di pregiudizialità dipendenza fra rapporti sostanziali, di guisa che il terzo pregiudicato in via riflessa lo sia sol perché sarebbe comunque ed inossidabilmente esposto agli effetti riflessi anche di un atto di autonomia privata *inter alios* (v. il noto caso del sub-conduttore) <sup>(42)</sup> e non per una qualche forza espansiva sacrale del giudicato; (e da ultimo la Cassazione, a far data da Cass. n. 18325/2019 e successive altre, ha cominciato a scardinare la efficacia riflessa, relativizzando il giudicato in nome del diritto di difesa, e continuerà verosimilmente arrendendosi solo alle soglie delle previsioni espresse come appunto quella *ex art.* 1595, u.c., c.c. o quella *ex art.* 1485, primo comma, in materia di evizione, che più modestamente fa derivare dal giudicato *inter alios* effetti riflessi coincidenti con la sola inversione dell'onere della prova a carico del terzo venditore convenuto nel secondo giudizio del compratore, disposizioni espresse queste delle quali sarà però sterilizzata qualunque vocazione alla analogia <sup>(43)</sup>).

(iii) Se, ispirati o meno dal relativismo della efficacia preclusiva falzeiana, si tiene la barra dritta in punto di limiti oggettivi e soggettivi del giudicato, mi pare poi gioco forza riconoscere tuttavia che proprio quel relativismo, ed il connesso perseguimento del valore di certezza giuridica e non altro, consente ed anzi impone di riconoscere alla cognizione di merito del giudice la maggior valenza funzionale possibile e perciò di avversare l'assurda (ma a volte confusamente riaffermata in giurisprudenza) idea secondo cui il giudicato sostanziale non si formerebbe sulla sentenza di rigetto nel merito <sup>(44)</sup>.

<sup>(42)</sup> Secondo la nota ricostruzione di F.P. LUISSO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, *passim*.

<sup>(43)</sup> In fin dei conti convalidandosi, ad anni di distanza, la posizione vigorosamente assunta da G.A. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Milano, 1978, 26 ss. (ove i riferimenti alle plurime e risalenti opinioni opposte).

<sup>(44)</sup> Altro discorso essendo quello della (possibile) maggior ristrettezza dell'ambito oggettivo del giudicato nei casi di rigetto della domanda rispetto a quelli di suo accogli-

(iv) Su un versante diverso ed a me particolarmente caro — quello della equiparazione effettuale fra lodo arbitrale impugnabile e sentenza giudiziale passata in giudicato (equiparazione ormai sancita dall'art. 824-*bis* c.p.c.) — chi la ha negata, fin oltre il momento in cui i dati di diritto consentivano indirettamente, ed anche prima dell'avvento dell'art. 824-*bis*, di affermarla, lo ha fatto intimamente muovendo dal pregiudizio della imprescindibile statualità della giurisdizione e dal connesso pregiudizio secondo cui il problema della pronuncia solutoria della lite ingiusta o sbagliata ma non più falsificabile si supera solo grazie alla investitura istituzionale ed oggi costituzionale del giudice dello Stato ed appunto attraverso un atto finale di imperio che è solo del giudice e dunque di uno dei tre poteri dello Stato <sup>(45)</sup>. Invece il “far stato” dell'art. 2909 ha bisogno di molto meno ed anzi, a rigore, gli effetti del giudicato, in specie nella dimensione relativistica falzeiana, si produrrebbero — per la sentenza come per il lodo — anche se l'art. 2909 ed il “far stato” non vi fossero. E ciò in base ad un semplice postulato: visto che si tratta — in entrambi i casi del lodo e della sentenza — di decisioni solutorie mediante applicazione di norme a fatti in contraddittorio e visto che ad un certo punto (a differenza dei contratti) essi diventano, decorsi invano i termini di decadenza o esperite le impugnazioni assoggettate a quei termini, non più invalidabili, allora delle due l'una: o sono inutili, il che è ovviamente assurdo; oppure la loro irretrattabilità (e cioè quello che i processualisti chiamano giudicato formale) deve necessariamente produrre, nel prosieguo della esperienza giuridica, qualcosa d'altro che se stessa, e dunque deve produrre, anche senza esplicitazione normativa, proprio il

mento (su cui vedi soprattutto C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 503 ss. e A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 406 ss.).

<sup>(45)</sup> Ho riassunto di recente ed assai sinteticamente questo tipo di approccio rammentando il pensiero di Elio Fazzalari (cfr. A. BRIGUGLIO, *Elio Fazzalari e l'arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2023, 977, spec. 981 ss.).

“far stato ad ogni effetto fra le parti”, e secondo Falzea l’impedimento a chiunque, in relazione ai futuri rapporti fra parti, eredi e aventi causa, di volgere lo sguardo all’indietro per verificare quale effettivamente fosse la situazione sostanziale consacrata nella decisione solutoria pubblica o privata che essa sia.

**9. (Secondo intermezzo): giudicato e transazione nel quadro dei valori (due chiose: sentenza e negozio; efficacia preclusiva e precedente).**

*Per incidens* — ed anche perché non sembri esagerata la visione relativistica del giudicato che intendo ricondurre alla teoria dell’efficacia preclusiva — vorrei dire che ovviamente nel pensiero di Falzea l’equipollenza transazione/giudicato si ferma al piano funzionale ma estrinseco della costruzione della nuova categoria della efficacia preclusiva.

Quando tuttavia si passa proprio al piano assiologico — fermo l’obiettivo comune del superamento della incertezza — la differenza è ben percepibile. Anzitutto Falzea ha ben presente che la coincidenza con la situazione sostanziale pregressa, e cioè in buona sostanza la giustizia e verità della soluzione della lite, quella coincidenza sulla quale sia transazione che giudicato precludono l’indagine, è comunque una aspirazione imprescindibile quando vi sono di mezzo il processo, il giudice e il giudicato, ed è invece un mero accidente statistico nel caso della transazione. Si è già avuta occasione di avvertire <sup>(46)</sup> circa la necessità di ben distinguere il piano ineluttabilmente prospettico della efficacia preclusiva, comune al giudicato ed alla transazione, dal piano della precedente attività (delle parti o dal giudice) che conduce al giudicato ed alla transazione: cognizione e perciò necessariamente indagine sulla situazione retrostante nel primo caso, volizione già di per sé prescindente dalla comune consapevolezza della situazione retrostante nel secondo. Se si vuole si può anche dire che la stessa ineludibile

<sup>(46)</sup> V. *retro* nota 23.

divaricazione tra funzione giurisdizionale e autonomia privata, fra sentenza e contratto, comporta che la preclusione rispetto al passato prima ancora che effetto del contratto-transazione rappresenti la sua causa determinando le parti alla stipula; mentre quella preclusione non può ovviamente orientare e determinare l'attività del giudice, ma può soltanto rappresentarne l'effetto una volta che questo sia culminato nella formazione del giudicato.

Proprio sul piano statistico, per altro, da un lato Falzea considerava non indifferente la probabilità teorica che le reciproche concessioni riproducessero esattamente la situazione giuridica pregressa, e ciò in ragione della ineccepibile osservazione secondo cui quelle reciproche concessioni erano tali rispetto alle *rispettive pretese*; d'altro lato, per lo meno il Falzea del 1951 appariva singolarmente scettico sulla statistica prevalenza delle decisioni giudiziali giuste: “*Non si può dire che una sentenza o una transazione trasformi la situazione giuridica preesistente, perché in estrema ipotesi può ben darsi il contrario: se il giudice ha emesso la decisione giusta, se le parti attraverso il contrasto delle loro ragioni e pretese sono riuscite a ricostituire e fissare le loro originarie posizioni giuridiche...*” (47).

È singolare insomma che per Falzea anche la decisione giusta del giudice sia una “estrema ipotesi”. Ma a mio avviso ciò non era in Lui, o per lo meno non solo, espressione di pragmatico scetticismo sulla capacità dei nostri giudici, bensì consapevolezza implicita della struttura stessa del processo civile e del suo carattere eminentemente dispositivo. Alla nota 123 della voce *Efficacia* del 1965 Falzea richiama Chiovenda e la nozione di preclusione processuale, da cui aveva tratto ispirazione nominale, per dire che ovviamente la preclusione del giudicato è cosa ben diversa. Ma aggiunge che le preclusioni processuali “servono a preparare e sostenere” l'effetto preclusivo sostanziale del giudicato, pensando però soprattutto ai passaggi da un grado all'altro quali fattori di restringimento fisiologico della ricerca della verità processuale. Falzea giurista prati-

(47) A. FALZEA, *Teoria della efficacia*, cit. I, 151.

co e teorico ha avuto, in larga prevalenza, esperienza del processo civile post riforma del 1952 e fino al 1995 e perciò di un processo di primo grado sostanzialmente senza preclusioni intermedie e di giudizio d'appello ben aperto. Altrimenti, forse, non avrebbe mancato di osservare che sul piano statistico l'ipotesi della difformità fra l'accertamento coperto dal giudicato e la situazione sostanziale pregressa può essere ben dovuta non alla erroneità intrinseca del primo, ma alla tagliola delle preclusioni a carico della parte e soprattutto in materia di prova, le quali dal primo grado trasmigrano a restringere anche l'ambito della cognizione in appello.

Ma soprattutto: quando si esce fuori dalla efficacia giuridica e si passa alla efficacia culturale — e vi sono di mezzo non partiti, eredi e aventi causa, bensì gli *omnes* — il giudicato si volge in precedente, ed a siffatta sua efficacia culturale è riconducibile valore ben diverso dal semplice superamento della singola *res dubia*. La transazione resta invece episodio di attuazione spontanea e di attuazione spontanea degli artt. 1965 ss. del c.c. e non certamente delle disposizioni sostanziali che regolavano in ipotesi il rapporto retrostante, le quali tanto meno vengono illuminate dalla transazione quale fatto culturale.

Nel saggio sulla *Prassi nella realtà del diritto* <sup>(48)</sup>, dove si occupa del binomio attuazione spontanea/attuazione giudiziale, ed anche altrove, Falzea è del tutto jehringhiano e pur richiamando la necessità che il giurista positivo non trascuri l'attuazione spontanea e muovendo sempre — insieme ad Enrico Paresce <sup>(49)</sup> e Rodolfo De Stefano <sup>(50)</sup> — dalla ferma idea teorico-filosofica della primazia della attuazione spontanea e della assoluta residualità della attuazione giudiziale, sottolinea più volte che l'attuazione giudiziale in quanto sicuramente tracciabile, documentabile, e perciò anche criticabile e falsificabile quanto ai giudizi di diritto che essa incorpora considerati quali precedenti, è fattore principe di evoluzione

<sup>(48)</sup> Ora anche esso in A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., 425 ss.

<sup>(49)</sup> E. PARESCHE, *La genesi ideale del diritto*, Milano, 1934.

<sup>(50)</sup> R. DE STEFANO, *Norme e interessi*, Milano, 1975 (ed altri scritti).

della scienza giuridica. Una cosa insomma è dire che l'attuazione giudiziale del diritto posto è o dovrebbe essere fisiologicamente residuale rispetto all'attuazione spontanea, compresa quella attuazione spontanea rimessa sempre alla autonomia dei privati, ma a lite insorta o alle viste, che è la transazione; altra cosa sarebbe dire che l'attuazione giudiziale sia assiologicamente e funzionalmente solo un male necessario solutorio di liti singole, e che essa non abbia invece — come ha senz'altro — un preminente valore formativo e prospettico, ciò che nessuna ADR di tipo non aggiudicativo può avere. La cosa a me pare ovvia ma andrebbe sempre rammentata ai tifosi ad oltranza delle ADR non aggiudicative <sup>(51)</sup>.

*Una chiosa:* questa ricostruzione di una ideologia falzeiana relativistica e liberale (nel senso di lontana da qualunque forma di imperativismo, iperstatalismo, autoritarismo) del giudicato quanto alla sua efficacia giuridica e cioè alla sua operatività isolata e nel caso singolo, e però della piena consapevolezza da parte di Falzea della sovraordinazione istituzionale della decisione del giudice, da un lato, e dall'altro della essenzialità della attuazione giudiziale, e cioè del complesso in evoluzione delle decisioni giudiziali, per la cultura e la scienza del diritto (pur essendo esse invece residuali, rispetto alla attuazione spontanea, per la effettività del diritto), mi pare in definitiva in armonia con il Falzea studioso del negozio, per come lo ha ricostruito Massimo La Torre <sup>(52)</sup>, e cioè il Falzea che rifiuta la equiparazione kelseniana del negozio alla sentenza quale fonte di norme individuali. In buona sostanza: onde porre nella scala assiologica la sentenza al di sopra del negozio, non vi è bisogno di essere imperativisti o statalisti ad oltranza, bastando invece immedesimare una concezione sanamente relativistica del giudicato pur sempre entro l'ordine costituzionale nonché alla luce delle garanzie che presiedono all'esercizio della giurisdizione (e direi non solo di quella pubblica).

<sup>(51)</sup> Su ciò vedi, se vuoi, il mio saggio (ispirato allo scritto di Falzea appena menzionato) A. BRIGUGLIO, *Attuazione spontanea, attuazione giudiziale e prassi: rileggendo un saggio di Angelo Falzea*, in AA.VV., *Angelo Falzea* (a cura di G. D'AMICO - A. GORASSINI), Napoli, 2023, 127 ss., spec. 135.

<sup>(52)</sup> M. LA TORRE, Nella sua *Introduzione* cit..

*Altra chiosa*: ci si può chiedere a questo punto se la categoria della efficacia preclusiva o meglio la sua essenziale struttura logica possa essere utile ad inquadrare l'operatività *de facto* o *de iure* del precedente giudiziale. Ma la risposta è no, perché il precedente, anche nei sistemi di *common law*, è sempre falsificabile attraverso l'esercizio della scienza giuridica, e retrattabile; e perché, perfino nei sistemi di *common law* e perfino quando il precedente non è interpretativo di retrostante disposizione scritta, esso è di regola sempre retroattivo e dichiarativo di preesistente (più o meno vago) principio giuridico in relazione al caso concreto. Pertanto la "efficacia" del precedente si svolge sempre secondo le alternative classiche della conservazione/dichiarazione ovvero, e nei casi relativamente eccezionali del *perspective overruling* (come, secondo i più, il nostro mutamento di giurisprudenza in materia processuale) della innovazione/costituzione.

#### **10. L'efficacia preclusiva di fronte alle evoluzioni del giudicato: A) rilevabilità d'ufficio; B) crisi del giudicato.**

Oggi che tanta acqua soprattutto esperienziale, ed in primo luogo normativa e giurisprudenziale è passata sotto i ponti, vale la pena di ripercorrere e confrontare l'efficacia preclusiva con queste nuove esperienze, per verificare se essa regge e se resti euristicamente feconda.

Due di queste nuove prospettive o esperienze mi vengono in mente, in assoluto le più eclatanti, corrispondenti a fenomeni opposti di rafforzamento e di indebolimento del giudicato: A) la ormai pacifica rilevabilità d'ufficio del giudicato esterno e B) la c.d. crisi del giudicato.

Entrambi questi fenomeni lasciano assolutamente intatto il valore euristico della teoria della efficacia preclusiva.

A) La rilevabilità d'ufficio perché essa corre *ab extrinseco*, quale scelta discrezionale del legislatore o della giurisprudenza, rispetto alla relativistica concezione del giudicato che la teoria della efficacia preclusiva esprime nella sua valenza assiologica di semplice rimozione dell'incertezza attraverso l'irrelevanza di ogni ulteriore ricerca

di certezza. Ed anzi la rilevabilità d'ufficio corrisponde, proprio sul piano dei valori anche costituzionali, alla gerarchia valoriale che in Falzea pur sempre si ritrova tra i vari fatti ad efficacia preclusiva, gerarchia nella quale il giudicato occupa l'apice per il tempo, l'accuratezza, le garanzie e il dispendio di energie che la sua formazione richiede. D'altro canto, la connotazione relativistica che secondo me scaturisce dal pensiero di Falzea sul giudicato è comunque confermata se si vuole da ciò, che il giudicato sarà sì rilevabile d'ufficio, il che elide, all'interno del secondo processo, la disponibilità di parte mediante semplice omissione e cioè mediante il mancato rilievo della eccezione, ma nessuno ancor oggi dubita né mai dubiterà che le parti possono nondimeno transigere sul giudicato.

B) La c.d. crisi del giudicato dovuta essenzialmente alla interferenza dei piani sovranazionali (eurounitario e Cedu) rispetto a quello nazionale <sup>(53)</sup>, perché essa o è illusoria, o si risolve nell'operare di limiti oggettivi o soggettivi della cosa giudicata riconducibili comunque al sistema nazionale sia pure interpretato alla luce dei principi sovranazionali (come è accaduto fin dal prototipico caso *Lucchini* e, quanto ai limiti soggettivi, nel recentissimo caso rumeno deciso da Corte di Giustizia 26 settembre 2024, c. 792/22, in materia di processo penale ma esportabile anche al di fuori del processo penale); oppure, se reale ed a prescindere dalla sua (assai poca) condivisibilità o meno, essa corrisponde, sia pure con modalità tecnico-processuali diverse, a quel che vi è sempre stato: le impugnazioni straordinarie e cioè i casi eccezionali in cui il valore della certezza cede rispetto ad altri valori al punto da inibire al fatto-giudicato la produzione di efficacia (così per la recente introduzione normativa della infelice e fortunatamente ben limitata "revocazione da CEDU" ex art. 391-*quater* c.p.c., che si tirerà per altro dietro inevitabilmente una incisiva rimediazione del dogma

<sup>(53)</sup> Di cui la più nitida ed equilibrata rappresentazione mi pare resti (pur destinata ad immancabili aggiornamenti anche di là da venire, ma perdurantemente utile sul piano del metodo ricostruttivo) quella di C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla CEDU a sua volta)*, in *Atti del XXVII Convegno nazionale della AISPC*, Bologna, 2011.

della insensibilità del giudicato alla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità, riflessione già avviata prima della cennata recente modifica normativa da Remo Caponi (con estrema prudenza) e da ultimo da Marco Gradi<sup>(54)</sup>; e che a mio avviso può concludersi semmai solo con la previsione normativa di un ulteriore caso di revocazione parallela a quella ora prevista dall'art. 391-*quater* e non altro<sup>(55)</sup>; così anche nell'ormai famigerato caso delle clausole abusive e del decreto ingiuntivo divenuto definitivo, ove nella peggiore delle ipotesi la Corte di Giustizia del 17 maggio 2022, c. 693/19, seguita ed anzi improvvidamente esacerbata da Cass. Sez. Un. n. 9479/2023, finisce per postulare nella sostanza una sorta di revocazione straordinaria per violazione del diritto dell'Unione da far valere incidentalmente oltre il passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo non opposto).

E della situazione delle impugnazioni straordinarie Falzea non si occupava se non minimamente, né doveva occuparsene per la buona ragione che essa è evidentemente indifferente rispetto all'inquadramento teorico della efficacia del giudicato *quando esso è normalmente in grado di produrla*. Così come, *mutatis mutandis*, Falzea non considera la invalidità della transazione su titolo nullo, perché, giustamente, non la reputa interferente con la ricostruzione della efficacia preclusiva della transazione purché valida.

In entrambi i casi — quello della transazione su titolo nullo e quello della revocazione straordinaria in senso tecnico o in un qualche nuovo senso virtuale da crisi del giudicato — il velame

<sup>(54)</sup> Cfr. R. CAPONI, *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri*, in *Giur.it.*, 2009, 2827 ss.; M. GRADI, *Cosa giudicata incostituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1190 ss., e poi *L'intangibilità del giudicato civile nella successione tra norme giuridiche*, in AA.VV., *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Napoli, 2013, 383 ss.

<sup>(55)</sup> Resta fuori dal discorso il tema del giudicato *rebus sic stantibus* e della sottopotesi in cui gli effetti del giudicato dipendono, *pro futuro* e nello svolgersi continuativo del rapporto *inter partes*, non solo dell'accertamento contenuto nella sentenza ma anche del combinato e perdurante operare di una norma di legge (sebbene così come interpretata dal giudice). In tali casi la declaratoria di incostituzionalità della norma e la sua portata di "negative Gesetzgebung" finiscono con l'incidere sull'operare del giudicato *pro futuro* ma in modo per così dire normale, né più e né meno di quanto accadrebbe in caso di formale abrogazione o modifica non retroattiva della norma.

che preclude lo sguardo al passato si squarcia, ma ciò è dovuto alla radicale inibizione della efficacia del fatto-atto (giudicato/transazione) e non è dunque elemento idoneo a falsificare la teoria della efficacia preclusiva.

### **11. Efficacia preclusiva, costituzione e condanna: ciò che è dentro e ciò che è fuori dal giudicato.**

La teoria della efficacia preclusiva del giudicato — in definitiva — consegna al teorico generale ed al giurista positivo del processo molta sana semplificazione, molto su cui ancora riflettere, e — salvo altri — un apparente problema.

Come la mettiamo con le sentenze costitutive, col loro numero chiuso e con l'art. 2908 c.c. che proclama che solo nei casi previsti dalla legge, ma *in quei casi inossidabilmente sì*, il giudice può costituire modificare o estinguere rapporti giuridici?

La risposta è secondo me molto semplice anche se non sempre è percepita dai processualisti di ieri e di oggi, e certamente non dalla *communis opinio* media dei giuristi pratici. Si tratta dunque di risposta, in guisa di corollario alle riflessioni di Angelo Falzea, che arricchisce la nostra consapevolezza sul giudicato.

L'abbrivio lo dà immancabilmente Falzea già scorrendo della efficacia preclusiva della transazione: "*Non deve trarre in inganno, in sede di identificazione del tipo di efficacia della transazione, la possibilità di realizzare la soluzione di compromesso mediante la costituzione, la modificazione o la estinzione di un rapporto giuridico diverso da quello oggetto della contestazione. L'efficacia costitutiva, in questo caso, è logicamente ulteriore rispetto alla efficacia preclusiva, che essa presuppone e su cui si fonda*" (56).

*Mutatis mutandis*, quanto agli effetti costitutivi della sentenza nei soli casi previsti dalla legge, occorre dire che essi stanno a rigore fuori dal giudicato, il quale pure con la sua efficacia preclusiva ne è il presupposto imprescindibile. E lo stesso vale per

(56) A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., II, 103.

la condanna, che è invece non già tipizzata in numero chiuso ed ha anch'essa una portata innovativa sebbene quale semplice concretizzazione giudiziale e *ad personam* del comando generale e astratto della norma. E Falzea, sia pure sinteticamente, perviene nella sostanza anche a tale conclusione nella Voce *Efficacia* <sup>(57)</sup>: “*Questa ambivalenza*” — e cioè la capacità dell'efficacia preclusiva di contenere l'ipotesi della conservazione e l'ipotesi opposta della innovazione — “*non è concepibile né per la condanna né per la costituzione, le quali rappresentano svolgimenti della situazione giuridica accertata e quindi presuppongono già esaurito l'accertamento*”; (veniale imprecisione quest'ultima — direbbe il processualista — o meglio affermazione vera solo sul piano della logica decisoria del giudice, e non su quello degli effetti perché quelli della condanna e forse ed almeno in parte quelli della costituzione per mano di giudice precedono e non seguono l'esaurimento e cioè il giudicato sull'accertamento; il che però, come subito dirò, finisce per confermare ulteriormente la esorbitanza di condanna e costituzione rispetto al giudicato).

Ciò che passa in giudicato — come del resto vuole l'art. 2909 (e Falzea non manca di ricordarlo in una nota 124 della Voce *Efficacia*) — è l'accertamento immancabilmente contenuto in ogni sentenza di accertamento mero, di condanna o costitutiva. E la efficacia preclusiva del giudicato impedisce lo sguardo indietro rispetto ai presupposti della costituzione o della condanna (se davvero esisteva o non esisteva un valido ed efficace contratto preliminare, se davvero esisteva o non esisteva la eccessiva onerosità posta a fondamento della risoluzione, se davvero esisteva o non esisteva il rapporto di debito-credito di cui la condanna rappresenta la concretizzazione, ecc.). Ma per costituzione e condanna non ha senso dire che esse “fanno stato” e cioè svolgono *pro futuro* i loro effetti preclusivi. Per la buona ragione che nel prosieguo della esperienza giuridica il contratto definitivo costituito per mano di giudice può ben essere risolto per inadempimento, la

<sup>(57)</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., II, 187.

condanna può essere del tutto elisa dall'adempimento coattivo o spontaneo post sentenza; restando fermo l'accertamento presupposto su cui si forma il giudicato. Riferire la efficacia di giudicato anche alla condanna e alla costituzione in quanto tali o vuol dire che anche il capo condannatorio ed il capo costitutivo della sentenza diventano in quanto tali irretrattabili, il che è ovvio ma si risolve nel mero aspetto formale del giudicato (art. 324 c.p.c.), o si risolve pur sempre, sul piano sostanziale, nella irretrattabilità dell'accertamento (accertamento del diritto alla condanna o alla costituzione), oppure, e sempre sul piano sostanziale, è sommarmente inutile perché, ad esempio, per proteggere dalla *condictio indebiti* l'adempimento spontaneo o coattivo della condanna basta il retrostante accertamento della debenza della somma passato in giudicato.

Ed altra faccia della medesima medaglia teorica è che la condanna (come lo stesso Falzea non manca di rilevare occasionalmente nella Voce *Efficacia* del 1965 anche se non allo scopo di trarne esattamente la conclusione che sto enunciando), ed ormai secondo molti anche la costituzione per mano di giudice, operano a prescindere e prima del giudicato e dunque la loro efficacia reversibile sta *a fortiori* fuori da quella del giudicato. Mentre l'accertamento no: o almeno non ha senso discorrere di efficacia preclusiva per la sentenza di primo grado; se l'accertamento in essa contenuto non è del tutto insignificante — e non lo è — certamente però il suo operare nella successiva esperienza giuridica non consiste nella preclusione dello sguardo all'indietro immaginata da Falzea.

ABSTRACT: Il saggio, che riproduce una relazione congressuale, intende rimeditare con riferimento alla *res judicata* la teoria della "efficacia preclusiva", elaborata ed affinata da Angelo Falzea fra il 1951 ed il 1965 e consistente nella riconduzione del giudicato (e così pure della transazione, della prescrizione ecc.) ad un terzo tipo generale di efficacia giuridica diverso sia dalla efficacia costitutiva che dalla efficacia dichiarativa. L'Autore analizza in particolare: la utilità della teoria della efficacia preclusiva del giudicato ai fini della semplificazione e composizione di alcune contrapposizioni teoriche classiche nella dottrina processualciviltistica; le utili sue ricadute in ordine alla soluzione di problematiche di diritto positivo; la sua perdurante

tenuta di fronte a novità quali la rilevabilità d'ufficio della eccezione di giudicato o la cd. crisi del giudicato (derivante dalla sovrapposizione del diritto europeo); la valenza ideologica della teoria della efficacia preclusiva, la quale colloca la *res judicata* in una dimensione relativistica ispirata al solo valore della certezza, così indicando anche al giurista positivo una adeguata considerazione dei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato.

**ABSTRACT:** *The paper, which reproduces a conference lecture, aims at rethinking, in respect of the “res judicata”, the theory of “preclusive efficacy (“efficacia preclusiva”), elaborated and refined by Angelo Falzea between 1951 and 1965 and consisting in the reconduction of the “res judicata” (and thus also of the transaction, the statute of limitations, etc.) to a third kind of legal efficacy different from both constitutive and declaratory efficacy. The author analyses in particular: the utility of the theory of the preclusive efficacy of the judgement for the purpose of simplifying and settling some classical theoretical contrasts in civil-procedural doctrine; its useful repercussions with regard to the solution of problems of positive law; its enduring relevance in the face of novelties such as the ex officio detectability of the exception of judgement or the so-called crisis of “res judicata” (resulting from the overlapping of European law); the ideological value of the theory of preclusive efficacy, which places the “res judicata” in a relativistic dimension inspired only by the value of certainty, thus also indicating to the jurist an adequate consideration of the objective and subjective limits of “res judicata”.*



# Situazioni giuridiche e processo civile: micro-speculazioni tra dogmi, categorie e concetti, dall'angolo visuale dell'accordo (\*)

di ALESSANDRO FABBI

SOMMARIO: 1. *Konventionalprozess* e rapporto giuridico processuale. — 2. Transizione. La teoria del processo come procedimento e il (via via più) limitato senso dei residui richiami al “rapporto”. — 3. Il processo come serie di situazioni giuridiche e gli accordi. Variazioni. — 4. Oltre i postulati: accordi e fattispecie (sullo sfondo del procedimento); poteri e doveri; accordi e (cedevolezza della) norma. — 5. Un esercizio pratico conclusivo, su di un problema solo all'apparenza ozioso.

## 1. *Konventionalprozess* e rapporto giuridico processuale.

Di là del titolo stentoreo gli intenti sono ben più discreti di quanto se ne possa inferire: e intendono agitarsi nello studio della negletta figura dell'accordo processuale nel quadro della giustizia civile italiana; formula adoperata estensivamente, ad includere — secondo una diffusa dottrina straniera — tanto gli accordi c.d. obbligatori (di natura o meno sostanziale), con efficacia sul/nel processo, sia essa prevista o regolata o meno dalla legge, con cui le parti dispongono di propri poteri (o per taluno o talvolta: facoltà) processuali (1), quanto gli accordi, c.d. dispositivi, con cui le parti ‘dispongono’, in via diretta, della norma processuale, ossia dello svolgimento del processo o della attività del giudice (2).

(\*) Articolo destinato al volume di E. NICOSIA - R. BELFIORE (a cura di), *Situazioni soggettive e diritto pubblico*, Napoli, 2024.

(1) Che necessitano, comunque, di una trattazione autonoma dai negozi di diritto sostanziale, per la *sedes* in cui operano, e quand'anche producano effetti rilevanti sul piano sostanziale; nonché possibilmente unitaria, con adeguati *caveat*, benché in contesti diversi.

(2) È la distinzione comunemente accolta, sulla scia di quella tedesca: v. tra tutti A.

La scienza giuridica italiana — tampoco il locale *stylus curiae* — non è ancora giunta a un finito e unitario riconoscimento di una o più categorie generali di accordo, che ha anzi non di rado rigettato <sup>(3)</sup>: complice fino ad ora, forse (si è soliti dire, ma dissentiamo, per genericità dell'argomento <sup>(4)</sup>), la decisa virata pub-

CABRAL, *Convenções Processuais*, São Paulo, 2015 (ed edizioni successive sino a *Convenções Processuais: Teoria Geral dos Negócios Jurídicos Processuais*, 2023), spec. 50 e riff. nelle note a piè di pagina (51: per la distinzione, inoltre, tra accordi ad effetti diretti ed indiretti, tale da escludere ad es. dal novero cui allude l'espressione la clausola con cui le parti stabiliscono il luogo di adempimento dell'obbligazione, con ogni conseguenza in punto di foro competente). V. anche G. SCHUMANN BARRÁGAN, *Verso una teoria generale degli accordi processuali. Premesse ricostruttive* (trad. S. Dalla Bontà), in *Giust. Consensuale*, 2023, 81 ss., spec., per la distinzione di cui al testo, note 14 e 15 (rispettivamente per gli accordi “a carattere dispositivo”, *prozessuale Verfügungsverträge*, e per gli accordi a carattere obbligatorio, *prozessuale Verpflichtungsverträge*), i primi influiscono sul processo o sull'attività dell'organo giurisdizionale, i secondi mirano a disciplinare la condotta delle parti. *Amplius*, del medesimo A., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid, 2022, spec., sulle categorie in discorso, 147 ss. e *passim*.

<sup>(3)</sup> S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Roma, 1966, I, 451: “dalla disponibilità del diritto alla disponibilità del processo, e quindi del giudizio, non c'è uno svolgimento consequenziale ma un salto”. Più chiaramente la (iniziale, come si vedrà) avversione di Satta agli accordi era formulata in *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, spec. 49 ss., 50, ove riconosceva che la loro ammissione toccasse le radici più intime di tutto il diritto processuale, avversandola, e contribuendo ad un “equivoco storico”, come si vedrà nel presente §, poiché si trattava a suo dire “di decidere sulla convenzionalità o meno del processo, di accettare cioè l'idea del rapporto pubblicistico... o di tornare all'antico .. i contratti processuali rappresentano una nostalgia di questo antico”. Più distesamente dello stesso S., v. le repliche e considerazioni sull'opera giovanile sul giuramento di Allorio, richiamate alla nota seguente, nonché, anni dopo, la voce enciclopedica dedicata all'accordo, del pari *infra* richiamata.

<sup>(4)</sup> Non inusuale, come altrove rilevavamo (A. FABBÌ, *Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense*, in AA.VV., *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016, II, 1003 ss.), la sovrapposizione del tema degli accordi, o più genericamente del ruolo della autonomia privata nel processo, a progetti di sua *privatizzazione* o *pubblicizzazione*. Per un datato ma spendibile discorso intorno alla inutilità di tali espressioni, v. per es. S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, rist. 2004, Nuoro, spec. in *Storia e “pubblicizzazione” nel processo*, 199 ss. (dove Satta prende largamente in esame l'opera di Allorio sul giuramento), ed anche, prima, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo* (la nota prolusione in Padova nel 1939), 173 ss. ove Satta argomenta e se si vuole riconosce, *ivi*, 204, che lo Stato potrà intervenire in maggiore o minor misura sul processo e quindi più o meno “pubblicizzarlo”, “ma questa misura sarà data dalle norme di diritto positivo nelle quali essa si sarà manifestata, le quali possono lasciare largo campo alla disposizione delle parti, che non è affatto incompatibile con l'intervento dello Sta-

blicistica della scienza di settore <sup>(5)</sup>; più probabilmente un casuale disinteresse degli interpreti tempo per tempo accostatisi all'argomento. Ancorché l'ordito codicistico nel suo complesso, ben più di altri per noi, appaia votato ad accogliere una ricostruzione univalente in argomento, conoscendo diverse categorie tipiche (a volte confuse o nascoste tra le disposizioni), oltre a previsioni generali strumentali alla sistematizzazione.

Al confronto di tale stato dell'arte con i notevoli sviluppi raggiunti invece sull'accordo, su tutte, dalla processualistica tedesca <sup>(6)</sup>, si è anni addietro autorevolmente ipotizzato <sup>(7)</sup> che il tema avrebbe potuto conoscere altra sorte se anche in Italia avesse avuto maggior seguito la teoria, di matrice appunto tedesca e post-pandettistica, del rapporto giuridico processuale <sup>(89)</sup>.

to" e, prima, discutendo tali orientamenti pubblicistici, mette in evidenza la loro erroneità nei limiti in cui appuntano il "pubblicismo" sullo scopo di attuazione del diritto oggettivo, mentre, eccepcisce S. Satta, *op. cit.*, 178-179, il processo è un "modo di essere", in cui sempre si fa sempre valere un interesse privato.

<sup>(5)</sup> La affermazione del carattere pubblicistico e autoritario del pensiero chiovendiano, quasi uno stilema linguistico ai fini di che trattasi, è, come noto, ben che in altri riportata a corrette proporzioni da F. CIPRIANI, tra le tante sedi, v. ad es., *omisso* ai presenti fini il resto, il breve scritto di passaggio intitolato *Giuseppe Chioventa tra Salvatore Satta e Virgilio Andrioli*, in *Foro It.*, 2002, 129 ss.

<sup>(6)</sup> Attestata anche da A. CHIZZINI, *Koventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 45 ss. A. CABRAL, *Convenções*, cit., si pone l'obiettivo dichiarato (p. 19) di "provar que as convencoes, no processo contemporaneo, sao compatíveis como publicismo processual". E ancora, p. 20, muove dall'ipotesi che sia possibile conciliare le conquiste del "publicismo processual com a possibilidade de celebraçao de convenoes processuais".

<sup>(7)</sup> R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in AA.VV., *Accordi di parte e processo. Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2008, 99 ss., poi in Id., *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, I, Milano, 2022, 179 ss. e spec. 190-192. Nella dottrina straniera: A. CABRAL, *Convenções*, cit., 140, ove sostiene che, sulla base della concezione del rapporto giuridico processuale (ma, aggiunge anche, grazie al principio dispositivo), si apre lo spazio per l'autonomia delle parti nel processo, e ciò "in collaborazione con il giudice", laddove J. GOLDSCHMIDT (sulla cui opera *amplius infra*) ne discorreva (*Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, 299) in relazione alla sola autonomia delle parti. Si è visto alla nota 4 che, forse d'istinto, anche Satta temeva l'idea dell'accordo, come temeva un ritorno alle ... *Pandette* ed al rapporto come ivi inteso.

<sup>(8)</sup> V. O. v. BÜLOW, *Die Lehre von den Prosesseinreden und die Prosessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, *passim*; adde, J. KOHLER, *Über processrechtliche Verträge und Creationen, Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*, Berlin, 1894. Per un riepilogo della

Donde la opportunità e all'un tempo giustificazione della presente ricerca: la quale, senza addentrarsi in un dibattito di recente rinverdito <sup>(9)</sup>, intende esplorare le più note concezioni teorico-stipulative (rapporto/situazione giuridica/procedimento, ecc.) del fenomeno processuale, vagliandone eventuali utilità nella angolazione indicata (*i.e.* lo studio dell'accordo) <sup>(10)</sup>. Quale quella prescelta, si deve condividere intuitivamente che, per la ricerca in svolgimento, rechi vantaggio la ricostruzione del processo a mezzo, come sempre meno si fa, di categorie generali <sup>(11)</sup>. Vedremo che l'accordo entra nella teorica degli atti processuali: atteso che quest'ultima, per comune opinione, chiama in causa l'ausilio della teoria generale <sup>(12)</sup>, risulta che l'una e l'altra sono messe in moto ed in discussione dal primo. L'esercizio, poi, per scelta fatta

loro posizione circa l'accordo, v. M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 149 ss.

<sup>(9)</sup> La ricostruzione del processo come procedimento, serie di atti caratterizzata dal contraddittorio, *rectius* dalla nozione di giusto processo e dagli elementi che la devono connotare, è stata da ultimo ripresa da A. PANZAROLA (*Processo, procedimento e iudicium (brevissime annotazioni a margine di una celebre dottrina)*, in AA.VV., R. MARTINO, A. PANZAROLA e M. ABBAMONTE (a cura di), *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, Milano, 2022, 411 ss.), generando una discussione che ha visto, nell'ordine, gli interventi, dopo Panzarola, di R. MARTINO (*Prefazione*, in AA.VV., *Procedimento e processo*, cit., VII ss.), B. SASSANI (*Il discorso interrotto. Il diritto processuale ed il suo oggetto al tempo del right to a fair trial*, prima in *Il Proc.*, 2022, 1, 1 ss., poi ancora in AA.VV., *Procedimento e processo*, cit., 425 ss.) e, da ultimo, R. TISCINI (*Ulteriori brevi riflessioni intorno a un discorso interrotto... tra processo, procedimento e iudicium*, in *Judicium*, 2022, II, 493 ss.).

<sup>(10)</sup> L'approccio si giova delle connessioni, comuni ascendenze o sviluppi, tra teorie del diritto processuale in vari sistemi ed epoche, principalmente tra Germania e Italia, sul che v. chiare linee generali (lì anche relative alla Francia e al più distante *common law*) in C. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile "osmosi"*, in *Riv. It. Scienze Giuridiche*, 2015, 127 ss.

<sup>(11)</sup> G. VERDE, *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti (Soliloqui del crepuscolo 2021-2023)*, Torino, 2023, 28 ss., vuole densamente sottolineare che, magari per schiavitù dai concetti entificati dalla stessa dottrina che seguiamo, si osserva la tendenza a proporre come soluzioni tecniche — e in qualche misura "neutre" — scelte di valore, sul che v. anche B. SASSANI, *A proposito di un libro di Giovanni Verde "sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti"*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 947 ss. spec. 952 ss.

<sup>(12)</sup> In luogo di molti: F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942, 267: "poiché ... gli atti processuali sono atti giuridici, s'intende che per la loro conoscenza giovano anzitutto le nozioni elaborate dalla teoria generale del diritto ...".

— escluso il non difficile caso pratico conclusivamente esaminato —, riguarderà lo stato della dottrina volta per volta selezionata, ponendo perlopiù e volutamente da parte quello della giurisprudenza <sup>(13)</sup>.

Si dica che la opinione per cui la teoria del rapporto meglio feconderebbe la riflessione sull'accordo — sensata, per come risuona, di primo acchito — si rivela da principio non poco ambigua: furono difatti proprio i teorici del rapporto, Bülow, Kohler e seguaci <sup>(14)</sup>, a fissare il c.d. divieto di *Konventionalprozess* cui si devono gran parte dei dogmi giunti (a noi) sino a oggi, primo tra tutti quello della tassatività, portato della indiscussa natura pubblica del diritto processuale, e così della inderogabilità della rispettiva disciplina <sup>(15)</sup>.

A riguardo, Bülow, nella sua lezione in tema di *Dispositives Civilprozeßrecht*, sostenne (seppur, per qualcuno, risultando frainteso <sup>(16)</sup>) la esistenza di un diritto processuale dispositivo, la cui essenza doveva consistere in un'autorizzazione della legge che sola consentiva spazio alla autonomia delle parti (c.d. norma di autorizzazione, *Ermächtigungsnorm* <sup>(17)</sup>): che fosse pure corre-

<sup>(13)</sup> Peraltro, apparirà tra qualche pagina (forse paradossale) che la giurisprudenza di legittimità talvolta, anche in anni recenti, cerchi appigli nel rapporto giuridico processuale; mentre il caso esaminato in conclusione mostra non altrettanta dimestichezza con le situazioni processuali.

<sup>(14)</sup> O. von Bülow, J. Kohler, A. Wach, K. Hellwig, tra gli altri. La categoria dogmatica in discorso fu quindi importata in Italia da G. CHIOVENDA (v. su tutto i *Principii*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1923, es. 859). Ma v. anche, per l'adesione alla costruzione in oggetto, F. KLEIN, tra l'altro in *Die Schuldhafte Parteihandlung: Eine Untersuchung aus dem Civilprozessrecht*, Wien, 1885.

<sup>(15)</sup> Per una discussione del tema cfr. ancora M. MARINELLI, *La natura*, cit., 149 ss.; A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., 45, nota 1. V. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 106, discorrendo dei contratti processuali il cui campo “è limitatissimo”.

<sup>(16)</sup> *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1881, 1 ss. Cfr. G. WAGNER, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, 57 ss. V. anche M. MARINELLI, *op. cit.*, 151 ss.

<sup>(17)</sup> Si direbbe: in coerenza con la sua concezione dei rapporti tra legge e giurisdizione (su cui v.: trad. M. MARINELLI, *Legge e giurisdizione*, in *Giust. Proc. Civ.*, 2011, 1269 ss.): così, A. CHIZZINI, *Konventional*, cit., 50 e nota 25. Ricorda A. CABRAL, *Convenções*, cit., 33, sul punto, la teoria per cui i negozi processuali sarebbero inammissibili

data di una *default rule*, diremmo oggi) (18); peraltro, come rilevato tempo dopo *ex professo* da Wagner, la posizione era tutt'altro che di apertura, atteso che l'importante autore era anche colui il quale credeva che la stipula di un contratto processuale dovesse considerarsi una "*krasse Gesetzesverletzung*" (19).

Anche Kohler (20), tra gli altri, pur variandone vari sviluppi con le sue "*Creationen*", e pur non senza svariati ragionamenti, singolarmente isolati, validi e da recuperare ancora adesso (21), era

nel processo, potendo produrre effetti soltanto nei limiti previsti dalla legge (tassatività dei negozi), coerentemente con la considerazione degli atti processuali come atti giuridici in senso stretto dove la volontà dell'agente resta irrilevante, mentre solo per taluni atti questa sarebbe la regola, rammentando come (80 ss.), nella vigenza del codice del 1973, tale teoria fosse imperante anche in Brasile, oltre che all'estero, per cui rife. alla nota 214. L'A. rammenta altresì come, 81 ss., un primo superamento di tale orientamento restrittivo si ebbe in Germania in linea con lo sviluppo della concezione collaborativa del processo: già, secondo Cabral, con Schiedermaier e Baumgärtel (ma anche, per C., con W. SELLERT, *Der Verzicht auf Einwendungen beim deklaratorischen Schuldanerkenntnis – ein Prozeßvertrag?*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, 230 ss. e con Hellwig, su cui v. *infra*). Di qui Cabral, 89 ss., ripercorre l'evoluzione della dottrina tedesca in materia, analizzando le posizioni di Bülow – cui imputa condivisibilmente di aver ispirato larga parte delle successive posizioni di chiusura in arg., v. 92 ss. —, ma anche Kohler e Wach, *ante* e *retro* citati.

(18) Allude a ciò, al punto di riprendere e sintetizzare gli insegnamenti della dottrina tedesca, anche G. SCHUMANN BARRÁGAN, *Verso una teoria generale*, cit., là dove, nota 22 si riferisce ad una "subsidiäre Regelung", che però, come evidenziamo nel testo ed altrove, non risulta così rigidamente richiesta, a delimitazione chiara e definitiva dei legittimi casi di accordo, neppure nella stessa processualistica tedesca moderna ed un poco meno.

(19) G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 4, citando O. BÜLOW, *Dispositives*, cit., 64; ma anche, più avanti, p. 58, quando ascrive (a titolo di colpa) alla teorica bülowiana la nascita del dogma della indisponibilità del diritto processuale: "*Der Schluß von der öffentlich-rechtlichen Natur des Prozeßrechts auf seine Unverfügbarkeit läßt sich indessen bereits aufgrund der Lehre Bülows als Fehlschluß entlarven. Wie oben bereits angedeutet, wandte sich Bülow gegen die „Mutationstheorie“, also die Vorstellung, die Parteien wandelten durch Verträge das sonst geltende Recht ab, von der aus der Schluß, das dem Allgemeininteresse verpflichtete öffentliche Recht müsse vor Privatwillkür geschützt sein, allerdings naheliegt*".

(20) *Über processrechtliche Verträge und Creationen*, cit., 126 ss. e spec. 154 ss. ove Kohler riteneva peraltro che quando la legge processuale concedesse almeno due scelte alle parti, a queste ultime fosse data la possibilità di accordarsi per scegliere una sola via tra le due o tra le varie (citando le rinunce alle impugnazioni, gli accordi sulla competenza, l'allegazione e la prova dei fatti, ecc.).

(21) V. ad es., per l'affermazione per cui taluni atti di natura civilistica, una volta divenuti parte integrante del processo, perdono siffatta natura tramutandosi in atti processuali: ID., *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*,

rimasto in sostanza ancorato alle premesse bülowiane — malgrado ripreso per più versi dal primo Goldschmidt<sup>(22)</sup> nell'introdurre l'elemento dinamico della situazione giuridica o la teorica dell'atto con effetti su vari piani. Non dissimilmente lontani furono gli approdi di Wach<sup>(23)</sup> e, poi, Hellwig<sup>(24)</sup>, pur anch'essi valorizzati<sup>(25)</sup>, magari senza distinzione tra il Konrad e l'Hans-Jürgen, e ciò a dispetto, specie per il primo, di conclusioni a dir poco astringenti<sup>(26)</sup>.

Ci volle gradatamente una rilevante dottrina successiva a provocare una decisa virata, donde importanti nomi della processualistica tedesca (il più noto fuori dai confini sino a tutt'oggi è Schlosser ma più profondamente avviarono e delimitarono il dibattito, prima di lui, Schiedermaier<sup>(27)</sup> e Baumgärtel<sup>(28)</sup>) hanno dato il loro

1901, 1 ss. spec. 1-4 (altro discorso è dire: v. più avanti, che Kohler entro tali atti ricomprende anche la "pretesa fondata"); peraltro, la visione di Kohler anticipa le basi della teorica degli atti ad effetti plurimi, ripresa in seguito e valida a tutt'oggi. Si confronta con essa, cogli obiettivi lì perseguiti, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 222, nota 45.

(22) J. GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale. Prima parte*, trad. M. MARINELLI, Torino, 2019, 182, ove il rilievo che sia stato proprio Kohler a far sprigionare le scintille più preziose dalla "pietra focaia" del rapporto processuale.

(23) A. WACH, *Das Geständnis*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1881, 201 ss., per la "completezza" del diritto processuale, p. 221 e p. 225 ove si legge che "*das Civilprozessrecht ist erschöpfend*", ma dello stesso A. v. soprattutto Id., *Vorträge Über Die Reichs-civilprozessordnung*, Bonn, 1879 e 1896, *passim* (ora in rist.).

(24) H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Bonn, 1968, p. 45 ss. (per la eccezione della natura pubblicistica del diritto processuale civile), nonché 50 ss., per consonante qualificazione del rapporto giuridico processuale, e ancora per la qualificazione, per cui Hellwig propende, degli accordi come aventi direttamente ad oggetto una situazione giuridica processuale, p. 30 e p. 43 ss. (tesi contrapposta a quella che ha invece di mira gli effetti degli accordi, risultandone in tal modo una categoria più ampia).

(25) V. es. J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 184, ove riporta l'affermazione di Hellwig per cui dagli atti processuali si generano "specifiche situazioni giuridiche", che determinano e orientano "l'ulteriore corso del rapporto processuale".

(26) K. HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozeßrechts*, I, Leipzig, 1912, 452, rammentando come contratti privatistici sui poteri processuali fossero un controsenso ed escludendo *in toto* la ammissibilità di accordi preventivi in tal senso.

(27) G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, 1935. Per tale considerazione dell'opera di Schiedermaier, v. sin d'ora diffusamente G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., sin da 5 ss. ed altrove ripetutamente; ripreso da M. MARINELLI, *op. cit.*, 153 e poi da A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., 49 e nota 24.

(28) G. BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivil-*

contributo via via allentando le rigide premesse dei teorici del rapporto: vuoi sfaldando il generalizzato dogma della tassatività <sup>(29)</sup> derivante dalla necessaria esistenza di una norma autorizzativa da riconoscersi per la previsione di una regola sussidiaria in assenza di accordo <sup>(30)</sup> (idea che, esasperando la legalità delle forme che pur nessuna ricerca sull'accordo potrebbe abbracciare <sup>(31)</sup>), ha ispirato i brevi contributi censiti in Italia a metà del secolo scorso, e che ancor oggi, per semplificare, raccoglie accoliti: v. *infra* <sup>(32)</sup>), vuoi chiarendo qualche rilevante equivoco. Ciò, ad esempio, è accaduto sull'insegnamento bülowiano nel punto in cui riduceva sì l'ambito degli accordi, ma estendendolo (per una concezione della norma processuale, che sviliva la differenza tra poteri delle parti e del giudice e prendeva il caso in cui la disposizione conferisca più scelte per il caso di oscurità) al contesto della discrezionalità del giudice civile <sup>(33)</sup>. Per i successivi studiosi fu questo uno tra i maggiori

*prozeß*, Berlin/Frankfurt am Main, 1957, e Köln/Berlin/Bonn/München, 1972. In punto di metodo, come ricordato anche da Wagner sin dall'introduzione, *loc. ult. cit.*, Baumgärtel propende per un approccio differente rispetto a Schiedermaier, rinunciando ad elaborare principi generali per esaminare, attraverso un metodo induttivo, diversi tipi di contratto separatamente, in ciò anticipando nella impostazione Schlosser, nonostante il rilevante distinguo tra i due, negli esiti e prima ancora nel metodo, solo quest'ultimo e non il primo muovendo dalla massima "*in dubio pro libertate*", che l'a. enuncia sin dalle prime pagine della sua ricerca: v. infatti P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Tübingen, 1968, 9 ss., che fa leva sulla libertà dei privati, costituzionalmente costruita.

<sup>(29)</sup> Per un riepilogo, G. WAGNER, *op. cit.*, spec. 79 ss.

<sup>(30)</sup> *Supra* e, ancora, G. WAGNER, *op. cit.*, 58.

<sup>(31)</sup> G. SCHUMANN, *Verso una teoria*, cit., nota 17 e 19, avvalendosi come visto della distinzione elaborata in Germania, per gli accordi a carattere "dispositivo" richiama la "necessità di esaminare la natura giuridica della norma. Dello stesso a., nell'opera maggiore, *Derecho*, cit., 138 ss., ancora sulla distinzione tra *prozessuale Verpflichtungsverträge* e *prozessuale Verfügungsverträge*, ne tratta separatamente il regime, rispettivamente riferendosi alla valida disposizione di poteri (p. 150 ss.) e alla esistenza di una norma processuale dispositiva: spec. p. 148 ss. e p. 153, ove il richiamo alla *Normdisposition*, norma processuale autorizzativa. In Spagna come altrove, l'art. 1 LEC stabilisce il principio di legalità nel processo. Si rammenta sin d'ora, *ex multis*, che per P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1941, 220 ss., la libertà delle forme processuali consiste non già nella libertà ma nella loro "legalità".

<sup>(32)</sup> V. il già citato ed importante studio di G. SCHUMANN BARRÁGAN, in nota 3.

<sup>(33)</sup> O. BÜLOW, *Dispositives*, cit., spec. 78, per cui sono norme dispositive non solo quelle che regolano l'agire delle parti nel processo mediante atti o negozi, ma anche quelle che lasciano discrezionalità di comportamento al giudice; per l'esame, M. MARINELLI,

punti dolenti, a rischio di anettere alla libertà dei privati ambiti delicati, segnatamente ammissione e, soprattutto, valutazione delle prove <sup>(34)</sup>. Dovette affievolire pure l'idea, al fondo confusiva, che la negoziabilità del processo ne richiedesse un'analisi con schemi e metri sostanzialistici: si pensi al malinteso, bülowiano (e non solo), della esaltazione del concetto di *actus trius personarum*, — altamente improprio ai fini di indagine da noi perseguiti <sup>(35)</sup> — dal quale scaturiscono suggestivi ma infondati dubbi intorno a trilateralità/imprecindibile pluralità degli accordi <sup>(36)</sup>. Lo stesso ha a dirsi, per

*La natura*, cit., spec. 157.

<sup>(34)</sup> V. riff., alle critiche, tra gli altri, di Goldschmidt, Schiedermaier, Schlosser e Wagner, in A. CABRAL, *Convenções*, cit., 148 e nota 46. La evoluzione è riepilogata in T.M. PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, spec. 1-56.

<sup>(35)</sup> Che sia stata la concezione (anche in questo significato) artificiosa dell'unico rapporto giuridico ad alimentare il dibattito intorno alla bi- o tri-lateralità del processo, è confermato da F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, rist. 2022 (pref. di P. Ferrua), spec. 281 ss., e sulla cui indagine *amplius infra*. V. anche B. HESS, *Der Prozess als Rechtslage – James GOLDSCHMIDT 1925. Proceedings As a Sequence of Judicial Situations – A Critique of the Procedural Doctrine – Der Prozess als Rechtslage – James GOLDSCHMIDT 1925*, in L. CADIEU, B. HESS e M. REQUEJO ISIDRO (a cura di), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Baden-Baden, 2015, § 1: “*The procedural relationship existed between the parties and the court, it was conceived of as a triangle*”. Il concetto di *actus trius personarum* ebbe peraltro massima diffusione, mai assurgendo ad effettivo e reale paradigma tecnico-giuridico: v. ad es. le menzioni, dense ma comunque etico-moralistiche, di P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, ora in *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, rist. 2019, Roma, 541.

<sup>(36)</sup> Ricorda ancora in tempi moderni G. VERDE, ora in *Diritto processuale civile. Parte generale*, I<sup>o</sup>, Bologna, 2023, 89 ss. e spec. 97 ss. che “in estrema sintesi, può dirsi che la cultura giuridica italiana, sotto l'influenza di quella tedesca, ha sempre più abbandonato l'idea che il processo civile sia una vicenda gestita dalle parti sotto il controllo del giudice e ha con sempre maggiore convinzione condiviso un'impostazione pubblicistica della giustizia anche nelle controversie tra privati e relative a diritti disponibili. Oggi, peraltro, tali conclusioni possono essere giustificate anche da un diverso punto di vista, superando gli steccati ideologici e tenendo come obiettivo del processo l'effettività delle tutele elargite”, sicché – posto che tra i vari principi processuali si legano al diritto sostanziale quello della domanda e quello della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, tutto il resto restando tecnica del processo, “sarebbe meglio, allora, ricorrere alla collaborazione fra le parti e il giudice, concependo il processo come *actus trius personarum*, poste sullo stesso piano e tutte cooperanti per la ricerca della verità e della giustizia sostanziale”. Limitatamente, ai fini di che trattasi, deve allora rilevare il richiamo della dottrina citata (nei limiti in cui riferito a collaborazione/cooperazione nel giudizio). Che l'adozione dell'espressione di atto trilatero superi correnti e teorie, riducendosi — come

il riferimento stesso, costante all'epoca, all'equivalente terminologico italiano di “negozio giuridico” (processuale) <sup>(37)</sup>, che calava sulla scena concetti di diritto sostanziale e che — richiamato senza dirlo l'elemento della volontà — poneva in crisi, causando ulteriori ritrosie, l'allora già embrionale orientamento circa la volontà del solo atto, ma non del suo effetto <sup>(38)</sup>, con ciò che ne consegue in termini di tendenziale (ir)rilevanza dei vizi del volere. Ciò che d'altra parte spostava il centro dell'attenzione scientifica su istituti per i quali si intuiva (e dibatteva, a ragione o a torto), appunto, una componente volontaristica, senza attenzione al consenso ma includendovi atti unilaterali <sup>(39)</sup>: quali, in un calderone niente affatto concentrato sugli accordi tra due parti, confessione, riconoscimento della domanda, “componimento processuale”, avvio ed estinzione del processo, sino alle estreme ma diffuse opinioni di coloro i quali avevano ritenuto che “*in ogni atto processuale volontario si con-*

<sup>(37)</sup> Cfr. M. RICCA-BARBERIS, *Due concetti infecondi: negozio e rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, 191 ss.

<sup>(38)</sup> G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 776; classico riferimento nella dottrina tedesca è quello di P. ARENS, *Willensmängel bei Partei-handlungen im Zivilprozeß*, Berlin-Zürich, 1968, su cui v. anche H.F. GAUL, *Review: Willensmängel bei Prozeßhandlungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1972, 342 ss.; da noi, V. DENTI, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia, 1959. Il punto è evidenziato anche, pur ancora non compiutamente elaborato, in A. COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, 165, ove rammentava come per gli atti processuali può dirsi in genere irrilevante il concetto di causa, essendo già fissati dalla legge gli scopi, che i privati non possono in alcun modo cangiare, sicché la forma è “l'elemento veramente essenziale di questi atti”. Nel panorama comparatistico, si richiama subito, per un superamento, P. COSTA E SILVA, *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, 2003, *passim* e spec. cap. 2.

<sup>(39)</sup> Cfr. J. KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Zivilprozesses*, Mannheim, 1888, §§ 6 ss., ove riteneva negozi di natura civilistica i negozi di scioglimento del rapporto processuale, rilevandone la efficacia autonoma indipendente dai vizi di cui il processo può essere affetto; trattando pure il tema in termini di negozio di diritto pubblico, cfr. S. SCARON, *La volontà del processo civile*, in *Giurisprudenza*, 1912, 1017. Per un'analisi critica di questa dottrina, v. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 775 e altrove.

*tiene un negozio processuale*”<sup>(40)</sup>. Il negozio giuridico processuale era espressione volta a designare quei casi (con la lente dell’attualità abusandone per eccesso<sup>(41)</sup>) in cui la componente volontaristica prende(va) un qualche rilievo nel processo, sia se di due parti sia pure di una soltanto, il che per inciso spiega la nostra (e non solo: v. per tutti il Carnelutti<sup>(42)</sup>) scelta di non far impiego generalizzato dell’espressione, anche per la ulteriore intuizione<sup>(43)</sup> che la tecnica dell’accordo, in quanto tale, è sovente impiegata a prescindere od indifferentemente dal rilievo della manifestazione dei contendenti (si contendono il campo, agli antipodi, atti neutri o con effetti/rilievo soltanto processuali)<sup>(44)</sup>, semmai a soli fini di applicazione del

<sup>(40)</sup> Schultze, citato da A. COSTA, *Contributo*, cit., 81.

<sup>(41)</sup> Categoria definita difatti “infeconda” da V. DENTI, voce *Negozio processuale*, *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 138 ss., a mutuare l’espressione, anni prima, nota 38, di Ricca-Barberis.

<sup>(42)</sup> Al complesso pensiero di Carnelutti esattamente sull’accordo va dedicato un separato capitolo d’indagine, donde qui, rinviando a F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., ove plurimi richiami e trattazioni, es. 305-306, ne affermiamo la importanza, senza svolgimenti sui punti specifici. Per una scelta diversamente argomentata, v. L. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, Padova, 2012, spec. 89 ss.

<sup>(43)</sup> Conf., pur cimentandosi ad altri propositi, G. CONSO, *Fatti giuridici processuali e procedimento*, in *Studi Urbinati*, 1954-1955, 247-410, spec. 322, ove, tenendo distinti i negozi sostanziali che producono effetti nel processo, rileva che “nemmeno i più decisi assertori dell’estendibilità del negozio giuridico si sentono di affermare che, sia pur soltanto su taluni punti, esista una disciplina valevole per il negozio in genere, cioè nel diritto pubblico e privato” e ancora: “la tradizionale problematica del negozio inteso nel senso di dichiarazione di volontà ... portata in campo processuale, cioè applicata ad atti giuridici di carattere processuale, incontri soluzioni proprie, tutte da ricavare sulla base dell’ordinamento”; oppure, 327, evidenzia che adottare in campo processuale la figura del negozio giuridico, non solo non giova ma può essere causa di equivoco “ostacolando, con il quasi inevitabile richiamo alle soluzioni proprie dei negozi del diritto privato, l’esatta individuazione delle soluzioni proprie agli atti di carattere processuale”.

<sup>(44)</sup> Si spiega perché già Schiedermaier usò il termine “Vereinbarungen”, sin dal titolo dell’opera, e lo stesso faceva J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 457 e nota a piè di pagina 2425, là dove esponeva però (in questo si sarebbe poi evoluto il lessico –per tutti Wagner–, fermi i principi ricostruttivi, della dottrina tedesca) di voler parlare di accordi, “senza voler indicare con ciò qualcosa di opposto ai contratti, sebbene l’accordo processuale, a differenza di quello di diritto privato, non crei rapporti giuridici, bensì situazioni giuridiche” (“*Der Text spricht, gleich Hellwig, von Vereinbarungen, ohne damit hier etwas den Vetraegen Entgegengesetztes bezeichnen zu wollen, mag auch das prozessuale Uebereinkommen, anders als das privatrechtliche, nicht Rechtsverhältnisse, sondern Rechtslagen begruenden. Jedenfalls schafft die prozessuale Parteivereinbarung weder*

principio *venire contra factum proprium* nel giudizio e che, se qui visto bilateralmente, conduce ad un solo risultato possibile al lume dell'art. 157 sec. cpv. c.p.c.

Comunque, tornando ora ai pandettisti: con questo “stato dell'arte” così come restituito, era inevitabile che si finisse per concludere con una chiusura, con “non parliamone più”.

Come evidenziato da Wagner, troppo spesso il divieto elaborato da Bülow, coi suoi corollari — in uno al concetto di rapporto — venivano evocati come obiezione di inammissibilità degli accordi <sup>(45)</sup>. Anni dopo, De Stefano avrebbe etichettato l'avversione al *Konventionalprozess* derivata dalla pandettistica come un vero e proprio “incubo” <sup>(46)</sup>.

Esemplare conferma di quanto si è detto finora si ritrova nel principale ma isolato studio apparso in Italia in quegli anni sull'argomento <sup>(47)</sup>, che — sulla sfondo una valutazione dell'autonomia privata nel processo del tutto eccezionale e limitata <sup>(48)</sup> —, sovente più per avversione ideologica che per ragioni argomentate, nell'ordine (sparso, a dir poco): (i) sostiene che la “legge che regola l'andamento della causa, lo svolgersi del procedimento, ha di per sé un carattere prettamente formalistico, che s'impone alle parti ed esclude l'arbitrio di un processo convenzionale” <sup>(49)</sup>; (ii) ritiene “ben diverso dal fatto della rilevabilità di una nullità o di una decadenza soltanto, per mezzo di una eccezione processuale ... il fatto della possibilità di una deroga preventiva ad una norma processuale, mediante apposita convenzione” <sup>(50)</sup>; (iii) si sofferma partitamente ma

*objectives Recht noch einen sonstigen einheitlichen, von dem der Parteien unterschiedenen Willen”*).

<sup>(45)</sup> G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., riff. *supra* nota 15.

<sup>(46)</sup> G. DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, spec. 57, nota 93 e 71 ss.

<sup>(47)</sup> A. COSTA, *Contributo*, cit.

<sup>(48)</sup> Per la posizione, nella dottrina tedesca all'epoca censita, per cui l'autonomia privata è l'eccezione nel diritto processuale, A. COSTA, *op. cit.*, 55 e riff. alle note.

<sup>(49)</sup> A. COSTA, *Contributo*, cit., 31.

<sup>(50)</sup> A. COSTA, *Contributo*, cit., 31, che prosegue motivando che (in linea con la concezione pandettistica del diritto processuale come di regola “cogente”) ciò sarebbe possibile solo a patto che lo preveda espressamente la legge.

senza spiegazione armonizzante, replicando il confuso insieme di moda al tempo (*breviter* giustificato dall'adozione del lato concetto di negozio processuale<sup>(51)</sup>), ora sulla confessione, ora sulle rinunce unilaterali e le "manifestazioni" bilaterali<sup>(52)</sup>, ora sul riconoscimento dell'azione concludendone per la natura di negozio sostanziale<sup>(53)</sup>, ora su accordi sostanziali con effetti sul processo<sup>(54)</sup>; (iv) di rado soltanto riflettendo su più densi ed effettivi problemi quale quello della natura del compromesso<sup>(55)</sup> o del patto di *forum prorogatum*, entrambi ad avviso di Costa di natura sostanziale e perciò, in definitiva, "contratti"<sup>(56)</sup>, oppure proponendo svolgimenti ad es. sul regime dei vizi degli accordi (negozi) ammessi<sup>(57)</sup>, sull'acco-

(51) Su cui v. pure per es. F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915 e rist. Napoli, 2016, 31 ss. per cui sarebbe negozio processuale ogni atto che venga compiuto dal "subbietto" con lo scopo pratico di raggiungere quell'effetto giuridico di fissazione formale.

(52) *Id.*, *op. cit.*, 49, citando gli studi di Wach, e poi più avanti (143) dissentendo sulla presunta negozialità della stessa.

(53) A. COSTA, *Contributo*, cit., 106-107, tratta del riconoscimento dell'azione e afferma che esso costituisce di per sé un atto giuridico dispositivo, è dunque un negozio giuridico perché connesso alla volontà della parte che lo presta, non è un negozio processuale perché la legge processuale non lo prevede. Costa conclude trattarsi di negozio di diritto materiale, p. 108, che trae origine dal potere privatistico della parte ed è quindi regolato dalle norme di diritto materiale corrispondenti.

(54) Cfr. A. COSTA, *Contributo*, cit., 95 ss., citando la transazione, la remissione o il pagamento del debito, che, volta dedotti in giudizio mediante eccezione della parte interessata, "hanno l'effetto di produrre immediatamente la fine del processo".

(55) D'interesse per A. COSTA, *Contributo*, cit., 51, la sottoposizione che Kohler predicava per vari accordi quale il compromesso, al diritto sostanziale, mentre per altri rivendicava la sottrazione al potere dispositivo delle parti, es. per quelli sui divieti convenzionali probatori.

(56) A. COSTA, *Contributo*, cit., 135, ritiene fondamentale il punto che le manifestazioni di volontà formate fuori dal processo sono da trattare come "private" e rilevano per il processo nei limiti in cui la legge processuale ne determina la ammissibilità. Così Costa, ritenendoli negozi di diritto privato, cita le convenzioni sulla scelta del foro e il compromesso: pp. 136-137.

(57) *Op. cit.*, 161 ss. anche con rife. alle indagini compiute (es. Cammeo) sui vizi della volontà negli atti amministrativi; poi, p. 162, Costa ritiene assiomaticamente la impossibilità di ricorrere all'analogia tra i negozi privatistici e i negozi processuali ammessi perché ciò sarebbe suscettivo altrimenti di una indefinita sequela di controversie dirette a precisare la reale esistenza di una volontà rivolta al compimento di ciascuno, le quali perpetuerebbero uno stato di incertezza assolutamente contrario alla stessa finalità del giudizio, e ciò giustifica il perché il potere dispositivo va comunque posto in relazione all'interesse processuale superiore e prevalente anche su quello individuale, prevalendo,

stamento con la funzione omologatoria/di volontaria giurisdizione<sup>(58)</sup>, e sulle impugnazioni<sup>(59)</sup>; (v) ancora: distinguendo meri atti di impulso da atti dotati di un *quid pluris* differente<sup>(60)</sup>; (vi) poi: come tra l'altro consueto in questo genere di ricerche, per un verso recando a conclusioni ovvie, con concessioni sulle allegazioni convergenti<sup>(61)</sup>, ma non sul piano della prova<sup>(62)</sup>, ecc.; per altro

p. 163 e ruff. alle note, la necessità sociale sulla autonomia dell'individuo.

<sup>(58)</sup> A. COSTA, *Contributo*, cit., 175, citando l'accostamento, che si deve a Calamandrei, tra l'operato del giudice che decida in sentenza sulla base del riconoscimento dell'azione da parte del convenuto, ovvero prendendo atto della rinuncia dell'attore, ai casi in cui il giudice è investito di una "funzione amministrativa", "documentatrice", ecc.

<sup>(59)</sup> Ad es. v. A. COSTA, *Contributo*, cit., 177-178, ove ritiene che il processo definito sulla base del "componimento processuale" possa essere riproposto *ex novo* (senza onere di impugnazione), ivi citando il caso pratico (p. 173) della rinuncia al ricorso in cassazione fatta in base ad una transazione successivamente annullata, ruff. per la esperibilità del ricorso, in giurisprudenza ed in dottrina, in nota 2 (anche con posizioni contrarie).

<sup>(60)</sup> A. COSTA, *op. cit.*, 125, ove l'affermazione che certi atti di solo impulso non avrebbero altro effetto che non di arrecare un nuovo contributo allo sviluppo del processo. Costa cita esempi nel vecchio codice del 1865 e così nella legge speciale, del 1901, sul procedimento (p. 128, e in nota 3; anche per l'accordo di scelta del perito: per cui v. artt. 253, 260, 272 e 277 c.p.c. 1865). Di qui ricorda, p. 138, confutando sul punto Carnelutti (nota 1, nota 2) come l'impulso di parte che caratterizza il processo civile con riferimento alla raccolta e produzione del materiale di discussione, si fonda su una ragione di opportunità, "ma ha pure per presupposto l'indole essenzialmente privata della controversia che riguarda solo l'interesse del singolo"; p. 166, deduce come, se la forma è rimessa alle parti, come scelta di tecnica, e così il rilievo delle nullità alla loro eccezione, è pur vero che la legge impone la sanatoria e così rende a maggior ragione irrilevante la volontà. I vizi che l'atto processuale assume, puntualizza Costa (p. 167), vengono riassunti complessivamente nell'impugnativa del provvedimento del giudice che ebbe per presupposto l'atto viziato. Poi, più avanti, p. 175, fissando una ulteriore distinzione, sostiene che il problema della volontà viziata si porrebbe comunque in termini diversi per quei negozi che, di natura materiale, presentano una 'manifestazione' processuale (in nota 1 comunque ritenendo il caso improbabile).

<sup>(61)</sup> *Op. cit.*, 141, ove la opinione che, in caso di affermazione bilaterale di fatti, in quanto una circostanza di fatto sia affermata da entrambe le parti, il giudice deve senz'altro ritenerla come accertata, col limite del c.d. processo simulato (rispetto al quale, rileva Costa, si apprezza la tendenza di ogni ordinamento a rettificare il tiro attribuendo poteri correttivi all'organo) citando in senso conforme F. CARNELUTTI, *La prova*, cit., 23 ss., nonché, prima, p. 18, ove è esaminata la ipotesi in cui le parti, tacendo un fatto reale o concordando su un fatto immaginario, costringano il giudice a porre nella sentenza una situazione fattuale diversa dalla realtà.

<sup>(62)</sup> Nel quale, secondo A. COSTA, *Contributo*, cit., 142, la legge "scioglie il giudice dalla rigorosa limitazione all'attività di parte ed ammette un'integrazione di attività per sua iniziativa". Ed ancora, p. 153, nota 1, quando afferma che il "potere di costrizione del convincimento del giudice ... repugna alla concezione della funzione giurisdizionale stessa".

verso cadendo in iper-classificazioni, con un faticoso e non sempre scorgibile *distingue frequenter* <sup>(63)</sup>. Presto nell'indagine è raggiunta la conclusione che, nel processo, non si può accostare il rilievo della volontà delle parti <sup>(64)</sup>, quand'anche ammesso, a quel potere dispositivo che domina la lite privata <sup>(65)</sup> e ciò sebbene l'autore — che però ancora ritiene, come da dogma corrente, che la parte nel processo agisca nella “attuazione della legge” <sup>(66)</sup> — avesse finanche provato, a suo dire, ad allentare alcuni tra i gravosi “dazi” bülowiani <sup>(67)</sup>.

<sup>(63)</sup> Così, tra l'altro, A. COSTA, *Contributo*, cit., 129-132, ammette che possano esservi accordi processuali solo per volontà omogenee ed uniformi, ma non per verità opposte che si incrociano (?); p. 132, tratta della perenzione della istanza ricordando come l'istituto sia solito essere trattato come una tacita o presunta rinuncia alla lite, ritenendo però la concezione errata. Rimarca il carattere negoziale dell'accettazione della sentenza, tacita o espressa che sia: p. 133; p. 135 ritiene ben diversa la problematica là dove vi sia una rinuncia preventiva ad una facoltà garantita dall'ordinamento processuale, anche se concordemente tra le parti, dicendosi contrario.

<sup>(64)</sup> Si interroga poi Costa della possibile apposizione di elementi accidentali negli atti processuali: v. A. COSTA, *op. cit.*, 169 riff. alla nota 1, a Hellwig e Pollak: non nega che vi siano atti, previsti o meno dalla legge, condizionati, sostenendo che li si debba indagare volta per volta, se validi. Assume poi, p. 170, la libera revocabilità delle dichiarazioni processuali presentate, riferendosi alle domande, il che contribuisce a far comprendere perché non serva la impugnabilità della dichiarazione per vizio di volontà del dichiarante.

<sup>(65)</sup> *Op. cit.*, 89: “non ne consegue in alcun modo l'accostamento a quel potere dispositivo, che domina la materia litigiosa in corrispondenza alla natura normalmente privatistica della lite, ed è quindi esente da qualsiasi influenza di pubblici interessi”. Contraddittoriamente v. però il punto in cui afferma potersi parlare di atti caratterizzati da autonomia processuale in parallelo alla autonomia privata sul piano sostanziale: p. 126, concedendo la difficoltà della loro identificazione, in quanto spesso, p. 127, la volontà sarebbe attuata in forma negativa (es. della mancata eccezione). Di qui richiama a titolo d'esempio l'accordo tacito sulla competenza territoriale.

<sup>(66)</sup> La concezione del processo, corrente al tempo e fatta propria da A. COSTA, *op. cit.*, era che (p. 140) la parte agisse “per un fine pubblico, l'attuazione della legge; essa opera non già per un proprio potere discrezionale, come quello di cui è investita sul rapporto controverso, ma bensì per una delega che lo Stato le accorda, affinché colla sua attività giovi ai fini generali della giurisdizione”. Riprendendo ora quanto si diceva nelle notazioni introduttive (ove abbiamo ritenuto inutile collegare interesse e percezione dell'accordo nel processo a “pubblicismo” o “privatismo”), aggiungiamo che il mutamento di ideologie può aver rilievo in questo limitato senso, consistente in ciò che: quella concezione del processo è oggi rimpiazzata dalla idea utilitaristica della giustizia come risorsa limitata, ecc.

<sup>(67)</sup> A. COSTA, *Contributo*, cit., 125, sul significato da attribuire al concetto di norme dispositive ricorda come Bülow ritenesse tali quelle destinate a trovare applicazione in via secondaria in mancanza di un assetto pattizio, mentre a suo avviso sarebbero state tali

Tornando dal particolare al generale, oggi nella dottrina italiana — di là dei richiami, ancora multipli e talora solo esornativi (v. *infra*), alla espressione “rapporto processuale” <sup>(68)</sup> — prevale la posizione, per cui “pretendere peraltro di ridurre il processo allo svolgimento di un rapporto giuridico tra le parti e/o di un rapporto tra ciascuna di esse e il giudice appare riduttivo e fuorviante”, ove invece primario rilievo è dato, quale tessuto connettivo, al contraddittorio <sup>(69)</sup>.

## **2. Transizione. La teoria del processo come procedimento e il (via via più) limitato senso dei residui richiami al “rapporto”.**

In linea con l’insegnamento ad oggi diffuso, Fazzalari su tutti <sup>(70)</sup> — ma altrettanto Picardi (per cui v. poco di seguito) — ha(nno) a loro tempo insegnato che il procedimento consiste in una determinata sequenza di norme “*nonché degli atti da esse disciplinati e delle posizioni soggettive da esse estraibili*”, in vista del — e compreso il — “compimento di un atto finale”. Nel processo, la sequenza è disposta in modo che all’*iter* di formazione dell’atto partecipino, oltre al suo autore, coloro nella cui sfera l’atto finale è destinato a svolgere i suoi effetti. E così “la nozione di processo è individuata non dall’*an*, ma dal come di tale partecipazione”.

Per Fazzalari, poi, il procedimento va riguardato “come una serie di facoltà, poteri, doveri: quante e quali sono le posizioni soggettive che è dato trarre dalle norme in discorso”, concezione che i processualisti hanno stentato ad elaborare rimanendo fermi

solo quelle che ammettono espressamente la deroga; in altra parte, p. 143, Costa ritiene “vecchia” la dottrina di Bulow che concepiva il rapporto processuale “come contratto giudiziale nel quale si scambiavano reciproche dichiarazioni di volontà fra gli avversari”.

<sup>(68)</sup> Cenni in G. SCARSELLI, *Giuseppe Chiovenda (e i problemi attuali del nostro processo civile)*, *Giust. Ins.*, 27 novembre 2021, spec. § 4.

<sup>(69)</sup> Così ad es., G. RUFFINI (M. GRADI - V. BERTOLDI), *Diritto processuale civile*, I, *La giustiziazione civile*, Bologna, 2023, 35.

<sup>(70)</sup> Voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 819 ss., spec. 827 ss.; come noto, la posizione di Fazzalari fu ripresa in molte sedi, es. in *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1 ss. Ulteriori riff. in R. Martino, *Prefazione*, cit., VII ss.

“*al vecchio e inadatto cliché*” pandettistico del rapporto giuridico processuale <sup>(71)</sup>.

L'ondata dei processualisti post-chiovendiani aveva in effetti, da un canto, seguito l'insegnamento concettuale derivato dal rapporto germanistico, con isolati e parziali distinguo, tra i quali per vari versi la posizione di Betti <sup>(72)</sup>; d'altro canto, però, lentamente iniziato a distaccarsene — complice pure il fatto che i teorici generali del diritto, e a più forte ragione quelli versati sul processo già iniziavano decisamente a preferire il concetto di “fattispecie” <sup>(73)</sup> — ordinatamente nemica o complice, tra i maggiori influssi, proprio l'opera goldschmidtiana di cui si dirà più centralmente più avanti. Già Carnelutti aveva criticato il concetto unico di rapporto giuridico processuale, in quanto nel processo vi sarebbero

<sup>(71)</sup> Id., *La dottrina processualistica italiana: dall'azione al processo (1864-1994)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 911 ss. V. altresì, *Sistema e processo*, in *Jus*, 1986, 134 ss.

<sup>(72)</sup> Mi riferisco a due tra i tanti aspetti coltivati dal Betti: il primo, quando si occupava degli atti del processo, con dense categorizzazioni che, forse per eccesso, attribuiscono però significato e pongono in evidenza in modo notevole per il tempo in cui ciò accadeva (v. peraltro la distinzione di Goldschmidt, su cui si tornerà in seguito, tra atti induttivi e atti causativi) i differenti effetti tra taluni e tal altri atti di parte: E. BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, 106 ss.; il secondo, da teorico generale: con il riconoscimento, dato che il negozio è atto con cui il privato dispone un assetto impegnativo di propri interessi, che fosse innegabile che anche nel processo le parti possano farlo (pur ritenendo dell'autonomia nel processo un ruolo limitato, una “efficacia mediata o immediata” sul provvedimento del giudice): E. BETTI, voce *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1965, 220-221.

<sup>(73)</sup> Si richiama, *ex multis*, l'opera di G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955 e nella presente sede, per riferimenti, la “prima bozza” della medesima opera, G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit.; avrò presente pure G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, in *Studi Urbinati*, 1956, 303-404. In *Fatti giuridici*, cit., CONSO muove, p. 251, dalla nozione di fattispecie; definisce, p. 252, fattispecie processuali quelle a “cui vengono ricollegati effetti processuali”; tratta di fattispecie “alternative” (es. i vari atti da cui può promanare la *notitia criminis* che attiva il dovere del p.m.), p. 257; p. 263: svolge il rilievo che “se è vero che ogni fatto che produce effetti giuridici è fattispecie, non è altrettanto vero che ogni fattispecie si risolva in un fatto giuridico, e per ciò che si riferisce ai rapporti tra fatto giuridico e fatto storico, se è vero che ogni fatto giuridico completo implica un fatto storico, non è altrettanto vero che ogni fatto storico sia anche un fatto giuridico. D'altra parte, vi può essere un fatto storico che integra più fatti giuridici”. Nota 87, p. 290: richiama le teorie del rapporto, della situazione, ecc. e, come visto sopra di sfuggita, dà prevalenza alla costruzione della situazione processuale di Goldschmidt.

numerosi rapporti giuridici e sarebbe improprio e inutile unificarli <sup>(74)</sup>; con ciò, poi, Carnelutti è pure tra coloro i quali puntellano innumerevoli situazioni processuali, di facoltà, potere, onere, dovere (obbligo), diritto ecc., all'interno del processo: Goldschmidt è tenuto presente, persino condotto qualche distanza oltre.

Liebman, dicendosi ancorato all'insegnamento del caposcuola, ed anzi dichiaratamente assumendone le difese, diede comunque rilievo, pur in-autonomo, alle situazioni giuridiche di cui al processo, che avevano però a suo dire significato solo se in seno ad un rapporto più ampio, che "mantiene la sua identità dal principio alla fine ..." <sup>(75)</sup>. Peraltro, Liebman ne concludeva che "il processo è un'unità, ed essa si esprime, sui piani diversi, coi concetti del procedimento e del rapporto processuale" <sup>(76)</sup> e, insistendo oltremodo sul rapporto, vi indugiava conclusivamente riportando come a lui conformi le opinioni, tra gli altri, di Betti, Redenti <sup>(77)</sup> e Calamandrei <sup>(78)</sup>, e citando pure quella, come accennato differente, del Carnelutti.

Separata menzione merita la posizione di Calamandrei, nel 1927 polemicamente critico verso il Goldschmidt <sup>(79)</sup>, ma vari lustri dopo di tutt'altro indirizzo nei suoi confronti <sup>(80)</sup>. Anni

<sup>(74)</sup> F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, I, 1936, es. 900, per altro verso — come si sa — con ricostruzione in particolar modo imperniata sull'onere.

<sup>(75)</sup> E.T. LIEBMAN, *L'opera scientifica di James GOLDSCHMIDT e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 328 ss. (consultabile anche in ID., *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, 144 ss.), spec. 332.

<sup>(76)</sup> E.T. LIEBMAN, *op. loc. cit.*

<sup>(77)</sup> Rinviamo l'approfondimento del pensiero di Redenti, non senza anticipare che il medesimo, come rammentato pure da E. FAZZALARI, *Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 372 ss., mise inizialmente in dubbio l'idea del processo come rapporto, in favore del procedimento, in E. REDENTI, *Profili pratici di diritto processuale civile*, Milano, 1939, 125 ss.

<sup>(78)</sup> Rispettivamente citando E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 100 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1947, 79 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., I, 2ª ed., Padova, 1943-1944, 167 ss.

<sup>(79)</sup> P. CALAMANDREI, *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, 219 ss.

<sup>(80)</sup> P. CALAMANDREI, *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 1 ss.

dopo, detto altrove e più avanti di Satta — forse non immune, nella sostanza, dall’opera di Goldschmidt <sup>(81)</sup> —, va pure ripresa la posizione di Andrioli, il quale, nelle dense pagine dedicate agli atti del suo *Diritto processuale civile* <sup>(82)</sup>: inizia rimarcando la arbitrarietà della nozione di fattispecie, come pure di quella di procedimento (poco più avanti ritenuta, comunque, realtà “insopprimibile”), entrambe aventi significato “meramente classificatorio”, e conclude, con Chiovenda, che il processo presenta “in potenza o in atto, due o più aspirazioni normalmente contrastanti, e altrettante aspettative giuridiche coincidenti”, di talché esso “è un rapporto giuridico” <sup>(83)</sup>. Peraltro, Andrioli, trattando più avanti degli atti del processo, intende come sempre dottamente che il legislatore del codice di rito ignorerebbe i travagli della teoria generale del diritto, ma non omette, richiamando Carnelutti (la cui impostazione, anche e anzitutto sugli atti del processo, merita come già detto un discorso a parte <sup>(84)</sup>), di ritenere l’atto come “mediatore del passaggio” che si inserisce tra l’una e l’altra *situazione processuale* <sup>(85)</sup>.

<sup>(81)</sup> Così A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., 49 e nota 21, rinvenendo assonanze alle posizioni di Goldschmidt in S. SATTA, voce *Accordo (b) diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, 300 ss., la cui opinione qui, come conviene sempre Chizzini, si mostra più aperta (quando concede l’ammissibilità di accordi fatti “fuori” dal processo ma con effetti su di esso rifluenti) di quanto non fosse lo sbarramento alzato prima (lo abbiamo constatato, in ID., *Contributo*, loc. cit.).

<sup>(82)</sup> V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 439 ss.

<sup>(83)</sup> ID., *op. cit.*, 444, dove richiama le critiche di Liebman a Goldschmidt, e così, trasversalmente, a Satta.

<sup>(84)</sup> V. la articolata trattazione loro dedicata in F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 286 ss.

<sup>(85)</sup> V. ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 473, richiamando Redenti, e volgendo il discorso, ancora e però, sul rapporto: “...e poiché l’atto si profila come un *posterius* rispetto alla situazione, è da questa che si ricava la processualità di quello, non viceversa: situazioni la cui doppia caratteristica consiste nella sequenza temporale che le collega, e nel nesso funzionale con il provvedimento, che definisce il processo”. Così, Andrioli cita ad es. il compromesso e, come atto processuale che consente il passaggio da una ad un’altra situazione processuale, la eccezione di compromesso posta a disposizione della parte interessata, ecc. La sensibilità per la situazione processuale in quanto tale è dunque già, con lui, l’insegnamento odierno e vedremo più avanti che Andrioli aderirà, appieno ma re-interpretandone i contenuti, come non molti altri, alla classificazione degli atti, induttivi o causativi, elaborata da Goldschmidt.

Oggi, del lemma rapporto processuale residuano sì impieghi nella manualistica — che qui non possiamo peraltro esaminare con completezza — ma mai, si può inferire, nel senso che esso aveva al momento del suo conio <sup>(86)</sup>. Analogo discorso (che spie-

<sup>(86)</sup> Per C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2023, il rapporto è elevato a titolo, sebbene — per primo avendone trattato in passato con riguardo ai presupposti processuali (*infra*) —, l'espressione frutto di una "elisione verbale", nondimeno utile per spiegare il processo oggettivamente e soggettivamente cumulato; per converso, per Consolo deve parlarsi nel processo di posizioni giuridiche processuali, di diritti e poteri e più spesso di oneri e soggezioni quanto alle parti, mentre per il giudice di doveri decisori (v. tra l'altro p. 389 ss.). Innumerevoli richiami descrittivi al lemma rapporto processuale sono in B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2023, v. ad es. p. 123 (la "regolarità del rapporto processuale"), p. 296 ss., circa il regolamento ("prosegue l'unico rapporto processuale"), p. 97 ss., sulle nullità extraformali ("si contesta che il rapporto processuale in corso possa esistere"), p. 577, sull'estinzione, p. 617, sulle impugnazioni in caso di pluralità di parti, ecc. G. VERDE, in *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2023, 83, 115 ss. ma anche 239 ss., ricorda che le attività processuali non hanno come destinatarie dirette le parti "anche se, per nostalgici influssi liberali, si voglia rispolverare la teoria del rapporto processuale", mentre su F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, 2023, v. § 2 e centralmente in via conclusiva, § 4). In F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2023, 57 ss. si rimarca come le norme processuali, al pari di quelle sostanziali, prevedano comportamenti umani qualificati come leciti e doverosi; p. 59, si adotta la nozione di presupposti processuali anche se ritenendola di terminologia non del tutto corretta, si rammenta che essi (i presupposti processuali) sarebbero tassativamente previsti, "non disponibili alle parti", salve eccezioni ugualmente tassative (p. 60); d'altra parte, spec. p. 418 e ss. alludendo al procedimento, non vi è diretta menzione della situazione processuale, che peraltro plurime volte nel manuale viene qualificata, alludendo ad oneri delle parti, doveri del giudice, ecc. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2019, 55 ss. fa propri i concetti di condizioni dell'azione e di presupposti processuali, non quello del rapporto; p. 246, trattando degli atti, descrive il processo come un procedimento, composto di una sequela di atti, appunto, che consisteranno nella nascita, modifica o estinzione di "poteri, oneri o doveri, a loro volta schiettamente processuali in quanto aventi ad oggetto il compimento di altri atti processuali" (precisando pure come non possa escludersi che un atto processuale produca effetti sostanziali). Non dissimile l'impostazione di P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2023, 13 ss. e spec. § 7. V. anche E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile. Parte generale*, Pisa, 2017, 301, per la affermazione (che in punto, adottati prima riferimenti ai presupposti processuali, evoca l'antica matrice del rapporto pur senza richiamarla) secondo cui, nella catena procedimentale, solo il provvedimento finale ha efficacia esterna al processo ed è dotato di piena autonomia funzionale, nel senso che non presuppone lo svolgimento di atti processuali successivi; riconoscendo, pp. 301-302, come in taluni casi un atto compiuto nel processo possa avere natura essenzialmente civilistico-sostanziale, menzionando la transazione "compiuta in occasione della conciliazione" (identici rilievi della stessa a., in *Elementi di diritto processuale civile*, I, Milano, 2022, 300 ss.). In linea

ga almeno in parte le adozioni residue) crediamo riguardi il suo ancora talora riscontrabile utilizzo — più teso nel senso di rapporto, *recte* serie di rapporti pubblicistici/organici — nella dottrina francese, della c.d. “*Opération à procédure*”, grata alla teoria dell’atto c.d. organico <sup>(87)</sup>.

con la prospettiva rappresentata sin qui e cui si giungerà oltre (Goldschmidt e avanti), è invece maggiormente S. MENCHINI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2023, ove leggesi tra l’altro, p. 83, che “la norma processuale, non diversamente dalla norma sostanziale, consiste in un canone di valutazione di un comportamento, qualificato come lecito o doveroso” e poi, pp. 83-84, che “essa describe la fattispecie processuale (astratta) al cui realizzarsi segue la produzione di situazioni soggettive, che, essendo attribuite in funzione del processo ed essendo compiute nel processo, hanno natura processuale”. Menchini aggiunge ed espone l’elenco delle situazioni soggettive processuali attribuite principalmente, ma non esclusivamente, al giudice e alle parti, menzionando potere, onere, diritto e dovere. Entro il potere, per esemplificare, menziona quello del giudice “di sollevare le eccezioni rilevabili d’ufficio”; per l’onere: lo collega alla circostanza che alla parte sia attribuita una situazione di potere. Menziona il diritto, ad es., di tutte le parti affinché il giudice emetta sentenza. Connette il mancato rispetto del dovere a conseguenze sanzionatorie, e tra queste esemplifica per prima la invalidità della sentenza. Prosegue Menchini, p. 85, data la nozione di procedimento, che “parimenti, le situazioni soggettive sono collegate in modo che un potere o un dovere sorge in capo a un soggetto quando un altro potere o dovere è stato attuato e quel potere o dovere, a sua volta, costituisce il presupposto per la nascita di un altro potere o dovere”.

<sup>(87)</sup> Rinviando anche al riguardo, ad altra sede, per maggior approfondimento sulla posizione dei francesi intorno all’accordo, il richiamo alla “*relation juridique*”, seppur, come si legge *entre les parties*, o, molto più comunemente, al “rapport”, talora ad una pluralità di rapporti, si trova sino a oggi ad es. in E. JEULAND, *Droit processuel général*, Monchrestien, 2022, spec. 99 ss. (ove richiami al pensiero dei padri del diritto processuale francese, Hébraud, Motulsky Roubier, non esenti, dichiaratamente per mezzo di Chiovenda, dagli influssi tedeschi, né ignari, tutt’altro, specie l’ultimo Roubier che ne fece trasposizione, nemmeno dell’opera di Goldschmidt). Su questo rilievo storico della scienza processuale francese v. anche, dello stesso E. JEULAND, *Hébraud, la notion de droit processuel dans la perspective de la justice numérique*, in L. MINIATO e J. THÉRON (diretto da), *Pierre Hébraud, doctrine vivante?*, Toulouse, 2019, 25 ss., ove è più chiaramente spiegato il senso dell’impiego del termine “rapport”, pubblicistico e non riducibile a schemi privatistici, dovuto alla teoria dell’istituzione che si deve, prima, a Hariou (“*Le procès constitue ainsi une opération juridique à trois ou quatre personnes (avec les assistants du juge) dominée par deux principes*”); peraltro, si vedrà diffusamente in seguito, e si assume noto allo scopo della presente indagine, che l’elevato sviluppo dell’accordo raggiunto anche nel diritto processuale francese sia in maggior misura dovuto, lì più che altrove, a natura e, diremmo rinviando oltre, cedevolezza della norma processuale, con maggior uso dei principi e, tra questi, di quello di cooperazione tra giudice e parti. Nella processualistica attuale, v. anche, per il riferimento alla fusione tra *critère organique et procédural*, L. CADJET ed E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2013, 74; nonché S.

Ora, se il superamento si è giustificato dapprima sull'intento, ancora con Goldschmidt, di andare oltre o perlomeno modernizzare la nozione, al rapporto intimamente connessa, dei presupposti processuali <sup>(88)</sup>, esso deve alle nostre finalità apprezzare specie per la focalizzazione intorno alle situazioni giuridiche processuali, mutevoli, rivenienti in capo a parti e giudice, prima quel fascio di rapporti inspiegato dall'unico rapporto di cui discorrevano in vari, come visto Canelutti, poi Attardi, ecc. <sup>(89)</sup>.

Volta acquisita la nozione dinamica di procedimento, non è inutile calcare il rilievo che: nella sequela di atti logicamente e cronologicamente ordinati, si inseriscono situazioni sempre dinamicamente in evoluzione <sup>(90)</sup>. Così, ripreso il concetto, risalta la posizione di Picardi, nel cui manuale ancora leggesi che le norme processuali (punto su cui torneremo) si intendono come "diritto nel senso più pieno della parola" (sono parole di Liebman, quando recensiva Goldschmidt), attribuendo ai soggetti che operano nel processo diritti soggettivi processuali, i quali si scompongono in una serie di posizioni soggettive, autonome e distinte da quelle sostanziali. Ripreso dai pregressi studi di Picardi è il concetto che "le posizioni soggettive processuali possono esser cedute, trasmesse o rinunciate", e di qui l'idea che l'azione sia una posi-

GUINCHARD, C. CHAINAIS e F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, 2012, 691 ss. circa le varie teorie sulla funzione giurisdizionale e, prima, p. 119, sulla natura del diritto di azione. Dell'adesione francese (ma ribadiamo il rinvio, *transeat ad altra sede*, per l'approfondimento sui risvolti processuali) alla teoria c.d. dell'"atto giuridico organico" (*acte-organisme*) dà conto, per quell'epoca, anche G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 250, nota 2.

<sup>(88)</sup> C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 141, esaminando la dualità in punto di oggetto del processo, quello concernente l'ammissibilità in rito e quello concernente la pretesa di merito, rispetto all'insegnamento di Bülow, ma poi, ai fini qui considerati, dando conto di come anche Goldschmidt ritenesse la domanda sottoposta a una duplice valutazione, idealmente finendo per replicare l'essenza del distinguo tra *Vorverfahren* e *Hauptverfahren*, spec. 155.

<sup>(89)</sup> Alcuni ulteriori riff. in C. CONSOLO, *Spiegazioni*, loc. cit.

<sup>(90)</sup> Oggi, ad es., sulla nullità degli atti: v. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 167: "la nullità processuale è quindi sempre strumentale alla legittimità di un altro e diverso atto, cui tutti gli atti processuali sono teleologicamente collegati e dal cui regime, anche di efficacia e validità, saranno totalmente assorbiti".

zione soggettiva composita (in quanto assomma una pluralità di posizioni soggettive processuali) ad evoluzione progressiva (in quanto si traduce in una sequenza che si snoda gradualmente nel corso del processo), sintesi di poteri e facoltà, doveri e oneri, nonché diritti in senso stretto che l'ordinamento attribuisce <sup>(91)</sup>.

Come noto, Picardi aveva condotto la sua linea di ricerca dapprima nello studio sulla successione e in ideale *consecutio* in quello sulla trascrizione, proponendosi di superare l'allora ancora comune assunto per cui solo il rapporto sarebbe riuscito a spiegare il fenomeno successorio lite pendente <sup>(92)</sup>, e volendo invece penetrare nella “tessitura interna del processo” — sfruttando le costruzioni, inclusa per Picardi quella del Liebman e dell'azione in senso prospettico (ognun sa che Picardi era un maestro, universale ed anche di *savoir-faire* <sup>(93)</sup>) — considerata non più come posizione isolata, ma come, appunto, una serie di doveri, poteri e facoltà che fanno capo ad un soggetto, lungo tutto l'arco del processo <sup>(94)</sup>. Nei suoi studi, Picardi ripercorre i punti nevralgici della teoria del rapporto giuridico processuale, che, con sue parole, non riusciva a scorgere altro che l'azione *ex parte actoris*, identificando il diritto al provvedimento con l'azione, e di qui ritenendo fondate le riserve avanzate nell'opera di Goldschmidt <sup>(95)</sup>, col concetto di *Materielles Justizrecht* <sup>(96)</sup>.

<sup>(91)</sup> N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2024, in corso di pubblicazione, spec. § 53. V., prima, ID., *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968, spec. 315 ss.

<sup>(92)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 193.

<sup>(93)</sup> Rammento, rinviando a toni e testi, che Liebman recensì ambedue le opere prime di Picardi sulla *Processuale*, rispettivamente *Riv. dir. proc.*, 1965, 104 ed in *Riv. dir. proc.*, 1971, 98 ss.: vedile ripubblicate in C. CONSOLO, A. FABBI e A. PANZAROLA (a cura di), *Fatto e diritto nella storia moderna dell'ultimo grado del processo civile europeo. Atti del convegno del 22 dicembre 2017 in memoria di Nicola Picardi*, Roma, 2021, 184 ss.

<sup>(94)</sup> N. PICARDI, *La trascrizione*, cit., 318, ed ivi richiami a E. FAZZALARI, tra l'altro in *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1959, 112 ss. e in voce *Processo (teoria generale)*, in *Nuoviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 18 ss.

<sup>(95)</sup> N. PICARDI, *La trascrizione*, cit., 319 e spec. nota 172.

<sup>(96)</sup> Vedilo analizzato da C. CONSOLO, *loc. cit.* nonché dal già citato saggio di E.T. LIEBMAN, *L'opera*, cit., 331, per cui, ripreso come visto da Picardi, “le norme processuali,

Al postutto, si riscontrano, un passo oltre dai *patres*, pressoché unanimi fautori della riconduzione del processo all'archetipo del procedimento, ma molti se non tutti consci dalla prima ora che ad esso abbisognasse accostare altro, *i.e.* la identificazione, in capo alle parti, al giudice, insieme o divisi è discorso differente, di specifiche situazioni, da inquadrare e costruire indipendentemente dal diritto sostanziale.

Quindi, analogo anelito di autonomia rivendicata dal diritto processuale qualifica questo nuovo approccio centrato sulla situazione, come era stato prima per il rapporto. Resiste insomma prima e dopo — e si rivela preziosa nella chiave brandita per questa nostra analisi —, pur senza più chiamare in causa il rapporto, la tendenza ad autonomizzare i modi della tutela dal diritto sostanziale <sup>(97)</sup>.

Peraltro, si è già detto che, malgrado gli evidenti influssi di Goldschmidt, in Italia la riflessione sugli accordi è comunque rimasta a dir poco minimale <sup>(98)</sup>, non tanto perché infconde le nuove categorie inserite sulla scena, ma si crede, più semplicemente, per un certo disinteresse ideologico dei *maiores* dei vari tempi; disinteresse che, in un modo o nell'altro, complice la mancanza, nel panorama italiano, di uno studio al pari di quello, tra gli altri, di Schiedermaier, si era *a fortiori* venuto rinsaldando.

Alla rilevanza dell'opera goldschmidtiana per la scienza processualistica di vari sistemi e in particolare per lo sviluppo delle

essendo diritto nel più pieno senso della parola, sono anche attributive di posizioni giuridiche soggettive attive e passive, le quali trovano in quelle norme a un tempo la loro garanzia e i loro limiti”.

<sup>(97)</sup> Già G. WAGNER, *op. cit.*, 60, nota 67, richiamato anche conf. da A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., 54, precisava come con la ricerca non si intendesse contrastare in alcun modo quella piena autonomia dell'esperienza processuale rispetto al diritto sostanziale, proficua acquisizione della scienza processuale moderna. Analogo tentativo, coi distinguo legati alla assunta centralità della nozione di diritti fondamentali nell'ordinamento spagnolo odierno, è anche nella più recente costruzione di G. SCHUMANN, *Derecho a la tutela*, cit., *passim*.

<sup>(98)</sup> È uno dei presupposti, assunti come veri, e che ci auto-esentiamo dal provare, tra gli altri, da R. CAPONI, *Autonomia privata*, cit., od A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit.

teorie sugli accordi è dedicata l'analisi che segue, la quale — si anticipa — dimostra la centralità del concetto di situazioni giuridiche processuali, come pure di altri spunti di Goldschmidt, nel generale divenire del processo. Appena prima di addentrarci, a mo' di snodo e pure *caveat* del discorso, con le sue parole, “la ragione d'essere di un concetto, in ultima analisi, dipende sempre da ciò cui serve”<sup>(99)</sup>: di qui, vediamo a cosa è servita, ed in questa limitata sede per sommi capi a quali esiti ulteriori porterebbe, l'uso della teorica in questione, intera o di sue parti, ai fini della sistematizzazione di un qualche paradigma generale (se possa esservene uno) di accordo.

### **3. Il processo come serie di situazioni giuridiche e gli accordi. Variazioni.**

È noto che Goldschmidt sottopose a revisione critica complessiva l'insegnamento bülowiano, a partire dai fondamenti individuati nel diritto processuale romano, uno per uno svalutati<sup>(100)</sup>, adottando una concezione divenuta nota come “dinamica”, confutando, assieme al rapporto, l'affermazione di obblighi processuali di sorta — salvi quelli, isolati, di “polizia del processo”<sup>(101)</sup> — sia in capo al giudice sia pure in capo alle parti<sup>(102)</sup>. Per Goldschmidt il concetto di situazione processuale si comprende appieno solo se si abbandona la configurazione di tipo sostanzialistico, che risolve le relazioni tra le parti e il giudice in un rapporto di diritti ed obblighi reciproci, e si vede nel giudice colui che

<sup>(99)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica*, cit., 9.

<sup>(100)</sup> V. ancora, nella trad. italiana, J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., spec. 13.

<sup>(101)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 175, ove rammenta l'obbligo a non turbare l'ordinato svolgimento del processo, cui accomuna — nei sistemi che l'abbiano previsto — ad es., quello di non proporre istanze consapevolmente infondate o assumere condotte dilatorie, tutti dunque non discendenti da uno speciale rapporto giuridico processuale, anche da questa ottica negato.

<sup>(102)</sup> Intanto, con riferimento al giudice, “il rapporto giuridico processuale, se considerato in ragione dei suoi presupposti, non serve dunque a nulla”: J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 101 ss.

ha il potere di soddisfare o meno le aspettative delle prime <sup>(103)</sup>.

L'opera di Goldschmidt ha goduto nel tempo di una diffusione notevole <sup>(104)</sup> e, di là delle critiche riservatele in Italia <sup>(105)</sup> (non univoche, tra le più decise, se riferite al mantenimento del rapporto, si è visto esservi state ad es. quelle di Liebman <sup>(106)</sup>), — sebbene non acriticamente assentita *tout court* ma nel tempo perfezionata presso gli stessi tedeschi sino ad arrivare ad oggi <sup>(107)</sup> — ha avuto senz'altro il merito di liberare il diritto processuale civile, mantenendo per altro verso, in chiave più moderna, la invero già conquistata autonomia, da paradigmi soltanto privatistici e in questa misura condizionarne gli sviluppi successivi <sup>(108)</sup>.

<sup>(103)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 187.

<sup>(104)</sup> In L. PRIETO-CASTRO, *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, I, 761 ss., l'opera è definita, riportando conferme di padri della processualistica spagnola, come “*el libro más revolucionario que desde la llamada edad de oro del procesalismo alemán (Bülow, Wach, Kohler, etc.) se haya compuesto; pero es a la vez profundamente constructivo*”.

<sup>(105)</sup> Ma v. A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., nota 21, ove riporta, e forse fa proprie, critiche mosse a G. in Germania.

<sup>(106)</sup> Cfr. nuovamente E.T.L., LIEBMAN, *L'opera scientifica*, cit., 334, ove dapprima concede che il modo (di GOLDSCHMIDT) di descrivere le speranze, le possibilità ed i rischi delle parti, fosse “certamente molto più aderente alla realtà di quello che risulta dalla comune teoria del rapporto processuale”; ricorda che l'originalità della costruzione del G. risiede non tanto nell'aver delineato diritto ed oneri delle parti, ma nell'averli riferiti al contenuto della futura sentenza, e di qui il legame con il concetto di diritto giustiziale materiale, ma conclude, p. 336-337, che la situazione giuridica non è il processo ma il suo oggetto, sicché per ciò solo G. non sarebbe riuscito a sostituire la costruzione dal rapporto giuridico processuale, in quanto, p. 337, con la costruzione della situazione giuridica “non si sono precisati i rapporti tra quest'organo e le parti”, trattandosi di una teoria in cui è “necessariamente ignorata la posizione e la funzione che in esso ha il giudice”.

<sup>(107)</sup> Come compiutamente spiegato da B. HESS, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., § I, ove d'altronde lo ricorda definito come “*letzte große Leistung der deutschen konstruktiven Prozessrechtswissenschaft*”.

<sup>(108)</sup> Cfr. ancora B. HESS, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., § IV: “*Today, most of the pertinent textbooks on German civil procedure combine to some extent the attractive paradigm of the procedural legal relationship with Goldschmidt's approach of the sequence of judicial situations. ... On the one hand, it goes without saying that there is a kind of legal relationship between the parties and the court during civil litigation. This situation is much more visible in the context of arbitration where the legal relationship of public law is largely replaced by the private and contractual legal relationships between the arbitral tribunal and the parties. However, the process must be considered as a sequence of different situations which progresses from the bringing of the lawsuit until the judgment*”.

L'effetto, ai fini qui considerati, è di offrire una ossatura tecnica del processo, considerato come “una serie di rapporti in continua trasformazione nell'evolversi delle situazioni attraverso l'esercizio dei poteri”<sup>(109)</sup>.

Goldschmidt confuta Bülow enfatizzando la natura pubblicistica della situazione riveniente in capo al giudice, che non richiede legittimazione ulteriore (né quindi l'“accordo” iniziale delle parti, *novativo* se letto con i crismi moderni, ma dubitando che lo fosse per i romani, alla stregua della *litis contestatio*<sup>(110)</sup>): trattandosi invece di dovere discendente dal generale rapporto tra stato e consociati<sup>(111)</sup>. Di qui, come accennato, sconfessa uno per uno gli obblighi di fare delle parti enucleati dalla pandettistica, tutti, *re melius perpensa*, da lui più semplicemente qualificati come oneri<sup>(112)</sup>; illustra come la condotta delle parti (si pensi al riconoscimento della pretesa azionata) può suscitare, ma an-

*becomes res judicata. This dynamic of the process has in modern textbooks become the most useful angle for describing procedural law”.*

<sup>(109)</sup> V., sin dalla introduzione, M. MARINELLI, in J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., in prossimità della nota 17b: “... Goldschmidt ritiene che “diritti soggettivi e i correlativi obblighi, una volta dedotti nel processo, si tramutano in aspettative o possibilità giuridiche di una sentenza favorevole o sfavorevole. Di conseguenza, il processo non può più concepirsi come un (astratto e schematico) rapporto giuridico, ma come una “situazione giuridica” (intesa appunto come il crogiolo di quelle aspettative e possibilità, nonché degli oneri che vi si connettono) che — sino al giudicato — è suscettibile di mutare continuamente in ragione degli effetti dei singoli atti in cui si articola il procedimento”.

<sup>(110)</sup> Per un recente riesame delle fonti in arg., S. LONGO, *La litis contestatio formulare nelle institutiones di Gaio*, in *AUPA*, 2023, 221 ss.

<sup>(111)</sup> Altrimenti detto, per G., “l'esecuzione del dovere di sottomettersi alla giurisdizione statale ... non fa nascere alcun nuovo rapporto giuridico tra lo stato e chi ne è soggetto ...”.

<sup>(112)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., *passim*, ove si tratta dei vari corollari di codesto pensiero, dalla giustificazione del pagamento delle spese di lite sulla sola soccombenza, dalla spiegazione che il “divieto di modifica” (di una domanda) “ha molto dell'onere e nulla dell'obbligo”, alla distinzione di obblighi, ove raramente presenti, semmai, attinenti alla “polizia del processo” (ad es. quello di non dire il mendacio nel processo), concludendone in vari punti che “in realtà il concetto di situazione processuale si comprende appieno solo se si abbandona un approccio di tipo sostanzialistico, che risolve le relazioni tra le parti e il giudice in un rapporto di diritti ed obblighi reciproci, e si sceglie un approccio processualistico che vede nel giudice colui che ha il potere di soddisfare o meno le aspettative delle parti”.

che disattivare (come nello stesso esempio) il dovere del giudice, enuclea con massimo realismo — di là delle specifiche soluzioni date a specifici problemi del diritto tedesco allora vigente, qui non d'interesse precipuo —, anche (ma non solo) a fronte di situazioni processuali che per parte denomineremmo pure di discrezionalità, casi di *leges minus quam perfectae* <sup>(113)</sup>.

È indubbio, oltre che documentabile *per tabulas*, che nello studio in chiave moderna dell'accordo innanzitutto la considerazione delle singole posizioni giuridiche processuali di parti e giudice, volta per volta esaminate, — e più in generale il lascito di Goldschmidt <sup>(114)</sup> — abbia avuto seguito nell'ampio panorama comparatistico, e dunque possa intuitivamente assolvere un ruolo significativo. Più in generale, vedremo che lo sviluppo offerto da Goldschmidt costituì per tanti aspetti l'ambiente culturale adeguato affinché, come è stato, la dottrina tedesca si liberasse dal “negoziato” e passasse a più realistiche ricostruzioni, tali — come sono — da resistere all'attualità <sup>(115)</sup>.

Così, a titolo soltanto d'esempio, con riguardo alla necessità di una norma autorizzativa tanto cara ai seguaci di Bülow, e all'opposto alla presunta perché più liberale e moderna (ma anch'essa a ben vedere mai provata se non per scelta ideologica,

<sup>(113)</sup> Ad es. là dove J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 150, sminuisce l'affermazione di obblighi di parte in punto di esibizione, oppure tratta della ammissione, ove al comportamento processuale attivo o passivo è collegata una conseguenza che è rimesso al giudice di applicare, od ancora dove tratta la comparizione personale delle parti disposta dal giudice.

<sup>(114)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., fornisce vari “saggi” dell'applicazione del concetto di situazione processuale riferito all'accordo: vedine un esempio nella densissima nota a piè di pagina, 2514, p. 473-475.

<sup>(115)</sup> Smentiamo quindi, ma *a posteriori* è semplice farlo, quanto G. CONSO rilevava in *Fatti giuridici*, cit., 316 e nota 162, ove rammentava che il concetto di negozio giuridico processuale era nato in Germania, con Wach, Kohler, Hellwig, ma che poi esso avrebbe avuto sempre minor seguito lì, laddove invece (qui la nostra confutazione) sulla generale ammissibilità, se ben si intende per Conso cogliendo loro e non i primi l'esempio tedesco, si sarebbero collocati gli autori italiani nella stessa nota citati (Satta, Allorio, Chioyenda e, prima, Costa). I fatti e le evidenze documentali dimostreranno l'esatto contrario, anche se Conso, che a quell'epoca ignorava, ad es. gli studi di Schiedermaier e Baumgärtel, ciò non era tenuto a, né poteva sapere.

“vetero-liberale”<sup>(116)</sup>), *Freiheitsvermutung*, cioè presunzione di libertà, già Goldschmidt, nella seconda parte della sua opera, riteneva non provato il principio per cui mancando una previsione se ne dovrebbe derivare un divieto, ma si asteneva dall’affermare il contrario<sup>(117)</sup>. Con Goldschmidt, prima di tutto l’insignificanza dell’argomento *a silentio*, dunque, si fa largo bidirezionalmente nella processualistica tedesca<sup>(118)</sup>: esso non sta né a significare che l’accordo sia rimesso ai casi tipizzati — per quanto resta indubbia la vocazione della norma processuale anche per lui<sup>(119)</sup> — ma neppure che tutto si presuma permesso. In scia, anni dopo, Wagner ha messo in luce come dagli sviluppi dalla teoria bülowiana ci si sposti perché, oltre alle norme propriamente e puramente autorizzative che essa esaltava, possono esservene anche di diversamente permissive, “*freistellende Normen*”, che son quelle che conferiscono poteri o se si vuole facoltà ai litiganti,

(116) P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln*, cit., partito dalla ideologia della libertà perché desumibile dalla Costituzione, così come, egli ricorda, vale analogo criterio informatore per la materia penale rispetto al principio *in dubio pro reo*, assume analogo principio informatore per il processo civile, ma è così più volte costretto — lo si dice senza oscurare la pregevolezza dell’opera — più volte, a ricorrere alle ideologie, per costruire qui e lì (partito dalla libertà è quello che solo coerentemente poteva fare) i limiti al potere delle parti di determinare le regole del gioco: v. ad es. 44 ss., ove limita l’accordo con cui preventivamente le parti si impegnino a non contestare determinate allegazioni in giudizio, per la presenza di un “interesse pubblico” (*öffentliche Interesse*) a presidio e barriera della indiscriminata ammissibilità dei contratti processuali, laddove altri più puntualmente si erano e si sarebbero interrogati, ora sulla necessaria prevedibilità, che come chiaro doveva calare sull’oggetto dell’accordo, sulla sua accettabile o meno dose di aleatorietà, ecc. (v. ad es., in tale ultimo senso, G. BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff*, cit., 258).

(117) J. GOLDSCHMIDT, vers. ted., *Der Prozess*, cit., nota 2427.

(118) È questa, se ben se ne esamina la globale impostazione, anche la direzione presa dall’opera, sovente ingiustamente svalutata, di G. DE STEFANO, *Studi*, cit., 57, e riff. nota 93.

(119) *Ex multis*, da noi, G. RUFFINI, *Diritto processuale*, cit., 68-69, per cui da un canto non sembrerebbe cogliere nel segno la opinione dominante per cui il diritto processuale va ricondotto al diritto pubblico; dall’altro, non sarebbe da credere che il medesimo dif-fuso inquadramento della norma processuale nel diritto pubblico comporti una necessaria inderogabilità della stessa, di qui isolando casi in cui la volontà privata può, a determinate condizioni e nel rispetto di determinate forme, provocare effetti (li elencati e che noi per sintesi richiamiamo come) rifluenti sulla tutela.

che sono liberi di esercitarli, avvalersene, ecc. <sup>(120)</sup>. Ancora con Goldschmidt, Wagner adduce la impossibilità di assumere la pertinenza al diritto pubblico del diritto processuale quale dogma che ne proverebbe sempre e comunque la cogenza e, *in thesi*, inderogabilità <sup>(121)</sup>. Ed infatti Wagner, sin dalle primissime espressioni della sua ricerca, riprende sì il discorso sul rapporto, ma chiarisce non potersi negare, in capo alle parti del processo, una serie concatenata di situazioni giuridiche progressivamente mutevoli <sup>(122)</sup>.

Andando oltre: nelle recenti importanti indagini svolte in argomento da Cabral, — che pur all'inizio descrittivamente richiama il sostrato ideologico del passaggio, dal 'pubblicismo' al 'privatismo', dalla chiusura verso l'accordo all'apertura, muovendo dalla presunta natura contrattuale della *litis contestatio* romana, come sappiamo anch'essa criticata da Goldschmidt <sup>(123)</sup> —, si ri-

<sup>(120)</sup> G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 56 e nota 44 con riff. a Goldschmidt: "bezeichnet werden und sind von den dispositiven Normen im eigentlichen Sinn zu unterscheiden".

<sup>(121)</sup> G. WAGNER, *op. cit.*, 59, richiamando J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 301. Aderisce A. CABRAL, *op. cit.*, 165, ritenendo anch'egli falsa premessa quella della natura cogente e dunque inderogabile della norma processuale, ma al contrario ricordando come esistano — con G. WAGNER, *loc. cit.*, 106 — tanto il diritto privato cogente quanto il diritto pubblico dispositivo.

<sup>(122)</sup> G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., riprende le costruzioni del processo, menzionando il rapporto e le situazioni processuali sin da pp. 14-17; confuta, con Schiedermaier, le passate idee, lì di Konrad Hellwig: "Die von K. HELLWIG herausgearbeiteten Bedenken gegen privatautonome Dispositionen über prozeßrechtliche Rechtspositionen finden immer noch Berücksichtigung, werden jedoch nicht mehr als ausreichend angesehen, um die Zulässigkeit gesetzlich nicht ausdrücklich geregelter Prozeßvertragstypen a limine zu verneinen. Schiedermaier hat der Problematik ihren bis heute gültigen dogmatischen Rahmen vorgegeben, indem er das Zulässigkeitsproblem in die Frage nach dem Umfang dispositiven Zivilprozeßrechts umformuliert hat ..."; v. poi p. 16, ove riprende per altra volta Goldschmidt, affrontando il caso della domanda dell'attore priva di fondamento nel diritto sostanziale, che solo con le norme del processo può essere inquadrata ("Erfindet ein Kläger einen Sachverhalt, um den Beklagten, mit dem ihn keinerlei materiell-rechtliche Rechtsbeziehungen verbinden, mit einem Schadensersatzprozeß zu überziehen, so lassen sich die innerprozessualen Rechte und Pflichten der Parteien nur verfahrensrechtlich erklären").

<sup>(123)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., *Introdução*, dove cita l'esperienza della *litis contestatio* nel diritto processuale romano (per cui si riferisce a G. PUGLIESE, *La litis contestatio nel processo formulare*, *Riv. dir. proc.*, 1951, 37 ss.), richiamando il lavoro dottorale di Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, 1995, 11 ss. Sulla assimilazione al pro-

cavano numerosi richiami all'opera di quest'ultimo, non solo in punto di dinamicità dell'incedere procedimentale, ma anche per la categorizzazione, pur forse a tratti estremizzata se riportata al prototipo dell'accordo, degli atti processuali (su questo v. *infra*). Così, in concreto, Cabral — che pur astrattamente indica nella teorica del rapporto, nei principi dispositivo e di collaborazione il sostrato ideologico per l'accordo <sup>(124)</sup> — in altro punto esplicita di voler adottare il concetto di situazione giuridica processuale <sup>(125)</sup>. Egli, poi, ricorda (tutti i) vari modi di classificazione degli accordi processuali, finendo con la tradizione tedesca (la già citata diade *Verfügungunverträge c. Verpflichtungsverträge*) <sup>(126)</sup>.

Analogamente è a dirsi per Costa e Silva — codesta autrice pure avvantaggiandosi dei suoi precedenti studi sugli atti processuali, dichiaratamente goldschmidtiani <sup>(127)</sup> —, che è condotta a richiamare più volte Goldschmidt, come vedremo tra poco specialmente sulla distinzione degli atti del processo da questo teorizzata, che la Costa e Silva esattamente adopera ai fini dell'accordo <sup>(128)</sup>.

cesso romano, v. peraltro J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 116-117: “del resto, quanto la tesi contrattuale di Wlassak possa confondere le idee ...”; v. pure più avanti, pp. 122-123, quando riporta le tesi che invece spiegherebbero il necessario consenso del convenuto all'assunzione del *judicium* alla stregua di un retaggio dell'antico giudizio davanti all'arbitro; utile la spiegazione, pp. 122-123, che, calato nel contesto romano dell'epoca, era prevalente il ricorso libero all'autotutela per gli individui e di qui da giustificarsi, come limite a quest'ultima, la necessità del consenso, laddove per converso, in epoca moderna (p. 124), l'esecuzione del dovere di sottomettersi alla giurisdizione statale “non fa nascere alcun nuovo rapporto giuridico tra lo stato e chi ne è soggetto ... non fa nascere un nuovo rapporto giuridico”, ma, più semplicemente, l'onere di difendersi del convenuto.

<sup>(124)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., 140.

<sup>(125)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., 55, che esemplifica il caso in cui le parti con accordo dispongano di un proprio diritto (processuale appunto, si desume), ad es. rinunciando convenzionalmente ad un mezzo di tutela.

<sup>(126)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., 35-36, spiegando come la distinzione possa risultare utile anche per il sistema brasiliano, 63 ss., dove l'art. 190 c.p.c. si riferisce ad accordi sul procedimento e ad accordi su oneri, poteri, facoltà e doveri processuali. L'autonomia delle parti (64 e nota 135) risulta maggiore nei negozi *obligacionais* che in quelli dispositivi.

<sup>(127)</sup> P. COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, cit., *passim* e spec. §§ 6-8 e 100 ss.

<sup>(128)</sup> V. P. COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: Convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas*

Il rilievo vale allo stesso modo per Schumann (è nota, per note ragioni legate alla storia personale, la accentuata diffusione nei paesi di lingua spagnola dell'opera di Goldschmidt): il quale, pur muovendo da una personale ed originale ricostruzione, come esigibile, del diritto processuale spagnolo vigente, dà di frequente per scontata, giusta gli influssi (anche francesi) *in loco* esercitati, la teorica in discorso <sup>(129)</sup>.

L'adozione del concetto di situazione processuale permette così di evitare rischiosi automatismi o di incappare, come non di rado avveniva, nell'assimilazione ampia al "negozio" (essenzialmente facenti leva che timore che sul processo generalmente inteso si abbatta la scure dell'autonomia privata ... *but we still need judges*, mi venne saggiamente detto da un decano del diritto processuale civile nordamericano, sebbene tale processo risulterebbe essere, come ognuno sa, ben più di altri ... *party driven, party initiated, party controlled* <sup>(130)</sup>): il principio dispositivo ha certo un ruolo — non disconosciuto neppure da G. rispetto al processo civile moderno <sup>(131)</sup> —, ma, per dirla con Cabral, "*sería extraño pensar que a autonomía das partes lehs desse uma total possibilidade de disposicao sobre o objeto do processo más noi lhes conferisse nenhum poder no campo da tramitacao do procedimento*" <sup>(132)</sup>. È questa della posizione processuale autonoma, del resto ed esemplificando, la via che Goldschmidt prese (e che stava al di-

*Novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*, Lisboa, 2020, v. spec., tra i molti richiami, p. 92, p. 98, p. 103, e più approfonditamente pp. 106-109.

<sup>(129)</sup> G. SCHUMANN, *Derecho a la tutela*, cit., spec. 52 ss., sulla autonomia del diritto processuale prendendo le mosse proprio dal concetto di diritto giustiziale materiale.

<sup>(130)</sup> Rinvio ancora, per codesta esperienza di ricerca, ad A. FABBÌ, *Gli accordi*, cit., *passim* e spec. nei §§ introduttivi.

<sup>(131)</sup> V. infatti J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 173, ove si interroga intorno alla sua compatibilità con verità e menzogna, riportando anche le differenti concezioni del principio, come di sola politica processuale (e non come riflesso dell'autonomia privata nel diritto sostanziale): rife. pure alle note 708a e 709.

<sup>(132)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., 141-142: "*nao è propriamente a liberdade contractual do direito privado que justifica a autonomía das partes no processo ... è a combinacao entre principio dispositivo e principio do debate que permite justificar a autonomia das partes*".

ritto processuale tedesco per tempo vigente) per ammettere, tra i primi all'epoca, accordi di parte di rinuncia al giudicato <sup>(133)</sup>.

Determinante (nell'ottica dell'accordo) è stato il magistero di Goldschmidt anche là dove nell'opera, riprendendo suoi precedenti esiti — come noto in punto di esecuzione forzata ingiusta <sup>(134)</sup> — argomentò la rilevanza potenzialmente duplice o comunque molteplice, su vari piani dell'ordinamento, di atti del processo <sup>(135)</sup>: così ad es. additando l'atto processuale esecutivo, lecito sul piano processuale, ma in caso di esecuzione ingiusta appunto, illecito sul piano sostanziale <sup>(136)</sup>. L'influsso di tale acquisizione sarebbe poi stato tempo dopo evidentissimo nella costruzione, presso i tedeschi, della categoria unitaria, con natura per i più rivendicata al processo <sup>(137)</sup>, dell'accordo, così potendo oltrepassare, ponendo l'attenzione dell'indagine anzitutto sugli effetti <sup>(138)</sup> (per poi solo a seguito virare sul *label* più appropriato) le davvero troppe disquisizioni intorno

<sup>(133)</sup> V. J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 198 ss.; aderirono poi, tra gli altri, G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 76 e 110 ss. e, da ultimo, G. WAGNER, *op. cit.*, 720.

<sup>(134)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb*, München, 1910, sin da 8 ss.

<sup>(135)</sup> Il che avrebbe condotto ad ulteriori sviluppi, interni al processo o sul suo crinale col diritto sostanziale: classico riferimento è, in Germania, W. NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950.

<sup>(136)</sup> In contrapposizione, tra gli altri, alla posizione di Hellwig: v. J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 177 nota 725 e 728.

<sup>(137)</sup> V. infatti sin da G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 95, per cui l'efficacia giuridica dei contratti processuali ammessi deve essere esclusivamente e direttamente processuale; poiché, è proprio per tale ragione che essi sono contratti di diritto processuale (*“Verträge des Prozeßrechts”*). Diamo per note le tradizionali disquisizioni, tra gli interpreti italiani, sulla natura di certe norme, od istituti: per completi cenni, si fa richiamo, in una prospettiva utile a quella qui calcata, a R. ORIANI, voce *Atti processuali. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, spec. 2, ove discute il criterio “effettuale”, per cui propendeva Carnelutti. Non va trascurato che su questo J.G. riprese Kohler, per cui rife. alla nota 22.

<sup>(138)</sup> Adducono duplici effetti della clausola compromissoria G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 191 ss. e G. WAGNER, *op. cit.*, 44 nota 161, citando anche pronunce giurisprudenziali (una di rilievo del *Bundesarbeitsgericht*): in nostra, informale, trad. del secondo: “la duplice natura del compromesso non implica che esso debba essere scisso in un atto processuale e in un negozio giuridico separati e autonomi. Al contrario, il compromesso costituisce un'unità, con la conseguenza che le controversie sulla sua validità devono essere valutate in modo uniforme sia dal punto di vista del diritto sostanziale che di quello processuale”.

ad accordi *ex ante*, *ex post*, fuori o dentro (?) il processo <sup>(139)</sup>, di natura sostanziale con effetti processuali — complicate dalla tendenza a “sostanzializzare”, che abbiamo visto plasticamente ed in lingua italiana in Costa, istituti del processo ove apparisse qui o lì una componente di volontà <sup>(140)</sup> —, e via discorrendo <sup>(141)</sup>. Indubbio è che a tale iniziale insegnamento sarebbe poi stata affiancata la considerazione che, se un atto del processo ha rilievo per il diritto sostanziale, esso dovrà da questo versante essere valutato coi rispettivi crismi da combinare con quelli *giustiziali*, ed allora, aprendo le strettoie lasciate dalla legge processuale vigente, lo spazio per l'*enforcement* dell'accordo può allargarsi e, vedremo poi, — se si concorda nel ravvivare le potenzialità applicative della clausola di buona fede nel processo — lo strumento può talvolta essere quello della *exceptio doli processualis*.

Chiariamo perciò e torneremo a dire — *principaliter* con Cordero nel § seguente — che il distacco e la autonomia così predicati alle situazioni del processo, da questa prospettiva hanno tutto fuorché creato concetti artificiosi <sup>(142)</sup>, poiché, per converso, l'autonoma focalizzazione su chiare situazioni, pretenderemo di darne un minuto saggio nell'esercizio conclusivo, non può che avvantaggiare lo studio dell'accordo.

<sup>(139)</sup> Se ne occupa A. CABRAL, *op. cit.*, 46-47 e nota 68 anche per riff. alla dottrina tedesca, circa la teoria che riduce gli accordi a quelli stipulati nel corso del processo attribuendo gli altri al diritto sostanziale, sicché con il termine accordi processuali si indicherebbero solo quelli stipulati nel corso del processo mentre sarebbero parte del diritto sostanziale quelli stipulati al di fuori di esso; già J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 312 e nota 1616 — col quale Cabral concorda — vi si oppone.

<sup>(140)</sup> *Supra* ed *infra*, riff. note 4, 51, 52, 74, e la seguente 127; e, per tutte, al corrispondente testo.

<sup>(141)</sup> V. ancora A. CABRAL, *op. cit.*, 54 ss. ove richiama la categoria degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale e quella degli atti di diritto sostanziale con effetti processuali (qualifica questi ultimi pur sempre come processuali attesi gli effetti, pur se indiretti, causati sul processo).

<sup>(142)</sup> È la critica mossa di recente, *post mortem*, a Goldschmidt, da B. HESS, *Der Prozess*, cit., I e note 10 e 11, che magari sarà pur valida in punto di diritto tedesco e di sue successive evoluzioni (il punto è per Hess, che l'eccessivo distacco giustificò tra l'altro l'affiancamento di diritto processuale civile e penale, come si vede ancor oggi in Spagna, a suo avviso inappropriato), ma è invece da avversare ai nostri correnti fini, ossia se ci si focalizza sull'accordo e sulla storia delle sue teorie.

In altre parole, quand'anche si rinvenga un fondamento di diritto sostanziale in un certo istituto del processo, non per questo esso entra a pieno titolo nella indagine sugli accordi, l'autonomia privata e il processo: può sì fornire lumi o finanche risultare determinante nella ricostruzione, qui e lì, ma è per il resto fuor di scopo assumere una mai provata corrispondenza biunivoca<sup>(143)</sup>. Specularmente, la tecnica dell'accordo, quand'anche abbia a che fare con l'esercizio di poteri di parte, non sottende sempre, essendo vero diverse volte il contrario, un nucleo di negoziabilità, la suscettività a fare oggetto di vincolo obbligatorio<sup>(144)</sup>.

Per completare il discorso sulla possibile utilità dell'insegnamento goldschmidtiano, va ancora ripresa la parte dell'indagine dove si interroga sul concetto di rapporto giuridico processuale per attribuire significato agli atti processuali, che, nuovamente, nella costruzione bülowiana, hanno senso se riguardati nel fine ultimo, nell'ambito del rapporto, della sentenza, e quindi restano prima e a prescindere da essa in una sorta di stato di pendenza<sup>(145)</sup>. Di qui Goldschmidt elabora la teorica distinzione tra atti causativi e atti induttivi<sup>(146)</sup> e, così, sul piano pratico, postula la differente rilevanza

<sup>(143)</sup> Calando questa asserzione un poco più nel concreto: ad es., la concezione della confessione, riferita al limite della disponibilità del diritto sostanziale, ora come "atto dispositivo", ovvero come "volontaria ricognizione del diritto altrui", risulterebbe malposta, (per un riepilogo, v. A. FRASSINETTI, *La confessione stragiudiziale*, Trieste, 2017, 49, sulla prima concezione, 61 ss., sui più adeguati sviluppi in chiave "processuale"), atteso che la fattispecie, per scelta di tecnica, e non il contrario (riponendo le norme maggior o minor fiducia nell'organo) interviene qui sul dovere del giudice di accertare una verità quand'anche diversa da quella risultante dalla confessione al ricorrere del parametro sostanzialistico della indisponibilità del diritto, mutandolo in dovere di non discostarsi dalla confessione in ogni altro caso, pur con il limite della revoca, in quanto e fin quanto prevista.

<sup>(144)</sup> Ci occuperemo, nell'ultimo paragrafo, di un pratico esercizio che, a questo proposito, consente di distinguere l'accordo sulla competenza territoriale che la legge processuale contempla ex artt. 28 e 29 c.p.c., dal c.d. "accordo endoprocessuale" che ai medesimi fini può formarsi, ex art. 38 c.p.c., per contegno processuale concludente, ma rifletteremo meglio altrove della colorazione (*ergo* dei modi di *enforcement*) che tale contegno processuale merita se ... isolato dal resto.

<sup>(145)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 179 ss.

<sup>(146)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 364 ss. e 456 ss., distinguendo dagli atti di impulso del procedimento, induttivi, c.d. *Erwinkungshandlungen*, questi per G. (in contrapposizione con una diffusa teorica già ripresa) non costituenti dichiarazioni di volontà,

della volontà riconosciuta ai primi (anche da noi, ad es., si è detto da interpretare *ex art. 1362 c.c.*, ecc.)<sup>(147)</sup>, ma non ai secondi, addivenendo ad un primo temperamento del dogma, divenuto principio tendenziale e che in questi termini tendenziali ha da restar vero (esso ben si spiega a tutt'oggi con la prevalenza, nella disciplina del processo, del dato "formale")<sup>(148)</sup>, della irrilevanza del fattore volontà, pur senza così sciogliere i dubbi che, dal dettato dell'art. 156 c.p.c., rendono all'interprete arduo identificare altre invalidità per l'atto processuale "in senso lato", siccome non previstene nei termini di cui in questa norma sullo scopo delle invalidità<sup>(149)</sup>. La distinzione (con qualche seguito anche in Italia, ed anche tra i sostenitori del rapporto<sup>(150)</sup>) concede varie applicazioni, essenzial-

pur creando una situazione processuale "interna" (alla serie, al procedimento), "*innerprozessuale Situation*": trattasi di istanze, deduzioni, allegazioni; e, d'altro lato, i c.d. *Bewirkungshandlungen* (p. 456 ss.), che invece non determinano lo sviluppo procedimentale in senso proprio ma hanno effetto diretto, tipicamente rientrandovi per G., seppur con i distinguo da farsi, le rinunce, ma anche dichiarazioni unilaterali, attività materiali e, per G., ma l'aspetto è qui da porre sotto indagine, gli accordi interni al processo.

<sup>(147)</sup> Ripropongono la teorica E.T.L. Liebman, G.A. Micheli, V. Andrioli, G. Tarzia, G. Verde; per alcuni ruff. cfr. R. ORIANI, voce *Atti processuali*, cit., 8. Sulla interpretazione degli atti causativi come riferito nel testo, v. C. CONSOLO, *L'interpretazione della sentenza (di cassazione con rinvio) — e in genere degli atti "causativi" — come "atto di volontà particolare" e così secondo gli artt. 1362 c.c.*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1339 ss. Richiami alla distinzione, pur senza adottarla sul piano applicativo, in R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 37 e nota 35.

<sup>(148)</sup> *Ex multis*: F.P. LUISO, *Diritto*, cit., 419, quando, ponendo l'attenzione sulla volontarietà del comportamento e non dei fini, osserva che nel processo l'indagine sulla volontà è indagine sulla semplice volontarietà del comportamento e, si aggiunge, essa è semplificata dal fatto che tale accertamento "*viene ad essere surrogato dalla forma*". Per E. MERLIN, *Elementi*, cit., 302, gli atti del processo sono atti giuridici in senso stretto, e non manifestazioni di volontà; sicché per essi, a differenza dei negozi, è esclusa qualsiasi indagine circa la regolarità della formazione della volontà del soggetto, rilevando solo la volontarietà dell'atto, non dell'effetto, ed indicando come ipotesi di scuola quella in cui detta volontà manchi; per l'a. fanno eccezione alla regola "*gli atti consistenti nel compimento di un negozio dispositivo ad effetti processuali*", o sostanziale (cita la rinuncia *ex art. 329 comma 1*), e, per il riferimento al negozio sostanziale, la transazione.

<sup>(149)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 323, ricorda di qui l'opinione, con ruff. in nota 177, che esclude l'applicazione analogica delle norme civilistiche, e motiva la impossibilità di ricorrere allo strumento analogico, tra l'altro, per la presenza di norme sulla nullità degli atti che l'applicazione del rilievo dei vizi del volere non consentono.

<sup>(150)</sup> V. infatti V. ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 477, che (facendo cenno alla adesione alla teoria pure da parte di Micheli e Liebman) ritiene gli atti induttivi la regola

mente sul piano della volontà, intervenendo apertamente — come notato anche da Costa e Silva — sul principio della irrilevanza ora richiamato. Lo ha notato la migliore dottrina cimentatasi con gli atti del processo <sup>(151)</sup>, che non a caso — torneremo a vedere — è pure quella che ha saltuariamente offerto, da noi, le maggiori intuizioni in punto di accordi, pur evidentemente del tema non appassionandosi <sup>(152)</sup>. Ai fini degli accordi, poi, la differenza — di cui tiene certo conto Wagner <sup>(153)</sup> — è ripresa dai più: ad es. da Cabral <sup>(154)</sup>, anche al fine, oltre a valorizzare maggiormente l'elemento volontaristico, sempre ed anche qui con la processualistica tedesca, di isolare atti processuali che costituiscono semplici dichiarazioni “congiunte”, alla Betti “mere intese” contrapposte agli accordi <sup>(155)</sup>.

ed i causativi l'eccezione; vedremo ancora in seguito come proprio A. abbia probabilmente inciso nella futura sensibilità di vari studiosi degli atti del processo nel richiamare codesta distinzione. V. poi prima, pur critico come visto per ogni altro verso nei confronti di Goldschmidt, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1976, I, 115 ss. La distinzione è a ben vedere evocata anche dal concetto di autonomo o non autonomo/mediato od immediato, fatto proprio da E. ALLORIO, per cui v. rispettivamente, dopo, Id., *Diritto processuale tributario*, 2ª ed., Torino, 1952, 498, e, prima, Id., *Il giuramento della parte*, Milano, 1937, 232: tra l'una e l'altra alternativa concettuale si suole intravedere uno sviluppo nel pensiero di Allorio, poco oltre la concezione di Goldschmidt: sul punto, G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 291, nota 90.

<sup>(151)</sup> R. ORIANI, *op. cit.*, 9, fa l'esempio della dichiarazione di accettazione della sentenza, che a suo giudizio può essere seguita dalla impugnazione nei termini che deduca che la dichiarazione di accettazione era stata estorta con violenza; oppure, ammette una impugnativa della conciliazione giudiziale per vizi del consenso.

<sup>(152)</sup> Si pensi alla densa voce enciclopedica di Oriani, già richiamata, agli studi di Auletta, ecc.: ulteriori riff. *infra*, nel testo e nelle note.

<sup>(153)</sup> Es. G. WAGNER, *op. cit.*, 228.

<sup>(154)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., 52-53, ove argomenta che, ove si tratti di atti causativi, che producono effetti indipendentemente dalla serie, può postularsi un controllo di validità, ma non di convenienza, da parte del giudice. Sulle c.d. dichiarazioni “congiunte” (v. nel testo), p. 59 nota 110, Cabral osserva come l'effetto da esse prodotto non sia il frutto della capacità negoziale dei soggetti.

<sup>(155)</sup> V. ancora A. CABRAL, *Convenções*, cit., 57-58, ove la distinzione tra contratto e accordo in ragione del fatto che nel primo vi sono interessi contrapposti e un contenuto patrimoniale, non nel secondo; ed ancora quella tra atti processuali congiunti e accordi processuali. Cabral ne trae la definizione di accordo come “*convencao (ou acordo) processual é o negocio jurídico plurilateral pelo que as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediacao de nenhum outro sujeito, determinam a criaçao, modificacao e extinçao de situacoes jurídicas processuais, ou alteram o procedimento*”; in Germania, sulla rilevanza di tali distinzioni, v. G. WAGNER, *op. cit.*, 15 e, prima, G.

Ancor più evidente è l'operazione nello stesso senso compiuta dalla citata Costa e Silva <sup>(156)</sup>, la quale già in precedente opera se ne era avvalsa <sup>(157)</sup>.

#### **4. Oltre i postulati: accordi e fattispecie (sullo sfondo del procedimento); poteri e doveri; accordi e (cedevolezza della) norma.**

Abbiamo visto che, per comune opinione, né Bülow né Goldschmidt esauriscono i fondamenti attuali della scienza processuale; d'altra parte, è indiscussa la necessità di avvalersi della nozione di procedimento, per come sviluppata, per quanto sopra riportato, ad es. dalle tesi di Fazzalari e Picardi.

L'esercizio finora compiuto ha messo in rilievo, di là di utili aspetti particolari: vuoi (persino per il primo Satta, non certo, almeno a quell'epoca, aperto al nostro argomento <sup>(158)</sup>) che strumentale a disvelare lo spazio per l'accordo è la indagine sulle norme di diritto positivo "le quali possono lasciare largo campo alla disposizione delle parti, che non è affatto incompatibile con l'intervento dello Stato"; vuoi, tornando alle *stipulationes*: che i costrutti del rapporto e delle situazioni processuali hanno nei tempi arrecato più di qualche utilità al punto di spiegare precisi fenomeni del processo.

BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff*, cit., 186. La prospettiva assunta richiama la rilevanza, da un canto, dei casi di incontro di dichiarazioni congiunte (impostazione, tra l'altro, di P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln*, cit., spec. 3 ss., 12 ss. 62 ss.; d'altro canto, della teorica che allude all'atto complesso (*Gesamtakt*) (tedesca, ma non solo: v. nel testo) (su ad es. G. WAGNER, *op. cit.*, *passim* e spec. 339 ss.): entrambi gli aspetti meriteranno approfondimento, ai fini della presente ricerca.

<sup>(156)</sup> P. COSTA E SILVA, *Perturbações*, cit., 98, trattando degli accordi probatori, "*Estes negócios processuais, através dos quais as partes modelam o modo de exercer situações jurídicas processuais pelo juiz seriam uma espécie de negócios híper - dispositivos: a hipérbole deve — se ao facto de, na terminologia de Goldschmidt, os negócios serem, todos eles, dispositivos (por contraposição aos actos postulativos), sendo que aqueles que agora consideramos seriam híper — dispositivos por modelarem apenas o exercício de uma situação jurídica ancorada no decisor, a saber, o dever de julgar*".

<sup>(157)</sup> P. COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, cit., spec. 100 ss., richiamando anche Carne-lutti.

<sup>(158)</sup> Ma v. i riff. alle note 4 e 82, ove si è desunto, d'accordo Chizzini, che il pensiero sattiano fosse, forse non in via di ma almeno aperto al, cambiamento.

Assumere l'autonomia del diritto processuale e di quella concatenazione di atti e situazioni che lo caratterizzano, non più limitandosi a domanda e a sentenza, è già parso consigliato per chi voglia svolgere lo studio dell'accordo.

Si è quindi postulata, e in qualche prima misura messa a fuoco, l'utilità ritraibile dal concetto di "situazione processuale", che difatti è ripreso nelle teorie e negli studi apparsi in tema, anche all'estero, non soltanto in Germania.

Il riferimento alle situazioni non dice, però, ancora niente sulla loro consistenza, sulle differenze tra le une e le altre, e quindi aiuta sì l'inquadramento, ma non svela specifici limiti e differenziazioni tra singole e/o gruppi di fattispecie: più esplicitamente, quali queste situazioni e *quid* intorno alla loro "disponibilità". Ove assumessimo la coesistenza nel processo di numerose e variegate situazioni (onere, potere, dovere, diritto, facoltà), al fine di valutare come esse operano al cospetto dell'accordo, causeremo disorientamento, anche considerato che la dottrina tedesca, con diffuso seguito, enuclea solo due categorie di accordo, riferendo la prima ai poteri e facoltà delle parti, la seconda alla norma processuale e di qui, indirettamente, al ruolo del giudice.

Vanno quindi speculativamente ricercate posizioni della processualistica che, là dove svolti esercizi di teoria generale, lambendo od espandendo, ovvero migliorando, la teoria delle situazioni processuali che abbiamo ripercorso, possano aver offerto strumenti utili, e se possibile in chiave di ancora maggiore riduzione.

Ripetiamo, a riguardo, che, se si guarda alla sostanza delle cose, la principale critica mossa dal Liebman al Goldschmidt fu che, con la sua costruzione, non si sarebbero "precisati i rapporti tra (il giudice) e le parti", sarebbe stata ignorata "la posizione e la funzione che in esso ha il giudice" <sup>(159)</sup>. Sia che la critica fosse fondata, o che non lo fosse, anche per questo occorre smarcarla e guardare brevemente oltre, se è vero — come è vero — che la ricerca tali rapporti riguarda.

<sup>(159)</sup> E.T.L. LIEBMAN, *riff.* nota 100.

L'indagine conduce alla scienza italiana e indirizza al pensiero di Allorio, che di tali tentativi, sul piano della teoria generale, fornisce rilevanti saggi <sup>(160)</sup>; e soprattutto, sui punti che a noi serve (e su diversi altri) — non senza più di qualche debito da prestare a Conso <sup>(161)</sup> — alla magistrale opera, dalla quale scegliamo di partire per accompagnarci in qualche ragionamento ulteriore (ché, si badi, sarebbe svolto sulla base di altre ricostruzioni, se preso in singoli segmenti), di un processualista tra i massimi teorici generali, Cordero, che, non è un caso, (anche) alla scuola di Allorio si era formato. L'opera è goldschmidtiana nel titolo, perché dedicata alle situazioni giuridiche nel processo penale, ma pur — dato lo sforzo sistematico che ospita — appieno spendibile circa il processo civile, con i cui studiosi, infatti, Cordero costantemente dialoga.

L'opera di Cordero mira in effetti a ridurre il novero delle situazioni del processo, financo, senza svalutarne il valore di significato ed esplicativo, aggirando la figura dell'onere che per tutti lo caratterizza <sup>(162)</sup>: le situazioni del processo, per Cordero, sono tutt'altro che innumerevoli ma ai suoi fini, e sarà vedere se anche ai nostri, riducibili ed effettivamente ridotte ai soli concetti di potere (delle parti) e dovere (del giudice). Volgiamo quindi alla sua costruzione <sup>(163)</sup>, memori dell'obiettivo che ci siam dati, di sviare l'accostamento all'accordo secondo preconconcette ideologie <sup>(164)</sup> ed invece di provare ad utilizzare una costruzione solamente

<sup>(160)</sup> E. ALLORIO, *Problemi di diritto. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'acceleramento giudiziale e altri studi*, I, Milano, 1957.

<sup>(161)</sup> Che pur ritiene fondamentale il concetto di situazione processuale: G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 253, nota 8.

<sup>(162)</sup> La figura dell'onere fu centrale in Goldschmidt, come lo era in Carnelutti, Betti, ecc., nella maggiore processualistica sino ad oggi: v., in questo senso e pure lui adottandola, G. CONSO, *Il concetto e le specie*, cit., 366 e nota 138.

<sup>(163)</sup> *Le situazioni giuridiche*, cit., ed. in rist.

<sup>(164)</sup> Ai poli opposti, citiamo ancora l'impostazione "in dubio pro libertate" di Schlosser, ripresa da Chizzini ed in cui (intuitivamente ... ce lo dicevano negli Usa, di non poter fare a meno dei giudici) non vorremmo credere, convertendola sì in apertura ma meditata dalla necessità di riflessione fattispecie per fattispecie, congegno per congegno, *situazione per situazione*; e, d'altro lato, pur dedicandosi ad accordi assai complessi e per questo meritoriamente indagati dall'autrice, quella di T.M. PEZZANI, *Il regime convenzionale*, cit., quando ad es., p. 162 ss., p. 166, conclude che: "il punto è invece che un sistema

ove utile — come diceva Goldschmidt — ai fini perseguiti.

Ferrua, nella recente ristampa delle *Situazioni giuridiche*, presenta Cordero come abile maneggiatore del rasoio di Occam addirittura nei confronti di Goldschmidt, la cui eredità, peraltro, è largamente recepita da Cordero e ne permea la struttura<sup>(165)</sup>, solo affinata ulteriormente<sup>(166)</sup>.

Dunque, Cordero — con Allorio — pone sin dall'inizio al centro della sua costruzione il dovere (del giudice), aderendo a Goldschmidt nel punto in cui ravvede nell'azione e negli atti processuali non il suo rovescio, ma il presupposto, la "fattispecie" del dovere<sup>(167)</sup>. Il comportamento in violazione del dovere si qualifica, perciò, come viziato sin tanto che ciò preveda la legge, mentre in caso la legge taccia può essersi di fronte ad una *lex minus quam perfecta*<sup>(168)</sup>, il che sin da subito nella ricerca allenta pure, senza ovviamente cancellarla come si confà ad un regime degli atti che sia prevedibile, la rilevanza della sanzione<sup>(169)</sup>. Ancora con Allorio<sup>(170)</sup>, Cordero esemplifica e motiva ampiamente come, in un ordinamento statale, le condotte o posizioni dei privati, nel prima del processo, costituiscano, sottendano od implicino sem-

giuridico processuale rimanga "sistema", e non divenga quindi un apparato di norme vuote che legittimi modifiche potenzialmente continue e comunque sempre eterogenee".

<sup>(165)</sup> In più punti del lavoro F. CORDERO difende Goldschmidt: v. ad es. *Le situazioni giuridiche*, cit., 128 ss., quando richiama il concetto di *Rechtsschutzanspruch* (su cui Wach, ripreso da Hellwig: v. nota 69), come "il più cospicuo prodotto dogmatico di quest'aspirazione ad una visione unitaria", ma poi, glacialmente prosegue, lo riconduce a quella "natura di soluzioni artificiose ricavate da un espediente di alchimia concettuale mediante il quale si costruisce una specie di esangue doppione del diritto sostanziale"; di qui Cordero riconosce un progresso su queste posizioni, da attribuirsi proprio alla teoria del "diritto giustiziale materiale" di Goldschmidt.

<sup>(166)</sup> P. FERRUA, *Prefazione*, in F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, cit., VII ss.

<sup>(167)</sup> Lo rammenta anche N. PICARDI, *La trascrizione*, cit., 319.

<sup>(168)</sup> P. FERRUA, *Prefazione*, cit., XIX.

<sup>(169)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, cit., spec. 105 ss.

<sup>(170)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, cit., 115, ove richiama E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 247 ss., spec. 261 proprio con riguardo alla previsione di un dovere in capo ad un organo statale da parte di una norma, il che può accadere tanto quando si prevedono comportamenti sanzionatori, tanto quanto divieti, ad es. di fare.

pre un certo dovere in capo ad un organo dello stato <sup>(171)</sup>, talché “il contegno del privato divergente dallo schema normativo non può essere definito, sul piano dell’osservazione empirica, se non come la fattispecie costitutiva di quel dovere” <sup>(172)</sup>, che riguarda “gli organi statali” <sup>(173)</sup>. Nel processo, pertanto, tutto si “risolve in una sequela di situazioni soggettive di dovere aventi come destinatario l’organo giurisdizionale” <sup>(174)</sup>.

La riduzione praticata è sin da queste poche espressioni sotto gli occhi di tutti ed è questo il vero “nucleo interno”, tutt’altro che superficialmente magmatico infatti, dell’opera di Cordero, che lo conduce di lì a poco a dimostrazioni molto serie. Come quando — dovrebbe qui tornar alla mente Bülow e la sua visione della discrezionalità, che apriva incondizionatamente all’accordo (ma si è visto che la processualistica successiva dovette soffrire per arroccarsi, letteralmente *en arrière*, su ammissione e valutazione di prove) — di atti normativi, rimessi ad organi ma discrezionali, tratta per quei casi in cui la norma intenzionalmente preveda che il dovere possa essere adempiuto attraverso un’alternativa di comportamenti, con insorgenza di una fattispecie a formazione frazionata “risultante dagli estremi specificamente previsti nella norma e dell’ulteriore elemento che si desume dal risultato di una valutazione successiva” <sup>(175)</sup>. Egli — si badi — ammonisce

<sup>(171)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, 120 ss., ammette che, su un piano di “pura logica”, è ovvio che non vi sono argomenti per riferire il dovere soltanto all’organo statale, ma mostra come (stazionando sul delitto di omicidio) la condotta privata ridonda sempre nella posizione di dovere di quest’ultimo organo.

<sup>(172)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, cit., 127, richiamando ancor conf. E. ALLORIO, *La pluralità*, cit., 278 ss.; si definisce per tal via “quinta ruota del carro” il dovere di osservanza dei precetti giuridici da parte dei consociati.

<sup>(173)</sup> Concludono C. ed E. ALLORIO, rispettivamente ne *Le situazioni giuridiche*, 132 e *La pluralità*, cit., 279, nelle parole del primo, che “in un ordinamento di tipo autoritario il comportamento dei privati non viene in considerazione come oggetto d’una valutazione condotta alla stregua di situazioni soggettive di dovere, ma come semplice elemento della fattispecie costitutiva di un dovere degli organi statali”.

<sup>(174)</sup> F. CORDERO, *op. cit.*, 138, sempre conf. Allorio.

<sup>(175)</sup> F. CORDERO, *op. cit.*, 167-170: solo alla conclusione della valutazione successiva, e così ad integrazione avvenuta dello schema normativo, sorge a carico del soggetto uno specifico dovere di condotta.

affinché si distinguano questi, da quelli in cui ricorre invece ambiguità (o lacuna, non intenzionali) e, dunque, è necessaria la interpretazione, diversi allora dalla succitata “indeterminatezza intenzionale della fattispecie”<sup>(176)</sup>, che, per dirla con termini nostri, scinde in due quest’ultima, inquadrando il dovere a scelta multipla e l’atto del suo esercizio, quest’ultimo da rivalutare *ex post*, ove suscettivo di altra conseguente situazione processuale, in punto di modi. Come ad imbracciare un modernissimo (*truth*) *detector*, Cordero fornisce così le coordinate per la identificazione della fattispecie complessa/discrezionale<sup>(177)</sup>, non in genere, ma proprio nel contesto di serie di atti quali i procedimenti, dove il dovere — d’altro canto in linea con l’opinione che ravvede nei giudici i destinatari delle norme processuali<sup>(178)</sup> — risulta essere la situazione informatrice od almeno “caratteristica”<sup>(179)</sup>. Né

<sup>(176)</sup> Per C., *Le situazioni giuridiche*, cit., 160-162, la norma che anche prevede vari comportamenti possibili non per questo può ritenersi fattispecie libera, trattandosi anzi comunque di comportamenti doverosi: “si conviene di riservare la locuzione discrezionalità per il caso particolare in cui il fenomeno si profila in ordine ad un atto normativo, anche se, sul piano conoscitivo, l’uso da parte del legislatore di un certo congegno espressivo nella descrizione della fattispecie del comportamento fa sorgere, in entrambi i casi, un identico ordine di problemi”. V. p. 167, ove è esposto che di libertà di scelta a fronte della discrezionalità non si può mai parlare in termini incondizionati e in generale, ma in concreto, là dove dalla norma intenzionalmente determinata risulta che il dovere può essere adempiuto attraverso un’alternativa di comportamenti.

<sup>(177)</sup> Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici*, cit., 372 ss., che l’espressione di fattispecie complessa a formazione successiva riserva al procedimento in genere (fatti giuridici collegati l’uno all’altro in vista di un effetto). Ancora G. CONSO, p. 375 e p. 383, richiama le opinioni, ascritte, in assonanza alla teorica del rapporto, ora a Calamandrei ora a Chiovenda, per cui, a chiusura della serie, non si pone come ultimo fatto giuridico il provvedimento, ma il fatto negativo della sua mancata impugnazione (per il primo tra i due richiamandosi una condizione sospensiva). G. CONSO, *op. cit.*, 383, aderisce alla visione che ravvisa in ogni procedimento non una pluralità di atti ed un unico effetto ma “una serie di atti e una serie di effetti causalmente collegati sino ad un effetto conclusivo”.

<sup>(178)</sup> F.P. LUISO, *Diritto*, cit., 56 ss.

<sup>(179)</sup> F. CORDERO, *op. cit.*, 173 offre la seguente indicazione: “in presenza di ogni norma che preveda, con descrizione di specie o di genere, direttamente ovvero con una formulazione stilistica di secondo grado, un tipo di condotta degli organi statuali, si tratti di un atto normativo nel quale si esprime l’esercizio di un potere o di un semplice atto giuridico, si deve ritenere che il contenuto ipotizzato costituisca il termine obiettivo di una situazione di dovere, a meno che non risulti espressamente, attraverso una dizione non equivoca della norma, l’inesistenza di un vincolo sull’*an*; in particolare questa conclu-

basta, perché il dovere Cordero mette letteralmente in moto nel processo, e ne completa la sistematica quando si addentra nelle norme che alla condotta delle parti sono dedicate: tutte riducibili al potere, meglio che all'onere (alla coppia dovere-potere, si dica ora, Cordero riduce l'intero fenomeno processuale) <sup>(180)</sup>, e tutte queste ultime strumentali, nel corso del processo, a quanto verrà dopo. Insomma, le ultime (norme strumentali/dinamiche) mai potrebbero discutersi se non aggiungendovi le prime (norme statiche, sul dovere del giudice/ degli organi) <sup>(181)</sup>, donde si vedono

sione si impone in ordine agli atti dalla cui successione legalmente determinata risultano quei tipici strumenti di produzione del diritto che sono i procedimenti". Di rilievo (massimo per i fini per cui si procede) è pure, a chiusura del cerchio, quanto Cordero afferma più avanti, p. 252, nel senso che "nel processo non esistono atti neutri, che si fondano su un diritto di chiedere ma non di ottenere", ma poi concedendo, p. 255 (con richiamo di T. Carnacini, nota 35), che in un processo dominato dal principio dispositivo (non quello penale) è possibile che il legislatore si valga di tecniche tali da, per dirla con le parole di Cordero, "attribuire alle istanze ed affermazioni di parte l'attitudine ad impastoiare la decisione entro limiti invalicabili, nel senso ad esempio che il giudice debba astenersi da ogni ulteriore indagine in ordine a un certo fatto solo perché l'esistenza di quest'ultimo è concordemente affermata dall'imputato o dal pubblico ministero". Ciò non fa venir meno, comunque, il dovere di "prendere in considerazione l'attività assertiva delle parti", *Berücksichtigungspflicht* per la processualistica tedesca. Si ricorda infine, sul punto, pure G. CONSO, *I fatti giuridici processuali*, cit., 131 ss., che già discorreva di obbligatorietà.

<sup>(180)</sup> F. CORDERO, *op. cit.*, 239 ss., ove la conclusione, perciò, che dovere e potere esauriscono le ipotizzabili situazioni giuridiche soggettive nel processo, mentre le altre nel tempo e da altri enucleate, in dialogo con loro (citando Carmelutti ed altri, ed ancora d'accordo con Allorio: per cui v. *La pluralità*, cit., 252) Cordero nella parte conclusiva dell'opera neutralizza (non nella loro utilità descrittiva ma tecnico-sistematica) una per una, nel complesso definendole (p. 241) "pseudo-situazioni": i) così per la facoltà (p. 241 ss.), che "non si presta nel processo ad alcuna applicazione costruttiva che non sia già acquisita in sede di classificazione dei comportamenti doverosi", trovando invece applicazione naturale nel settore delle valutazioni sostanziali; ii) analogamente per l'onere, centrale per Goldschmidt, come per Carmelutti ed altri, che Cordero, p. 256 ss., ritiene confacente a fotografare allocazioni di rischi e giochi di interessi sottostanti ai fenomeni giuridici (per "originaria coloritura economica"), epperò dice Cordero con algida efficacia "in termini di ofelimità"; iii) così per l'obbligo, rispetto al quale enfatizza che la condotta in violazione determina pur sempre l'insorgere del dovere dell'organo; iv) *idem* per la soggezione, spec. per la opinione a p. 272 e ss., avente rilievo in fin dei conti extragiuridico e non dogmatico.

<sup>(181)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 192 ss.: senza le norme strumentali, si prospetterebbe una varia costellazione di fenomeni senza una spiegazione del congegno che presiede alla loro produzione. Elaborando ancora oltre con C., ne risulta che, quando un soggetto ha il potere, e sempre che realizzi un comportamento conforme a quello descritto, questo determina il sorgere di conseguenze giuridiche predefinite, che "possono risolversi in una

e richiamano costanti riflessi di Allorio, in questa impostazione (182). Nel seguito dell'indagine, è esemplarmente illustrata, forte di precedenti teorici, Conso *in primis* (183), la concatenazione possibile tra potere e dovere, potendo l'esercizio del primo scaturire in una nuova situazione di potere, oppure direttamente nel dovere dell'organo; talaltra volta in entrambi (184).

La situazione processuale del potere (185), nel processo da

situazione di dovere ... ovvero in un più o meno complesso itinerario di ulteriori stadi strumentali, il cui definitivo punto d'approdo si rinviene nella vicenda costitutiva di un dovere".

(182) F. CORDERO, *loc. cit.*, riferendosi a norme la cui "funzione si esaurisce nel determinare gli stadi intermedi di un processo di qualificazione articolato in modo più complesso", ossia norme "strumentali-dinamiche, ovvero relative alla produzione giuridica"; conf. E. ALLORIO, *La pluralità*, cit., 263.

(183) Cfr. G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 380, 387 e altrove, assumeva una non dissimile nozione di procedimento e, per altro verso, venendo alle situazioni degli organi, per Conso "soggetti di diritto pubblico", definitiva gli atti –come concetto caratteristico ed *unicum* del procedimento giurisdizionale – che del procedimento in questione costituiscono l'ossatura, quali atti di "adempimento ad un obbligo nascente da un altro fatto del procedimento".

(184) "Il predicato di giuridicità delle proposizioni strumentali si desume dalla loro attitudine a porsi come termine iniziale od intermedio di un processo di produzione giuridica destinato ad esaurirsi in una situazione finale di dovere": F. CORDERO, *op. cit.*, 199, e poco prima, p. 197, perché le norme strumentali-dinamiche "in forza di una loro intrinseca necessità di struttura, ipotizzano uno schema di condotta come fattispecie di ulteriori effetti giuridici", laddove, di converso, ancora p. 197, la delimitazione del potere, in caso di difformità dal paradigma normativo, si esaurisce in sé stessa, senza per forza richiamare le conseguenze, anche quando quella difformità scaturisce in ulteriori situazioni giuridiche discendenti. Cordero, p. 205, puntualizza poi che, sia dalla situazione diretta di dovere che da quella di potere si scaturisce in fattispecie ugualmente costitutive di doveri processuali, ma se nel primo caso "l'effetto consistente nel sorgere di un dovere processuale decisorio è condizionato alla circostanza che sia posto in essere un atto configurato secondo modalità che rendono esteriormente riconoscibile la sua esclusiva destinazione a servire in funzione di quell'effetto", nell'altro, p. 208, "ogni atto di esercizio del potere, insomma, si pone come una norma regolatrice di condotta ovvero attributiva di ulteriori poteri, e non potrebbe essere altrimenti ...". Ancora, entrambi, potere e dovere, p. 214, si risolvono in figure di "qualificazione necessariamente monosoggettiva".

(185) F. CORDERO, *Le situazioni*, 216 ss., opta per ritenere il potere nel processo come situazione autonoma, esistente di per sé e solo dove esercitata scaturente in ulteriore situazione di dovere, tesi predicata per poter spiegare la legittimazione ma anche decadenza e rinuncia, p. 221, che rappresentano un motivo di difformità tra l'atto e il relativo schema "in quanto l'ordinamento le ipotizza come fattispecie estintive del potere di cui quell'atto incarna il momento d'esercizio".

considerarsi normalmente esauribile in chiave temporale <sup>(186)</sup>, si presenta secondo tipi e sfaccettature diversi e particolari <sup>(187)</sup>: e così se ne può trarre che una sua estinzione (del potere) resta anzitutto sul piano processuale, potendo poi verificarsi se operi anche su di altro piano (*infra*): sicché, questo più quello, permette provvisoriamente di riprendere il nostro filo conduttore dopo il lungo *excursus* sul fatto che: là dove la norma contempla un dovere dell'organo di esso le parti non dovrebbero poter *disporre* se nella serie procedimentale il momento non è propizio (giuridicamente possibile <sup>(188)</sup>); all'opposto, ove l'esercizio del dovere risulti in una nuova fattispecie successiva e *strumentale*, le parti tornerebbero titolate della libertà di fare o non fare, che al potere è riconnessa <sup>(189)</sup>. L'accordo, in presenza di dovere, resterebbe inefficace e privo di tutele ai fini del processo, ma ciò, banalmente, è vero fino allo stadio ultimo in cui quel medesimo dovere può e quindi deve essere esercitato, la situazione rinvenibile andando re-indagata nello stadio immediatamente successivo <sup>(190)</sup>.

<sup>(186)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 223 ss., in modo diverso quindi da quello legislativo, oppure da quello giurisdizionale, inesauribili nella loro esistenza ordinamentale ed anche in via tendenziale indisponibili, anche se per quello giurisdizionale l'indagine, fondata sulla norma ché senza non avrebbe potenziale, può consentire ulteriore approfondimento.

<sup>(187)</sup> Ricorda poi Cordero, citando anche Garbagnati, p. 224, come il potere si presenti secondo una varietà di tipi particolari, "tra i quali è possibile distinguere avendo riguardo alle caratteristiche di struttura del singolo atto ed all'effetto cui esso è preordinato".

<sup>(188)</sup> F. CORDERO, *loc. ult. cit.*, non tratta, né doveva o poteva trattare, l'aspetto di nostro primario interesse, ma il tempo del processo è lambito quando, proseguendo nel discorso, ricorda che in molti casi, ed è questo il caso del processo, la fattispecie dell'atto normativo è costruita secondo uno schema che include un limite temporale, limite talvolta della *Einmaligkeit*, che pur per Cordero doveva restare confinata a situazioni date (nell'ottica, aggiungiamo, della conservazione, degli atti, del sistema, nonché del rispetto della sequenza) e quindi, non estesa al limite di ritenere che il secondo esercizio del potere, quand'anche le forme e i tempi lo consentono, sia sempre e per definizione inefficace per una sorta di, sul punto indimproato, principio di economia processuale immanente in ogni ordinamento (riff. alla dottrina tedesca, *ivi* nelle note, svolti dall'a.).

<sup>(189)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 183 ss., descrive doveri commissivi od omissivi (richiamando il caso di *infra* ed *ultrapetizione*), dagli uni e dagli altri generandosi successive situazioni di potere.

<sup>(190)</sup> Il che disserra, a sua volta, il tema della negoziabilità e dunque disponibilità del potere processuale *ex ante*, condizionatamente, aleatoriamente, e via dicendo, sul quale

Ora, ripetiamo che la riduzione al potere ed al dovere delle situazioni processuali rivenienti in capo a parti e giudice non è ancora data per dimostrata e del resto non è qui, ovviamente, optata come di necessità l'unica possibile a descrivere il processo, ma già al momento pare molto utile nella più limitata prospettiva che vogliamo svolgere, dell'accordo, mettendo alla prova le categorie in discorso, se non altro inferiori nel numero <sup>(191)</sup>.

Su di un piano immediatamente collegato a questo, è ancora il caso di aggiungere che Cordero, nella sua opera, si sofferma anche sulla già vista goldschmidtiana distinzione tra *Erwirkungs/Bewirkungshandlungen* (i primi soggetti al vaglio di ammissibilità/fondatezza, i secondi a quello di rilevanza): essa non piace a Cordero, che sul punto recepisce le critiche dell'aver usato argomenti psicologici montate da Liebman <sup>(192)</sup> (che invece quella distinzione accolse!), ma la vera spiegazione che egli dà di tale dichiarato mancato gradimento è a nostro avviso da ricercare poco più avanti (ed atta a dimostrare che, in realtà, non proprio di dissenso si tratti, ma soltanto di ricerca di una maggior aridità, che per Cordero voleva dire efficacia, lessicale e dei concetti), quando Cordero collega Goldschmidt ad Allorio, o a Betti, ove avevano parlato di atti diretti/indiretti o mediatamente od immediatamente efficaci, autonomi/non autonomi <sup>(193)</sup>, con loro invece

rinviamo ad altra più spaziosa sede di indagine.

<sup>(191)</sup> Richiamiamo però, *ex multis*, il pensiero di S. MENCHINI, cit., in nota 87, che pure suscita, nella descrizione delle singole situazioni del processo, riflessioni nel senso voluto.

<sup>(192)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 231 ss., ove accusa, con Liebman, la distinzione di far propri assunti vagamente psicologici; del resto, Cordero dissente da Goldschmidt anche nel punto in cui questi slega dalla domanda di parte il dovere del giudice (obbligo, per i teorici del rapporto) di emettere sentenza.

<sup>(193)</sup> F. CORDERO, *loc. cit.*, richiamando E. ALLORIO (atti mediati/immediati: *Il giuramento*, cit., 231; ma pure atti autonomi/non autonomi: *Diritto processuale tributario*, cit., 233 *et alibi*) e Betti (*supra*, nota 68: "atti tendenti a sollecitare una decisione giudiziale di contenuto determinato favorevole alla parte che li compie e atti per virtù propria operativi di situazioni processuali, senza mirare a provocare siffatta decisione"). Peraltro, ed *a fortiori*, vien fatto di rilevare che, ad onor del vero, F. CORDERO avrebbe adoperato la distinzione per l'intero *cursus* suo, tant'è che essa ancora si rinviene (nell'ambito processualpenalistico, quantunque riformato), sino all'ultima edizione della sua *Procedura pe-*

concordando e calibrando il mirino dell'interprete verso il criterio dell'effetto dell'atto del processo, se davvero compiuto ed auto-sufficiente ovvero costituente tramite necessario per una ulteriore condizione giuridica.

Non è certo un caso, e dimostra il poco entusiasmo per il concetto, che Cordero <sup>(194)</sup> proprio in questa parte ne concluda che nel processo penale gli atti di parte sono perlopiù sformati del carattere della autonomia esaurendosi nella costituzione di un dovere dell'organo giurisdizionale, mentre — da grande teorico generale qual era — concede che nel processo civile le parti “*hanno* (o possono avere, in un ordinamento dato) *maggiori possibilità di controllo*”, il che — con ennesima iterazione di significati — ci porta a richiamare quanto arguivamo poche righe sopra.

In sintonia con quanto precede, Cordero, nel creare l'assetto, dal nucleo interno a quello esterno, al mantello: delinea subito dopo, di nuovo con Goldschmidt ed Allorio, gli atti con doppia funzione (processuale e sostanziale), e manco a dirlo li distingue <sup>(195)</sup> (atti con concorso di effetti: avrebbe detto poco prima Conso <sup>(196)</sup>), esclude che le situazioni del processo possano essere oggetto di autonomo accertamento giudiziale <sup>(197)</sup>, ma ciò corro-

*nale*, Milano, 2012: qui bastino richiamare i riferimenti dall'indice finale degli argomenti, pp. 1337 e 1342, rispettivamente per *Bewirkungshandlungen* ed *Erwirkungshandlungen*.

<sup>(194)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, cit., 235.

<sup>(195)</sup> Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 140, citando E. ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 192 ss., e ricordando in consonanza come si assegnano al diritto sostanziale le norme che dettano la disciplina del contenuto dell'accertamento giudiziale suscettibile di cosa giudicata, a quello processuale le norme definenti le forme della tutela e le condizioni per la pronuncia giurisdizionale di merito.

<sup>(196)</sup> Puntando la lente sulla medesimezza del fatto giuridico, G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 284 ss., preso in considerazione dall'ordinamento sotto diversi aspetti.

<sup>(197)</sup> E riprendendo pure e ancora Allorio: F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 141: “l'essame o la decisione intorno ad esse (le situazioni giuridiche processuali) non può mai costituire oggetto autonomo dell'accertamento giudiziale” e richiamando in identico senso, del primo, *Per una teoria*, cit., 192 ss. e spec. 196. Prosegue C. che, quindi, se anche si riscontrassero sentenze a contenuto processuale suscettibili di efficacia di giudicato (si cita il “giudicato sul punto di diritto”, secondo la ricostruzione redentiana: v. nota 102) il criterio resterebbe fermo, ossia in nessun caso quella pronuncia sarebbe idonea a costituire autonomo oggetto di accertamento giudiziale; riporta i classici esempi, ripresi da

bora in punto di motivazione, riprendendo Goldschmidt, per la limitatezza delle situazioni di obbligo nel processo <sup>(198)</sup>. Come Goldschmidt, Cordero crede, per questo, poco o punto nell'illecito processuale, ma ad ogni modo non manca di scinderlo in via teorica in situazione, eventualmente, complessa, ossia in punto effettuale: un certo atto che appartiene al paradigma delle condotte processuali in senso stretto, idoneo ad influire sull'esito del processo, col concorso di altri estremi (che per il processo non rilevano), è previsto come illecito dall'ordinamento sostanziale <sup>(199)</sup>. Ma, se questo è vero, e Cordero non era né tenuto ad indagare oltre, se ne ricava, *a contrario* e per estensione, che: se le parti, con riferimento al processo, possono assumere liberamente e parallelamente obblighi, la situazione processuale strumentale, che viene in tal modo a rilevare in parallelo per il diritto sostanziale, potrebbe pure costituire un autonomo oggetto di processo (e consecutivamente, irrompono sulla scena i concetti di: *Primärprozess/Sekundärprozess* <sup>(200)</sup>).

Allorio, ad escludere che in un processo possa chiedersi, sotto pena della inammissibilità della domanda, che si accerti la legittimazione ad agire in giudizio da promuovere ma che non si promuove, oppure la competenza di un certo giudice nell'esame di una pretesa purtuttavia non dedotta in giudizio.

<sup>(198)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni*, 180-181, riprende Goldschmidt e afferma che le parti private e i loro comportamenti processuali possono integrare obblighi quando l'omissione della condotta prevista o la realizzazione della stessa secondo modalità divergenti dal tipo legale siano assunte come presupposto per l'applicazione di conseguenze sanzionatorie.

<sup>(199)</sup> *Op. cit.*, 182, sfilando la concezione di "illecito processuale in un'accezione rigorosa", in quanto, ricorda, anche la figura del litigante temerario, come la condotta processuale in frode, rilevano non perché vi sia un obbligo processuale ma perché danno luogo ad una situazione complessa, p. 182, tale per cui il compimento di un certo atto che appartiene al paradigma delle condotte processuali in senso stretto, od anche solo idoneo ad influire sull'esito del processo, è previsto al contempo come figura di illecito.

<sup>(200)</sup> Di questo, e non d'altro, si disquisisce quando si discute la possibilità di una autonoma azione di accertamento della validità della convenzione di arbitrato. Un attento svolgimento del tema è in S. IZZO, *La convenzione arbitrata nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, spec. 83 ss.; più di recente, v. altresì L. BIANCHI, *La controversia sulla convenzione di arbitrato*, Napoli, 2023, 29 ss. e *passim*. All'opposto, come noto, per Cass., 14 gennaio 2009, n. 603, "La revoca della confessione, prevista dall'art. 2732 c.c., non può ammissibilmente costituire l'oggetto di un'azione autonoma e separata dalla deduzione in giudizio del diritto sostanziale cui si riferisce il fatto oggetto della stessa dichiarazione confessoria", e ciò perché, "Il con-

Sempre sul confine tra diritto e processo, rilevante è infine l'indagine svolta da Cordero sulla distinzione tra poteri sostanziali e poteri processuali rispetto alla quale, sempre riportando per sintesi, si adotta una visione centrata sugli "effetti di cui il comportamento integra la fattispecie" e, si è già visto, Cordero non esclude certo gli effetti poter essere molteplici, da ricondurre a sistema non di necessità dotato di un unico arnese valutativo (201). È così che l'eccezione sostanziale si biforca nell'effetto sostanziale prodotto e nell'atto di esercizio del potere nel processo, l'uno e l'altro dovendo dialogare, proprio perché gli ordinamenti di quell'atto sono due, e la fattispecie a qualificazione multipla (202): pur non potendolo qui dimostrare in via applicativa, ci pare chiaro quanto questo, anche, possa aver rilievo per ricostruire il paradigma dell'accordo. Lo stesso dicasi, viepiù, per norme che meritano una doppia qualificazione, di norma strumentale e di norma statica. Questo non tramuta il potere in altro, rileva Cordero, come dimostrato da Goldschmidt trattando, una volta in più ripresi, degli esempi del litigante temerario o della esecuzione forzata ingiusta, non dovendosi cadere nell'equivoco di assumere come metro delle due valutazioni una medesima dimensione di conformità al diritto.

Finito di esaminare Cordero, le elaborazioni da lui fatte, as-

fitente deve far valere la revoca o come fatto costitutivo del diritto riguardo al quale la circostanza confessata assume carattere sfavorevole nel giudizio in cui, nella qualità d'attore, fa valere il diritto stesso oppure come una circostanza che integra un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto che, in giudizio, sia fatto valere nei suoi confronti come convenuto" (in *Corr. Giur.*, 2009, 1673 ss., con nota di M. MARINELLI, *In tema di revoca della confessione ai sensi dell'art. 2732 c.c.*).

(201) F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 226 e spec. nota 54, dove menziona il giuramento e la confessione, precisando doversi guardare al momento effettuale per stabilirne la natura.

(202) F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 227 ss.: cfr. ove deduce ad es. che la dichiarazione con cui è fatta valere una eccezione di compensazione o di prescrizione si "atteggia come la fattispecie di due effetti, che si riassumono nella costituzione di un dovere decisorio ... e nella vicenda estintiva del diritto sostanziale fatto valere dall'attore". Si ricordano in tal senso, pur meno utili nella sola nostra prospettiva odierna (ed all'un tempo più disputabili ed in effetti disputate: v. infatti A. MOTTO, *loc. cit.*, *et alibi*) le sentenze costitutive ed i rispettivi effetti sostanziali, *riff.* nota 56.

sieme a ma anche superando Goldschmidt, vi è ancora da rendere ragione, *in primis*, al pensiero di Allorio, che più tra i processual-civilisti si è visto esser ripreso, fino a coinciderne le idee, vedremo, per quel che a noi interessa, da Cordero stesso. *In secundis*, diremo in breve della (non numerosa ma importante) dottrina che dell'esempio corderiano, fino ai giorni nostri, ci pare aver tratto maggiori indicazioni.

Ebbene, su questi stessi aspetti a noi, in via di rivelazione e, cari (quelli isolati in Goldschmidt e poi in Cordero) Allorio scriveva quanto adesso va riepilogato, tra l'altro, nel noto lavoro *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale* (203): dove prontamente chiarisce come (204), per comprendere come gli atti di produzione giuridica dispieghino la loro efficacia, “la definizione della norma giuridica come giudizio-regola, che crea un dovere per chi ne è destinatario, non appa(ia), di primo acchito almeno, sufficiente”, essendo invece necessaria — lo abbiamo visto con Cordero — anche la categoria concettuale del potere, all'uopo definita come “intersoggettiva”, molte volte, e spec. per ciò che concerne il processo (205). Dalle due, quindi, Allorio ricava la distinzione, testualmente, prima, pure carneluttiana (206), tra norme statiche o sostanziali e norme dinamiche o strumentali (207), e ad esse affianca il concetto di “atto non normativo”

(203) Abbiamo in nostre mani la versione pubblicata in E. ALLORIO, *Problemi di diritto*, cit. cui dunque faremo principalmente riferimento; i richiami di Cordero sono in larga parte ripresi invece, come visto, da E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit.

(204) E. ALLORIO, *Problemi di diritto*, cit., 26 ss.

(205) Per E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 29, il potere può definirsi come “la condizione, nella quale qualcuno è in grado, con un proprio atto normativo, di dar vita a una norma, di carattere “statico-sostanziale”, oppure a una norma “dinamico-strumentale”; in altri termini, “è in grado di creare, oppure modifiche o estinguere, doveri o poteri”. Se nei confronti di altri, come nel processo, si parla di “intersoggettività del potere”.

(206) F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1920, 122, citato da E. ALLORIO, *Problemi*, cit., nota 26.

(207) Alle quali ultime si accosta la categoria concettuale del potere: E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 27 ss. il quale continua riferendosi alle “norme sulla produzione giuridica, insomma norme dinamiche, qualificate anche strumentali, che manifestano la loro proprietà caratteristica nel conferire (o far cessare o modificare) poteri”.

(208). In esatta sintonia, salve diversità nello stile espositivo, con Goldschmidt e Cordero, Allorio svolge il tema dell'atto con pluralità di effetti, muovendo dalla esecuzione forzata ingiusta (209), e così pure vari altri, che i tre giuristi accomunano (210).

Se con riguardo alle norme strumentali (o di produzione giuridica) Allorio precisa come esse operino attraverso atti c.d. normativi (211), ossia: attività negoziali nel diritto privato, manifestazioni rilevanti per la p.a., attività con carattere normativo nel diritto processuale (212); circa l'altra faccia della medaglia, il dovere, illustra che una norma, là dove stabilisse un dovere del privato senza alcun dovere degli organi statali, sarebbe assolutamente "ripugnante alla natura del diritto statale"; perciò: "ogni fenomeno del diritto privato si spiega compiutamente, senza residui di oscurità, col dovere del giudice" (213).

Se a sviscerare i temi di teoria generale sopra riepilogati, certo magari per segmenti nel tempo condivisi anche da altri (214), sono stati i tre Maestri posti sotto scrutinio, qui e lì, fino all'attualità, se ne rinvergono diversi richiami: è questo il caso dei riferimenti rinvenuti negli studi di Oriani, e prima di Andrioli e Verde. È questo l'esempio, centralmente sulla riduzione del novero delle

(208) E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 29.

(209) Non ponendo criticità che l'atto esecutivo, capace di essere tale ai fini del processo, può al contempo obbligare al risarcimento del danno: E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 34-35, richiamando Goldschmidt.

(210) E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 36-37: "il potere spetta tanto al giudice competente, quanto al giudice incompetente"; la incompetenza incide sul dovere di decidere, dovendo il giudice incompetente astenersi dal farlo ed essendo questo, dunque, a risultare violato.

(211) Cfr. anche E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 43: vi sono "due forme della produzione giuridica", la norma dinamica-strumentale che opera attraverso un atto c.d. normativo, attribuendo il relativo potere, che identifica una norma "legittimamente", o norma "organica"; al contrario, per le altre che non si avvalgano del congegno descritto, risultando quindi norme "non legittimanti", o "non organiche", o ancora "impersonali". Solo per le prime è esatto affermare che ne scaturisca il potere.

(212) E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 58-59: il privato insomma, nel diritto processuale, è considerato "dalle norme sulla produzione giuridica".

(213) E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 48-50.

(214) V. di nuovo G. CONSO, *I fatti giuridici*, cit., *passim*, nonché E. FAZZALARI, *Note in tema*, cit., 55 ss.

situazioni processuali, di Auletta (l'elevato rigore e, d'altro canto, la chiarezza delle idee indifferibile in questa ricerca si ricavano perlopiù, lo si è detto, tra gli studiosi degli atti del processo), il quale, dapprima costruita la teoria delle nullità nel processo partendo dall'inquadramento come sanzione <sup>(215)</sup>, riprende ampiamente Cordero su vari punti, quale quello degli atti a duplice o plurimo effetto <sup>(216)</sup>, e di qui scompone i pezzi del *puzzle* come devesi alle teorie generali di sopra in rassegna <sup>(217)</sup>, che difatti — con riguardo alla situazione processuale — egli riprende <sup>(218)</sup>, e poi pure applica. Rileva ad es. il punto in cui, al cospetto delle nullità extraformali, si ricorda come esse consentano la “*emersione in ambiente processuale di vizi che possono non derivare dalla violazione della legge processuale, finiscono per obbedire anche a criteri peculiari di altri rami dell'ordinamento*” <sup>(219)</sup>. In più recente sede <sup>(220)</sup>, diversamente ma equivalentemente funzionale a

<sup>(215)</sup> F. AULETTA, *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 77 ss. ove esprime la aspirazione del lavoro di “rivelare come dall'originario abbinamento concettuale tra nullità e sanzione sia precipitato un sistema di previsione dell'atto processuale nullo tecnicamente distinto da caratteri di legalità, tipicità, tassatività e determinatezza che ben si adattano — sarà la mia conclusione — al diritto processuale e al suo attuale inquadramento scientifico, positivo e costituzionale”.

<sup>(216)</sup> F. AULETTA, *Nullità*, cit., 45, citando vari esempi, gli atti terminativi della serie, tra questi, e precisando che non smette di essere processuale l'atto che prende rilevanza anche nel diritto sostanziale.

<sup>(217)</sup> *Loc. cit.*, ove tiene distinta la prescrizione dall'atto-eccezione con cui viene opposta, citando E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., ed. 1957, 136.

<sup>(218)</sup> F. AULETTA, *Nullità*, cit., 56-57, con richiamo di Kohler, “pur sempre all'interno dell'orizzonte antico del rapporto giuridico” e Goldschmidt, con cui la situazione si affranca dalla matrice privatistica.

<sup>(219)</sup> F. AULETTA, *Nullità*, cit., 163: “mentre le nullità formali dipendono solo dalla legge processuale, la cui riserva assoluta esclude il ricorso a strumenti d'integrazione della disciplina incompatibili con la indefettibile completezza della legge quale unica fonte di produzione della normativa processuale, le nullità extraformali, consentendo l'emersione in ambiente processuale di vizi che possono non derivare dalla violazione della legge processuale, finiscono per obbedire anche a criteri peculiari di altri rami dell'ordinamento, ferma la serie di norme, già ricordate, volta a coerenziare e omologare le invalidità di origine spuria (e di consistenza diversa: nullità, annullabilità ...)”.

<sup>(220)</sup> F. AULETTA, *Diritto giudiziario*, cit., § 2, ove descrive la “situazione soggettiva di parti e giudice nel processo: potere-onere e potere-dovere” esponendo come: “da un canto, si osserva come del potere, all'interno del processo, occorre sempre separare il profilo oneroso o funzionale, che ne rappresenta l'altra faccia”, ciò che distingue — sin

comprovare la nostra desunzione, chiari appaiono, pur fatti propri e diversamente elaborati, i riflessi corderiani (a partire dalla coppia dovere-potere, quest'ultimo con coloritura "onerosa"). Ci è parso, più sopra, non discostarsi di molto da tale insegnamento neppure il Menchini <sup>(221)</sup> ed ancora, per concludere senza pretese di completezza, l'impiego del concetto di situazione processuale si riscontra presente, financo costante, in Poli, che ne dà per scontata la adozione <sup>(222)</sup>.

Tirando le somme di questa nostra teorica e oltremodo astratta ricerca:

- a) Goldschmidt ha insegnato la essenzialità, da molti ma non tutti ripresa, della nozione di situazione processuale, entro una serie di situazioni se si ha riferimento ad una serie di atti, come è il procedimento: la nozione, distinta da quella di situazione sostanziale, di certo deve porsi ad ineludibile assunto iniziale della ricerca sull'accordo;
- b) Cordero (beneficiandosi di Allorio) ci ha mostrato come tendenzialmente ogni situazione processuale che veda al centro la parte sia una situazione di potere e quindi oggetto di norme c.d. strumentali; mentre al giudice si riferisce la situazione del dovere e la norma c.d. statica, eccettuati solo i casi di norme che contemplano atti "non normativi", od analoghe dizioni;
- c) Cordero, assieme a Goldschmidt, ci hanno mostrato come un atto del processo ben può produrre effetti a fini terzi <sup>(223)</sup>

dal principio della domanda — gli atti di parte da quelli del giudice. Il mancato compimento dell'atto che si ha il potere di compiere, e che si è onerati di compiere, determina non una reazione affittiva (come nel caso di obblighi o doveri) ma la conservazione dello *status quo*. "Il giudice, invece, si trova in una posizione completamente diversa: dove c'è manifestazione di potere giudiziario, lì è imposto al giudice un vero e proprio dovere ... e sono probabilmente inesistenti, o forse rarissime, le occasioni nelle quali il giudice autenticamente manifesti un potere in senso stretto".

<sup>(221)</sup> Cfr. nuovamente, S. MENCHINI, *Diritto*, cit., rife. nota 87, ove pur distinguendo onere, dovere, potere, e diritto, come già osservato, sostanzialmente, nel descriverli, non si discosta dalla concezione corderiana.

<sup>(222)</sup> R. POLI, *Invalidità*, cit., v. ad es. 116, 125, 127, 130, 241, 387, 433, 467, 532, 639, 641, 643, 675.

<sup>(223)</sup> G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., rife. nota 184.

e quindi, per quanto qui interessa, sostanziali; di qui — è specialmente il processualista tedesco —, su questo duplice rilievo <sup>(224)</sup> a non lasciar più indistinti gli atti del processo <sup>(225)</sup> da quelli che dir si voglia “in senso lato” <sup>(226)</sup> e qui di seguito, nella nostra visione, ai concetti c.d. di processo primario (quello dove ha effetto l'accordo) e secondario (in breve: quello, eventuale, di cui sono oggetto le conseguenze terze e civilistiche <sup>(227)</sup>, rimaste prive di modi di *enforcement* nel primo, ovvero, sempre che ammesso, agitate lì ed, additivamente, ad esso <sup>(228)</sup>); *a fortiori*, per ciò che concerne l'Italia, ciò apre lo spazio per una buona fede civilistica talvolta estensibile al processo (ove sì e ove no <sup>(229)</sup>) in una maniera che, essenzialmente, non si è data per vera sino ad oggi <sup>(230)</sup>;

<sup>(224)</sup> *Amplius* G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 43 ss.

<sup>(225)</sup> G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 289, definisce “fatto giuridico processuale (penale)” “qualunque fatto giuridico rilevante ai fini di un processo penale”, mentre fatto giuridico processuale penale in senso stretto ... “è un fatto giuridico che non solo è rilevante ai fini suddetti ma che si realizza, per giunta, in sede processuale penale”.

<sup>(226)</sup> Ancora G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 322 nota 175, denomina atti processuali in senso lato quelli che non si inseriscono nella serie ma vi producano effetti, citando ad es. il compromesso. Secondo l'a., in questi casi non basta ricorrere al criterio della natura né a quello del solo effetto, di talché se ne devono assumere degli altri, essendo per Conso decisiva, p. 289, la sede o ambito in cui il fatto storico relativo viene posto in essere.

<sup>(227)</sup> Non intaccando ciò che, “il processo non può scaricare su strumenti esterni il controllo del rispetto delle proprie regole”, con conseguente “duplicità di contenuto della normativa processuale, la quale fornisce le regole di comportamento, ma anche gli strumenti di controllo idonei a verificare che queste regole siano rispettate”: F.P. LUISO, *Diritto*, cit., 58.

<sup>(228)</sup> Aspetto esigente e non riducibile a poche battute: si richiamano ancora le discussioni sulla autonoma azione di accertamento, in via principale ed unica, della valida esistenza e/o dell'ambito della convenzione arbitrale, e quindi per tutti, qui, gli studi di S. IZZO e L. BIANCHI (*supra* nota 193).

<sup>(229)</sup> Come rammenta anche G. SCHUMANN, *Verso una teoria*, loc. cit., a maggior ragione quando l'ordinamento non preveda rimedi o meccanismi tipici per far valere l'accordo nel processo.

<sup>(230)</sup> Cfr. A. COSTA, *Contributo*, cit., 168, quando tratta dell'illecito processuale, predicandone un limitato rilievo, come da opinione corrente, atteso che l'atto processuale resta sempre formalmente valido e come tale opera indipendente dall'eventuale volontà colposa. Prosegue Costa richiamando il pensiero di Chiovenda (v. più avanti, in nota) a comprova che siffatta tutela della buona fede processuale (“e la difesa contro le cavillosità della discussione”: questa non proprio di nostro interesse) “sono protette con norme

- d) Goldschmidt, ripreso da Cordero, sul punto non inesistenti insegnamenti bettiani, ci hanno mostrato come gli atti del processo, in dipendenza di poteri delle parti o doveri del giudice, di più o meno presenti elementi volontaristici, ma anche quando se ne ammettano ora di “neutri” ora “meri” atti, non siano tutti uguali, ciò di cui — ovviamente mirando ad altri risultati — parte della successiva processualistica italiana si è già per tempo suo avveduta.

I possibili snodi, non ancora approdi, che abbiamo riepilogato ci consentono allora, in ordine logico, il sillogismo frazionato, espresso in programma, che è di seguito:

*Primo.* Quanto a quello *sub a)*: la ricerca può compiersi liberi e scevri dall’idea, che talvolta affiora, che renderemmo con l’equazione “diritto disponibile = processo disponibile”: non annullando i possibili legami tra l’uno e l’altro ma, semplicemente, osservandoli e semmai criticandoli *a posteriori*, volta note le fattispecie; e così pure lambendo, viceversa, situazioni che dal diritto sostanziale pacificamente originano — per queste sì che vale il limite che un sistema dato voglia porre alla *freedom of contract* esercitata ovunque e pure nel processo — ma che, dato l’insegnamento *sub a)*, e ben rinvigoriti da quello *sub c)*, non smettono di produrre effetto sulla situazione processuale singolarmente considerata <sup>(231)</sup>;

saltuarie e isolate”, fermo rimanendo, per questo a., che “la sostanza dell’atto, la volontà preesistente e determinante all’atto sono assorbite dalla manifestazione con la quale la volontà si è estrinsecata”.

<sup>(231)</sup> Il tema è variegato e possibilmente complesso. Del significato tratteggiato nel testo si interessa ampiamente la civilistica contemporanea, su taluni dei quali interessi si richiama qui, almeno, M. ORLANDI, *Riduzione. Diritto senza forza*, Torino, 2024, che non a caso avvia la propria indagine trattando di “rapporto processuale”, e aprendo trattando della idea di un “autonomo diritto di eccepire”, che “derivi esso da un patto o dalla legge”. E così l’a. si interroga circa il *pactum de non petendo*, ricordando come la letteratura sembri oscillare tra un effetto sostanziale e un effetto processuale (esiste il debito ma si può proporre l’eccezione che non avrebbe effetti sostanziali); l’analisi è svolta sul piano non tipologico (pratico, dei singoli patti che ben potrebbero esibire effetti sostanziali vari e diversi: § 3), ma dogmatico, indagando la “possibilità logica di concepire un vincolo integro ancorché privo di azione o dotato di eccezione” e così, “pur obbligato alla prestazione, sarebbe al debitore dato di paralizzare l’azione del creditore, sollevando l’*exceptio pacti*”.

*Secondo.* Quanto a quello *sub b*): a conferma di un punto per molti versi intuitivo, l'indagine sui limiti dell'accordo, quando è regolato e quando non lo è, atterra sullo studio delle fattispecie normative tipiche delle une (le parti) e dell'altro (il giudice): retoricamente, non è mai che, a ben vedere, di "disposizione", nell'un caso del potere nell'altro del dovere, vuol trattare, per rendersi traducibile a noi, la processualcivilistica germanica quando distingue rispettivamente *prozessuale Verpflichtungsverträge*, ritenuti più "semplici", da *prozessuale Verfügungsverträge*, ritenuti ben più "complessi" <sup>(232)</sup>, applicando all'ambito del processo la distinzione sostanziale ad essa tipica: per loro *Trennung*, tra *Verpflichtung* (obbligazione) e *Verfügung* (disposizione)?

*Terzo.* Quanto a quello *sub c*): val la pena provare a costruire il profilo "dinamico", effettuale, dell'accordo, tenendo conto dei suoi plurimi effetti talvolta su vari piani ma — è questa particolarità dell'accordo processuale — debitamente riconciliati, di qui sviscerandone i profili attuativi in sede giurisdizionale e la rispettiva estensione; il punto implica un particolare approfondimento: guardando come visto alla buona fede nel processo civile che, qualunque cosa voglia dirsene, nasce e per lungo tempo si sviluppa in quello italiano come meta principio, di risvolto e sostrato etico (non sarebbe piaciuto a Goldschmidt) e d'indirizzo, come spiegavano agli albori, tra i *patres*, volta

<sup>(232)</sup> E così, con G. SCHUMANN, che la dottrina tedesca riprende, in *Verso una teoria*, *loc. cit.*, si distingue la disposizione del potere, *Befugnisdisposition* (da verificarne l'ammissibilità, come ha insegnato G., per la "correlazione di valutazioni" tra diritto privato e diritto processuale civile) e la disposizione della norma, *Normdisposition* (G. WAGNER, *op. cit.*, 98 ss., ma prima di lui, su tale correlazione di valutazioni, spec. Baumgärtel) che è quanto richiama una previsione di legge in qualche modo autorizzativa, ma che, a noi, evoca invero il dovere, Cordero ed Allorio, con la *lectio* intorno ad esso, e al processo che vi gravita attorno.

Chiovena (233), volta Calamandrei (234). Si trattava però di figura, al confronto, con evidente moncone, *i.e.*: quale la operatività di codesta buona fede non era granché a svelarsi, di là di pochi ma non per questo meno intuitivi richiami al divieto di *venire contra factum proprium* (235): di converso, sarà nostra ipotesi

(233) G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 744 ss. si riferisce a buona fede e colpa nel processo con riferimento alla “*convinzione della parte riguardo al merito della lite*” e a “*il suo modo di comportarsi nella lite*”; ricorda che, come ogni rapporto giuridico o sociale, il rapporto processuale deve essere governato dalla buona fede, ma spiega come limitare qui nel processo costituirebbe un incappo per il litigante in buona fede e non per quello in mala fede, poiché rimettere al giudice genericamente il controllo condurrebbe rischi di arbitrio, sicché, per questo, per quello, ecc., la legge se ne occupa residualmente, solo in casi dati, che C. elenca (assimilabili agli odierni). È ancora in quel senso, espresso nei *Principii*, che deve intendersi quanto dopo leggesi, ad es. in G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 2ª ed., Napoli, 1936, 328 ss., là dove, ponendo in relazione la buona fede con l’art. 88 c.p.c., la rinviene in esso.

(234) V. infatti P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, (parere reso nel 1937), in *Opere giuridiche*, cit., 295 ss., 350 ss., 351, quando ricorda che la violazione del dovere di buona fede processuale comunque non dovrebbe avere altra sanzione giuridica all’infuori di quella responsabilità aggravata, con il che l’art. 88 si riduce a portata “morale” e “pedagogica”, “norma di comune rettitudine”. V. inoltre, dello stesso P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., ove, 543-544, ove collega l’art. 88 c.p.c. alla circostanza che nel processo, essendo stabilita solo una cornice di norme e direttive (assai elastiche dice C.) si lascia ampio margine alle parti, richiamando gli atti giuridicamente neutri/facoltativi/puramente leciti, ecc., della teorica carneluttiana: così si riferisce alla lealtà del gioco e poi afferma che, al cospetto del principio dispositivo, per la dottrina diviene arduo trasferire nel campo del processo le nozioni concernenti gli effetti e le figure della malafade. Latamente (anche) in arg. si rinvia ovviamente, per tutti, a M. GRADI, *L’obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, *passim* e spec., sul pensiero di Calamandrei, 524 ss. Il sostrato etico della buona fede cui si è fatto cenno è confermato dalla lettura, altresì, di A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 47 ss. (I) e 491 ss. (II), nonché di A. D. DE SANTIS, *Buona fede processuale nel diritto italiano*, in *Civil Procedure Review*, 2021, 133 ss.

(235) Come ricordato nel testo, non si è mai negato che, nell’ambito della disciplina delle nullità, varie norme predichino il principio *venire contra factum proprium* nel processo, ma ciò, nel senso che si voleva trasmettere, è ancora riduttivo: v. ad es. l’art. 157 comma 3 che delegittima all’eccezione la parte che abbia causato la nullità o abbia concorso a darvi causa (a titolo d’esempio, in giurisprudenza, Cass., 2 novembre 2020, n. 24185); più in generale, sulla condotta delle parti in relazione al principio di preclusione, v. F. AULETTA, *Il principio generale di coerenza nella difesa della parte: nuovi approdi dell’analisi economica del diritto processuale civile*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2015, 959 ss.; ancora, si ritiene espressione del medesimo principio, anche la nozione di soccombenza (v. G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare, soccombenza ed acquiescenza*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 799 ss.); più ampiamente, sappiamo che il moto giurisprudenziale sull’abuso del

che sia questo il punto, più dell'applicazione del principio di autonomia al processo *ex art.* 1322 c.c. (da negarsi con ovvietà se intesa genericamente), a costituire l'anello mancante di questa ricerca, come dimostra la circostanza che, altrove, e segnatamente in Germania (si riconosce da sempre l'applicazione al processo della § 242 BGB <sup>(236)</sup>, ha rappresentato uno strumento fondante nella teoria dell'accordo, per l'innesto che vi apporta (senza una trasmigrazione completa dei costrutti civilistici ma solo) del potente strumento, antico e romanistico, della *exceptio doli* nel processo, per questo denominata *processualis* <sup>(237)</sup>, rag-

processo, che nel ricostruire le sue giustificazioni teoriche ha sfoderato tutto e il suo di più, è talvolta solito auto-giustificarsi anche col richiamo a questo generale divieto.

<sup>(236)</sup> Il punto è da lungo tempo incontroverso, in dottrina e giurisprudenza: v., anche per richiami, G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., es. 294 e nota 84, ove è citata una datata pronuncia del BGH, ivi per la discussione, invece, confermata nel senso voluto da W. in quella pronuncia, intorno all'atto con cui nel processo si solleva l'eccezione di contrarietà della condotta a buona fede (contro-eccezione — *Gegeneinrede* — di dolo), per violazione dell'accordo; eccezione che Wagner, diversamente da Schlosser, qualifica come rilevabile d'ufficio poiché trattasi di un abuso del diritto e poiché, e così, ricondotta ad *exceptio pacti* ("Regelmäßig werden die Umstände, die die Einrede [aus dem Rechtsmittelverzicht] als mit Treu und Glauben unvereinbar erscheinen lassen, vom Rechtsmittelkläger (als „Gegeneinrede“) vorgebracht werden; erforderlich ist dies nicht, da einem Rechtsmißbrauch, der anderweitig zur Kenntnis des Gerichts kommt, auch von Amts wegen keine Folge gegeben werden darf"). "Di norma, le circostanze che rendono l'eccezione [derivante dalla rinuncia al ricorso] incompatibile con il principio di buona fede vengono sollevate dal ricorrente (come 'controeccezione')".

<sup>(237)</sup> Può essere a cagione del caso, di singoli, sta di fatto che: nella Germania che prende molto presto seriamente in esame gli accordi (sin da Schiedermair, Baumgärtel giungendo a Schlosser), compaiono paralleli studi dedicati al tema di cui al testo, che si avvantaggiava degli studi dei civilisti, es. Siebert, ripresi dai romani (ché di questo, come sappiamo, si tratta), tra cui lo stesso G. BAUMGÄRTEL, *Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1956, 89 ss. e Id., *Treu und Glauben im Zivilprozeß*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1973, 353 ss. ma specialmente, nel mezzo, il non meno importante studio di W. ZEISS, *Die arglistige Prozeßpartei*, Berlin, 1967, che è uno studio sull'abuso del processo e che pure con quella dottrina già esistente dell'accordo compiutamente dialoga, sin da principio (v. *Vorwort*), dichiara di voler far ordine nella giurisprudenza, così declamando gli scopi: "Es gilt, unter Heranziehung des Materials aus der Judikatur eine Dogmatik für eine Erscheinung zu geben, die unter den Schlagworten Treu und Glauben und gute Sitten im Prozeß, *exceptio doli processualis*, *Verwirkung und Mißbrauch prozessualer Befugnisse* und hinter der *Generalklausel des Rechtsschutzbedürfnisses* auftritt". L'indagine, tradotto in italiano l'obiettivo, mira(va) esattamente a fornire una dogmatica, basata sulla giurisprudenza, per un fenomeno che si manifesta sotto i concetti di buona fede e buona condotta processuale,

giungendo in tal guisa risultati ben prima che altrove <sup>(238)</sup>. Da noi, invece, il suo ingresso nel processo — con condotte proces-suali (solo in apparenza) per la prima volta valutate coi crismi civilistici addivenendo a qualche obiettivo eccesso <sup>(239)</sup> — non ha meritato inquadramento generale e si data all'avvento della criticata costruzione dell'abuso, ma — iterato richiamo alla necessità di sintesi, anche se su questo con trasporto vorremmo andar oltre — non si è visto finora se non ad isolati ed attentissimi occhi <sup>(240)</sup>, che, da un canto, la *exceptio doli processualis* è probabilmente lo strumento che si sarebbe dovuto scegliere per (de)codificare l'abuso, almeno in molti casi, stanti semplicità e centralità all'un tempo <sup>(241)</sup>; dall'altro canto, che essa avreb-

*exceptio doli processualis*, decadenza e abuso delle facoltà processuali. È rilevante notare che Zeiss fu recensito proprio da Gottfried Baumgärtel, massimo studioso dell'accordo (*Archiv für die civilistische Praxis*, 1969, 181 ss.), su alcuni punti critico ma, tutto sommato positivamente. Sull'abuso del processo nel diritto processuale tedesco di oggi, v. T. LEIDNER, *Rechtsmissbrauch im Zivilprozess*, Berlin, 2019, *passim* e spec. 29 ss., dove l'a. ripercorre, partendo subito dall'attualità e poi volgendo a ritroso, lo stato della questione in Germania, spec. 39 per la presentazione della buona fede nel processo.

<sup>(238)</sup> È così che nello studio di Wagner il concetto è richiamato ripetutamente, in termini anticipatori di una visione del processo fondata sul divieto di abuso, cui da noi avremmo sofferatamente assistito decenni dopo: v. ad es. G. WAGNER, *op. cit.*, 342, ove l'a. ha gioco facile nell'affermare che “*Schließlich gilt auch im Zivilprozeß das Prinzip von Treu und Glauben, das der Wirksamkeit von Prozeßhandlungen äußerste Grenzen setzt und dadurch einen gewissen Schutz vor Übervorteilung durch den Gegner verbürgt*” e di qui che “*Die Ausübung einer prozessualen Befugnis ist deshalb unbeachtlich, wenn sie sich als Rechtsmißbrauch darstellt, wobei “die Arglist im Einzelfall auch darin begründet sein kann, daß eine Partei die andere durch unlautere Mittel, wie etwa Täuschung, Drohung, oder Ausnutzung einer Zwangslage zu prozessualen Dispositionen veranlaßt hat*”.

<sup>(239)</sup> Per tutti si richiamano gli studi di M.F. GHIRGA, spec. *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004. Da ultimo, della stessa a., v. M.F. GHIRGA, *Nuove riflessioni sull'abusivo frazionamento della pretesa azionata con la domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 798 ss.

<sup>(240)</sup> Unicamente C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 644-646, critico rispetto all'abuso, dà conto come, *de minimis* rispetto ad esso, si faccia largo la applicazione della *exceptio doli* nel processo.

<sup>(241)</sup> L'intera costruzione dell'accordo (*convenio* ossia contratto, per lui) è fatta da G. SCHUMANN avvalendosi di codesto strumento: vedi una sintesi del suo pensiero nell'articolo, *Verso una teoria*, cit., § 5.3, pensiero sviluppato nella già citata monografia; stando a quanto leggesi nell'articolo, “Tradizionalmente ci si è chiesti se l'obbligo di buona fede processuale — e in concreto l'*exceptio doli processualis* — possa costituire un meccani-

be dovuto tradursi in esiti non meritali, ma solo in formule di inammissibilità<sup>(242)</sup>, come è infatti in Germania limitandosi agli accordi, complice anche la teorica, di cui immediatamente sotto, e per l'ennesima volta, goldschmiditiana sugli atti<sup>(243)</sup>;

*Quarto.* Quanto a quello *sub d)*: per riduzione e a completamento di quello *sub c)*, ma anche di quello *sub b)* (l'indagine sulle norme), quando i “conti tornino”, vanno posti in dubbio o confermati, ancora calandosi nello studio della fattispecie e vedendo, in concreto, per quali atti ed accordi debba valere un regime oppure un altro<sup>(244)</sup>.

smo utile a conseguire l'efficacia processuale delle obbligazioni di non fare che nascono da accordi processuali a carattere obbligatorio. Ci si domanda, cioè, se una volta posto in essere l'atto contrario all'accordo processuale, la parte pregiudicata dall'inadempimento possa opporsi all'atto processuale compiuto in spregio dell'accordo attraverso l'*exceptio doli processualis*. Nell'ordinamento spagnolo deve ritenersi possibile il ricorso a detta eccezione per conseguire l'efficacia di obbligazioni di non fare nascenti da accordi processuali (art. 247 LEC) – ad esempio, diretti a non produrre un documento come mezzo di prova o a non proporre appello contro una sentenza di primo grado”. Anche A. CABRAL, *op. cit.*, 64, ne fa menzione, quando (non nega che anche questi accordi portino obbligazioni che possono essere indirettamente eseguite) aggiunge che la violazione dell'accordo fa pure insorgere il diritto al risarcimento del danno.

<sup>(242)</sup> In T. DALLA MASSARA, *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali*, in *Riv. trim. dir. proc. div.*, 2016, 1169 ss., si cita in nota 37 e si analizza nel testo, una “delle prime decisioni nelle quali fu riconosciuta la reviviscenza dell'eccezione di dolo generale”, nel vigore del codice del 1943, ossia Pret. Parma, 20 marzo 1950, ove — fa al caso nostro — era data tutela al conduttore il quale, dopo essersi accordato con il locatore per ottenere una sentenza di sfratto soltanto per dare al primo la condizione formale di sfrattato, tale per cui fosse consentito allo stesso di ottenere un alloggio in assegnazione (processo simulato), aveva visto in realtà attivare contro di sé (e l'accordo) l'esecuzione di quella sentenza: di qui l'opponibilità dell'eccezione di dolo (*Foro civ.*, 1950, 337, con nota dal titolo *Esecuzione di sentenza emessa in lite simulata ed «exceptio doli»*). Peraltro, il punto niente affatto irrilevante della formula della inammissibilità, o della improponibilità, nell'epoca contemporanea par disperdersi: v. M.F. GHIRGA, *Nuove riflessioni*, cit., 818 ss.

<sup>(243)</sup> Rammentiamo qui, rinviando a miglior sviluppo, che la imperfezione formale dell'atto causativo ne provoca in sostanza l'irrelevanza, se in rapporto con altro atto d'impulso nella serie o se logicamente ante-ordinato al provvedimento del giudice; la conseguenza è, per Goldschmidt, in breve, la sua inammissibilità (*Der Prozess*, cit., 369).

<sup>(244)</sup> La fattispecie processuale — norma strumentale — quando avente le sembianze di atto causativo o diretto, implica una (parzialmente ripensata al lume delle tendenze) indagine sulla volontà. Può ciononostante restar ferma la legalità delle regole del giuoco (alla Calamandrei) e di qui la preminenza della forma degli atti processuali con rilevante ruolo assegnato all'effetto preterdeterminato, per base tipica, dalla legge, a spiegare perché

Una piccola aggiunta di metodo, che fuoriesce dalla ricostruzione teorica, e in via di tentativo applicativa, finora proposta, ma che si rende necessaria, per la dovuta chiarezza, all'attuale tempo e stato del diritto processuale civile, e non solo nostro.

Infatti, la indagine sulle norme (altro rispetto alla loro struttura), fuori da questo campo le norme discrezionali, che contemplano più scelte, alla Cordero, e non vanno invece incasellate tra quelle ambigue o lacunose <sup>(245)</sup>, in caso di dubbi, richiede l'uso dello strumento interpretativo, e questo ci porta ad inserire sulla scena – riferendosi ai *tasks Primo e Secondo*, ma anche *Quarto*, almeno:

*i-ii. A nel metodo: il carattere possibilmente cedevole (nachbiegib) della norma processuale (che mira e colpisce la riserva di legge in materia o meglio l'estensione dei suoi confini). Non proprio di cedevolezza si tratta, a tutto voler dire, ma anzitutto di maggior uso, nel nostro sistema come in altri, di principi processuali in luogo di o a completamento di regole, talvolta anche se chiare nel senso opposto a quello predicato dal principio. Ancora, è d'uopo segnalare come tale ipotetica cedevolezza alluda a constatare l'allentamento, cui tutti assistiamo, ma non la sparizione, di taluni dei normali ammenicoli della legalità: si pensi su tutti alla tassatività, in evidente declino — in particolare laddove la si spiegava ora a limite, ora a tutela, della autonomia privata —,*

non si tratti qui di volontà dell'effetto “voluto e dichiarato” (G. RUFFINI, *Diritto*, cit., 156-157), ma va solo esteso l'angolo visuale su quegli atti per cui, non solo principiando da un elemento o mostrando contenuto negoziale, la volontà prende rilievo, ponendo problemi di interpretazione, richiedendo strumenti di invalidazione *ex post*, e via discorrendo. Basti qui per convincersene l'esempio fatto da Oriani, riportato in nota 152; diversi altri, a tutto tondo e sino alla sentenza, possono farsene.

<sup>(245)</sup> Ciò per ridimensionare l'attenzione, altrimenti, istintivamente posta sulla norma e sulla sua derogabilità: v. es. G. DE STEFANO, *Studi*, cit., 75 ss.: “se una norma del diritto processuale sia, o meno, di ordine privatistico, e quindi sia o meno derogabile è questione che deve risolversi caso per caso, facendo capo, attraverso una interpretazione storica e dogmatica, allo scopo è al significato reale del precetto”; e poi p. 78, ove l'a. confutava la comune convinzione della chiusura e completezza dell'ordinamento processuale, spiegando che la natura, derogabile o no, di una certa norma “cada determinata con l'interpretazione”.

con i suoi naturali portati <sup>(246)</sup> o ad altri presidi, del pari divenuti sfumati <sup>(247)</sup>;

*i-ii. B nel merito*: la consistenza di principi nuovi, utilitaristici, del moderno processo civile, che incide sui contenuti dell'opera interpretatrice e che potrebbe ampliare o limitare (magari anche *ex abrupto* la armonia de) i risultati raggiunti (accordo ammesso o non ammesso/ruolo del giudice): mi riferisco a titolo d'es. alla concezione per cui (non nuovissima) il regime di preclusioni va inteso non solo nell'interesse di parte, ma anche nell'interesse pubblico all'ordinato e celere andamento del processo; alla ragionevole durata del processo, risorsa lo si sa scarsa; alla "nuova" ed anglosassone proporzionalità; alla effettività europeistica (sebbene l'anelito di giustizia che la caratterizza sia il contrario di utilitaristico).

<sup>(246)</sup> La (tendenziale) impercorribilità del metodo analogico F. AULETTA, *Nullità*, cit., 119, argomenta ampiamente, non escludendo invece — come nel diritto penale — l'uso della interpretazione estensiva. V. pure S. LA CHINA, voce *Norma giuridica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXVIII, 1978, 411 ss. che pure ammette l'estensione ma ricordando l'aspetto che si tratta sempre di operazione ermeneutica che, per lo specifico caso della norma processuale, deve abbracciare il "combinato disposto".

<sup>(247)</sup> La deriva della norma processuale e della sua tassatività/natura di stretta interpretazione (in molti casi in deflessione, come nel testo, anche e soprattutto nel suo rapporto con l'autonomia privata) è nota e agevolmente constatabile: si richiamano, in ordine sparso: la vicenda dell'art. 81, *in brief* da Garbagnati sulla sostituzione volontaria alla *class action*; la ricasazione in arbitrato e l'art. 51 comma 2 c.p.c.; il novero, tassativo come barriere all'autonomia privata, dei titoli esecutivi, al confronto con l'epoca della de-giurisdizionalizzazione; la estinzione del processo esecutivo ed invece l'art. 164-*bis* disp. att. c.p.c., ecc. Del resto, diverse le ragioni della "chiusura" che tale stretto presidio di legalità voleva (od era invocato per) assicurare, ora, per quanto a noi più interessa, l'autonomia privata (presidio a riguardo più di altri svaporante), ora la tutela dei terzi, ora limite all'arbitrio/discrezionalità del giudice, ecc. (e quindi ancora, sovente, tutela della autonomia privata); è questo però, al fondo, un discorso che merita più generosi svolgimenti. Aggiungiamo solo che la evoluzione sperimentata ha già messo alla prova, e non da ora, persino la tendenziale tassatività e, di riflesso, indisponibilità dei c.d. presupposti processuali, sul che abbiám citato la tradizionale posizione, espressa dall'autorità del Liso, citata in nota 86, *retro*. Sui principi nel processo e le recenti trasformazioni della nostra giustizia civile, leggi per tutti A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, *passim*. L'aspetto di cui alla presente nota, infine, è giustamente richiamato, nel contesto del dialogo menzionato alla nota 10, sulle categorie e nozioni di procedimento, processo, ecc., da R. TISCINI, *Ulteriori brevi riflessioni*, cit., 495-498.

## 5. Un esercizio pratico conclusivo, su di un problema solo all'apparenza ozioso.

Una applicazione concreta di quanto si è venuto dicendo può tentarsi in relazione al caso deciso da Cass. civ., 30 luglio 2024, n. 21300, in materia di opposizione a decreto ingiuntivo, rimesso a pubblica udienza perché su punto sinora non univocamente risolto dalla giurisprudenza di legittimità: che pone al centro la situazione processuale propriamente detta, e, vedremo, pure qualcos'altro.

Il caso è semplicemente riassumibile: Tizio agisce in sede monitoria nei confronti di Caio, il quale propone opposizione *ex* artt. 645 ss. c.p.c., anzitutto eccependo la incompetenza territoriale del giudice adito, e così dell'ufficio che emise il decreto ingiuntivo. Tizio (opposto), costituendosi nella opposizione, aderisce alla eccezione di incompetenza territoriale così sollevata da Caio (opponente). Il giudice, facendo applicazione dell'art. 38 c.p.c. comma 2 <sup>(248)</sup>, di quanto accaduto prende atto e, perciò: annulla il d.i. opposto; pronuncia sulle spese, compensandole, e attiva la specifica trasmigrazione che dalla tecnica dell'art. 38 deriva.

La S.C. è investita del ricorso con cui, in sintesi, si voleva cassata la statuizione di compensazione delle spese, considerato, secondo l'unico motivo svolto da Caio, che l'opponente era risultato totalmente vittorioso, “*attesa la disposta revoca del decreto ingiuntivo*”.

La Corte d'appello aveva ritenuto inapplicabile le comuni regole sulla soccombenza richiamando il costante orientamento sull'art. 38 comma 2 c.p.c., per il quale, dato che qui il giudi-

<sup>(248)</sup> Constatando la formazione per comportamenti concludenti di quello che si suole etichettare come accordo endo-processuale, *as a matter of fact* tacito, sulla competenza, che il combinato degli art. 28-29 c.p.c., assieme al 38 in questa direzione, consente alle parti di concludere (quale caso in cui lo si ammette alla prova dell'attempato art. 6 c.p.c.). Recita l'art. 38 comma 2 c.p.c. che “Fuori dei casi previsti dall'articolo 28, quando le parti costituite aderiscono all'indicazione del giudice competente per territorio, la competenza del giudice indicato rimane ferma se la causa è riassunta entro tre mesi dalla cancellazione della stessa dal ruolo”.

ce —dopo l’adesione, integrante un accordo “endoprocessuale” — non decide sulla eccezione, allora non dovrebbe o potrebbe neppure identificare soccombenza alcuna, restando inibita la pronuncia sulla sua allocazione <sup>(249)</sup>. La causa, del resto, trasmigra dinanzi al giudice al quale è rimessa, cui competerà la decisione nel merito e sulle spese. La S.C., nel caso in esame, si dice d’accordo con tale orientamento, e — chiamata a pronunciarsi sul se tale soluzione si acconci anche al giudizio di opposizione a d.i. — richiama risposte non univoche tra i propri precedenti, favorevoli <sup>(250)</sup> ma anche contrarie <sup>(251)</sup> e rapidamente opta per ritenere (col

<sup>(249)</sup> Si citano, in sentenza: Cass., 11 maggio 2022, n. 15017; Cass., 8 novembre 2013, n. 25180. La S.C., nella pronuncia in questione, aderisce motivando che “Decisiva in tal senso è la considerazione che l’adesione del convenuto pone fine alla questione di competenza e rende superflua o meglio impedisce ogni decisione al riguardo. ... Da tale disposizione emerge che l’adesione del convenuto all’eccezione della controparte integra un accordo la cui efficacia è limitata al processo in corso. Discende altresì che l’accordo delle parti sulla designazione del giudice e l’adempimento dell’onere di riassunzione della causa dinanzi a quest’ultimo provocano una *translatio iudicii*, dal giudice adito a quello indicato come competente. Il processo in questo caso rimane identico e ciò, per quanto qui interessa, conforta la soluzione che a provvedere sulle spese debba essere il giudice della causa riassunta, quale giudice del merito della controversia”.

<sup>(250)</sup> In Cass. n. 25180/2013, cit. (caso in cui l’opposto aveva inizialmente resistito all’eccezione di incompetenza con la comparsa di risposta e nel corso della prima udienza, prestandovi adesione solo nel prosieguo del giudizio) la Corte ritenne allora fondata sull’accordo la decisione di incompetenza di cui all’art. 38 comma 2, aggiungendo che codesto accordo non avrebbe dovuto emergere se non che prima della decisione affinché ne venisse preso a fondamento. La Corte cassò la sentenza ritenendo che, posto che “le ragioni per emettere condanna al pagamento delle spese processuali consistono infatti nel carattere definitivo della decisione giudiziale e nella soccombenza di una delle parti sulla questione decisa”, tali presupposti a suo avviso non ricorrendo. Invece, in Cass., 20 marzo 2006, n. 6106, in un caso in cui il giudice della opposizione, preso atto della adesione dell’opposto, aveva soltanto disposto la cancellazione della causa dal ruolo senza revocare il d.i. e quindi provvedere sulle spese, si è confermato che, “nel rimettere la causa cancellata dal ruolo al giudice competente, non (si) possa pronunciare sulle spese processuali relative alla fase svoltasi ... dovendo provvedervi il giudice al quale è rimessa la causa”, ma si è accolto il ricorso in punto di necessaria, mancata, revoca del d.i. opposto (che, ripetesi, non può “traslare”).

<sup>(251)</sup> Per Cass., 16 febbraio 2021, n. 4028, “Tale principio non può però valere allorché si tratti non di ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo *ex art.* 38 c.p.c., comma 2, ma, come nel caso in esame specie, di sentenza con cui il giudice, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, dichiara la propria incompetenza e l’invalidità del decreto stesso, giacché essa non comporta alcuna declinatoria della competenza a conoscere dell’opposizione al decreto stesso, e l’eventuale riassunzione del giudizio dinanzi

dissenso del p.m.) che “la soluzione più convincente sia quella secondo cui anche nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, in presenza della fattispecie descritta dall’art. 38, comma 2, c.p.c., la pronuncia sulle spese del giudizio compete non al giudice dell’opposizione ma al giudice davanti a cui la causa è riassunta”. In motivazione, la S.C., da un canto ritiene che “Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non presenta peculiarità tali da suggerire una conclusione che si discosti dal principio generale sopra enunciato”, in quanto “non assume valore di connotato distintivo la declaratoria di nullità del decreto ingiuntivo” giacché “la relativa pronuncia non ha alcuna valenza decisoria, dal momento che la invalidità del decreto ingiuntivo è una mera conseguenza del fatto che, alla luce dell’accordo delle parti, il decreto è stato emesso da un giudice incompetente”, da qui derivandone che la decisione possa pure darsi per implicito dalla ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo; d’altro canto, corrobora la sua scelta perché “trattandosi di effetto processuale direttamente collegato alla declaratoria di incompetenza, la dichiarazione di invalidità del decreto ingiuntivo opposto, anche se espressamente dichiarata, non si configura pertanto come decisione di merito, tale da legittimare la pronuncia sulle spese”.

Il “piccolo” problema all’attenzione della Corte non riteniamo affatto svolto in maniera adeguata, avendo potuto giovare alla sua risoluzione una maggior scomposizione dei problemi (delle situazioni processuali) che esso mette in campo.

Vediamo analiticamente perché, provando ad applicare alcune delle osservazioni fatte teoreticamente di sopra.

Il caso mette al confronto la struttura del giudizio di opposizione a d.i., con la fattispecie processuale dell’art. 38 comma 2.

Partendo da quest’ultima: le parti si “accordano” sulla eccezione di nullità, a ben vedere, se è vero, come è vero, che la eccezione assentita pone il giudice non più nella situazione (di

al giudice competente non concerne la causa di opposizione, ormai definita, ma soltanto l’accertamento del credito dedotto nel ricorso monitorio”; richiamate a conforto Cass. 17 ottobre 2016, n. 20935 e Cass. 26 gennaio 2016, n. 1372.

dovere) di dichiararsi incompetente volta appurata la fondatezza della eccezione, ma — per via del solo assenso — nella diversa situazione, doverosa, di (disporre la cancellazione della causa dal ruolo e) attivare la serie della possibile trasmigrazione della causa. Qui, però, venendo alla prima, la causa di tutta evidenza (lo riconosce la giurisprudenza tutta, v. in nota, sia di un avviso sia dell'altro) non trasmigra nella sua interezza: poiché da tutti si ritiene, non certo a torto, che il d.i. vada annullato (implicitamente od espressamente non importa), e che a trasmigrare dinanzi al secondo giudice, già assentito come (per la tecnica della norma qui in rilievo una volta per tutte) competente, è “soltanto l'accertamento del credito dedotto nel ricorso monitorio”.

Se la giurisprudenza ritiene necessaria, comunque, pur dando applicazione al *tool* di economia dell'art. 38 comma 2 (preso isolatamente, fuori dalla opposizione al d.i., conforme allo schema degli artt. 28 e 29 c.p.c.), la revoca del d.i. in consimile caso, è perché assume valido il principio per cui la competenza a decidere della opposizione sarebbe “funzionalmente e inderogabilmente” assegnata allo stesso ufficio che lo ha emesso.

Trattasi di principio a tutt'oggi pacifico ma che, come noto, di per sé valorizza la struttura impugnatoria della opposizione a d.i. <sup>(252)</sup>; in apparente contrasto con l'altro orientamento professato dalla Corte, secondo il quale, ai fini dell'accertamento, devesi scommettere sulla ideale unità delle due fasi <sup>(253)</sup>.

<sup>(252)</sup> *Ex multis*, E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, p. 137; ma prima anche, *inter alia*, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, Roma, 1956, 136 e P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926, 120.

<sup>(253)</sup> Dell'idea — che qui si scontra con le ineliminabili venature impugnatorie — che enfatizza l'intimo rapporto e non l'autonomia tra le due fasi ci si fa scudo per sostenere, pressoché univocamente, che il giudice della opposizione “non deve limitarsi a stabilire se l'ingiunzione fu emessa legittimamente, in relazione alle condizioni previste dalla legge per l'emanazione del provvedimento monitorio, ma deve accertare il fondamento della pretesa fatta valere col ricorso per ingiunzione, pretesa che può essere dall'attore eventualmente ridotta nel giudizio di opposizione” (tra le tante: Cass., 7 ottobre 2011, n. 20613; Cass., 19 marzo 2007, n. 6514; Cass., 21 febbraio 2007, n. 4103; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1184; Cass., 19 ottobre 2006, n. 22489; Cass., 16 marzo 2006, n. 5844; Cass.,

In punto di struttura, allo stato attuale della normativa <sup>(254)</sup>, crediamo avesse visto giusto, tra i vari, Garbagnati, per quella impugnatoria <sup>(255)</sup>, facendoci carico poi e di qui della difesa di quel diritto (ultra)vivente sulla competenza funzionale e inderogabile dell'ufficio che ha risolto la fase monitoria <sup>(256)</sup>.

Se così è, tuttavia, il problema diventa conciliare una competenza funzionale ed inderogabile con la prima parte dell'art. 38 comma 2 che qui si vorrebbe applicare (“fuori dei casi previsti dall'articolo 28 ...”). Così, la dizione d'apertura dell'art. 645 costituisce uno dei casi “*espressamente indicati dalla legge*” di cui

15 luglio 2005, n. 15037; Cass., 9 maggio 2022, n. 6663; Cass., 18 aprile 2000, n. 4974; Cass., 27 settembre 1999, n. 10704; Cass., 10 aprile 1996, n. 3319; Cass., 17 novembre 1994, n. 9708; Cass. Sez. Un., 7 luglio 1993, n. 7448; Cass., 5 settembre 1987, n. 7224). Maggior attenzione si coglie, però, in Cass., 8 marzo 2012, n. 3649, che fa infatti salvi “fini esecutivi” e “le spese della fase monitoria”.

<sup>(254)</sup> Anticipiamo ora, e ci torneremo più avanti, del differente stato della ZPO tedesca, cfr. artt. 694 e 696 comma 1. Infatti, se pare vera anche lì la necessità di rivolgere la opposizione “*bei dem Gericht, das den Mahnbescheid erlassen hat*” (694 comma 1), il successivo § 696, al comma 1, risolve il problema posto dalla sentenza in commento (idealmente *pro* unicità od unificazione in una fattispecie della iniziale doppia fase), nel punto in cui prevede che “*Wird rechtzeitig Widerspruch erhoben und beantragt eine Partei die Durchführung des streitigen Verfahrens, so gibt das Gericht, das den Mahnbescheid erlassen hat, den Rechtsstreit von Amts wegen an das Gericht ab, das in dem Mahnbescheid gemäß § 692 Abs. 1 Nr. 1 bezeichnet worden ist, wenn die Parteien übereinstimmend die Abgabe an ein anderes Gericht verlangen, an dieses*”.

<sup>(255)</sup> Ancora E. GARBAGNATI, *Il procedimento*, cit., 144; ma v. *amplius* rife. alle opinioni di codesto a. e di altri, in M. MONTANARI, cit. in nota successiva.

<sup>(256)</sup> Da ultimo, v. Cass., 12 luglio 2024, n. 19240: in motivazione “La competenza per l'opposizione a decreto ingiuntivo, attribuita dall'art. 645 c.p.c. all'ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che ha emesso il decreto, ha carattere funzionale ed inderogabile, stante l'assimilabilità del giudizio di opposizione a quello di impugnazione, sicché essa non può subire modificazioni neppure per una situazione di connessione, senza che rilevi in contrario la eliminazione della regola della rilevabilità d'ufficio delle competenze cosiddetta forti in ogni stato e grado”; in massima: “La competenza funzionale del giudice dell'opposizione prevale comunque sulle esigenze di celebrazione del *simultaneus processus* che sono sottese alle norme derogatorie degli ordinari criteri regolatori della competenza”. Il tema è più articolato di quanto solamente accennato nel testo: v. difatti, il datato ma ancora a fini odierni utile contributo di M. MONTANARI, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza inderogabile del relativo giudice: un ripensamento davvero corretto?*, in *Giur. It.*, 1993, 1150 ss., per il problema relativo alla rimessione, o meno, della opposizione a decreto ingiuntivo, innanzi ad altro organo, per ragioni di connessione o continenza di cause.

alla prima norma, talché non è per caso che, molti anni addietro, la S.C. (e non solo) escluse *tout court* l'applicazione di codesta tecnica assentiva sul presupposto della competenza in sede d'opposizione <sup>(257)</sup>.

Vogliamo però predicare il risultato opposto (applicare l'art. 38 comma 2 anche alla opposizione a d.i.), come da costante giurisprudenza, per condivisibili ragioni di economia e perché, a ben vedere, la dinamica processuale all'attenzione può comunque scomporsi e risolversi esattamente alla luce dell'"accordo".

Detto accordo è, messa per un attimo da parte la nostra sede, tecnicamente assunto dalla legge processuale a presupposto della fattispecie che interessa il giudice (con norma strumentale con cui le parti dispongono dei rispettivi poteri, al secondo rinunciando: 1. di eccezione, la prima; 2. di provocare la decisione della causa sul punto, la seconda). Ove si realizzino entrambi i comportamenti, presi insieme, essi costituiscono un atto complesso, che emerge come accordo ed è senz'altro "causativo", nella terminologia goldschmidtiana. Se si guarda al secondo della serie (adesione dell'opposto) l'atto reca con sé una rinuncia a richiedere la decisione del giudice adito. Ora, però, per l'insegnamento che fa capo a Goldschmidt, da alcuni mai disconosciuto, da altri solo trascurato ma senza cancellarlo, l'atto causativo consente di soffermarsi qualche attimo di più sulla volontà, "particolare", che vi abbia presieduto <sup>(258)</sup>.

Chiediamoci allora, legittimati nella operazione, cosa stia essenzialmente facendo l'opposto quando, con il suo contegno,

<sup>(257)</sup> Non è un caso che passata giurisprudenza sul punto (ma ancora oggi frizioni attengono al processo oggettivamente cumulato: v. il risalente commento di cui alla nota precedente ed oltre) riteneva che il meccanismo dell'art. 38 non dovesse trovare applicazione nel giudizio di opposizione: proprio perché la competenza del giudice che ha emesso il decreto ha natura funzionale ed inderogabile, talché l'adesione dell'opposto all'indicazione da parte dell'opponente del giudice competente rimane priva di effetti: così Cass., 8 febbraio 1972, n. 323. V. peraltro, per la decisione di manifesta infondatezza della q.l.c. sollevata in riferimento all'art. 38 comma 2 c.p.c. (in un caso di opposizione a d.i.), Corte cost., ord., 5 aprile 2006, n. 165.

<sup>(258)</sup> Riff. in nota 148 e tra questi specialmente, circa la interpretazione, propriamente ai sensi degli artt. 1362 ss. c.c., C. CONSOLO, *L'interpretazione della sentenza*, cit.

aderisce alla eccezione di incompetenza ed attiva la fattispecie che richiede al giudice di far, potenzialmente, trasmigrare la causa.

Egli, sul piano pratico, sta riconoscendo la nullità del d.i. (riconoscimento dell'altrui domanda, qui eccezione: non a caso *pars* delle speculazioni diffuse sull'accordo), e sa che di ciò il giudice adito dovrà prender conto, per la competenza funzionale di cui si è detto e perché non si consente che a trasmigrare siano ambedue le fasi e quindi pure la cognizione intorno al d.i. opposto <sup>(259)</sup>.

Ciò alla giurisprudenza risulta evidente, quando tratta del caso inverso (l'incompetenza per valore, per materia o territorio inderogabile non riguarda la tecnica dell'art. 38 comma 2), se mancata l'adesione all'eccezione <sup>(260)</sup>, e quindi quando conferma, sul secondo punto, che a proseguire è il (solo) "giudizio di merito relativo alla pretesa azionata dal creditore" <sup>(261)</sup>. Ci sarebbero

<sup>(259)</sup> Come chiaro, ancora e ad es., in Cass., 16 febbraio 2021, n. 4028 (o come da conclusioni del procuratore dinanzi alla S.C. nel caso *ab initio* commentato). Altra soluzione, si è visto alla precedente nota 254, che risolve *ex ante* questi problemi, è prevista nell'ordinamento tedesco.

<sup>(260)</sup> "La sentenza che, in sede di opposizione, rileva l'incompetenza del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo, espressamente (o anche solo implicitamente) revocandolo, non comporta la declinatoria della competenza funzionale a decidere della opposizione ma pone termine (con la pronuncia di incompetenza e la conseguente revoca, per motivi processuali, del decreto ingiuntivo) al giudizio di opposizione, senza che la eventuale tempestiva riassunzione della causa dinnanzi al giudice dichiarato competente possa essere riferita al giudizio di opposizione, che appartiene alla competenza funzionale del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo, al più riguardando la causa di merito per la domanda proposta dal creditore mediante il ricorso in sede monitoria, con la conseguenza che nel giudizio che segue alla riassunzione sono improponibili le questioni attinenti alla tempestività dell'opposizione, che essendo pregiudiziali alla questione di competenza, sono state sostanzialmente superate, anche solo implicitamente, con la sentenza di incompetenza" (così recentemente, e prima molte altre, Cass., 14 gennaio 2022, n. 1121).

<sup>(261)</sup> Rispettivamente: "la declaratoria di incompetenza del giudice adito in sede monitoria, caducato il decreto ingiuntivo, non fa dunque venir meno la prospettiva della prosecuzione ... del giudizio di merito relativa alla pretesa azionata dal creditore" (Cass., 22 dicembre 2021, n. 41230); la declaratoria avrà quale conseguenza la revoca del decreto opposto; in tal caso, tuttavia, "le spese di lite non andranno compensate; l'opponente avrà comunque diritto alle spese della fase monitoria" (Cass., 7 giugno 2023, n. 15988).

gli elementi sufficienti per concludere, ma qui, ci pare, a complicar le idee deve esser la scarsa dimestichezza con la situazione all'attenzione, e in fin dei conti pure con l'accordo, ch  qui a ben vedere di accordi se ne dovevano intravedere due, ed anzi, *in consecutio*, tre.

Riconoscere di aver adito il giudice senza che questi potesse deciderne il merito in sede monitoria per difetto di competenza, appare, di per s  solo, assai troppo premiante se alla trasmigrazione sul "resto", non si accompagni la revoca del d.i., come infatti vi si accompagna, e, volta revocato il provvedimento emesso in difetto di presupposto, l'allocazione delle spese (si   su questo deciso, non come quando invece, in via normale, il primo giudice, senza farlo, si limita ad aprire alla trasmigrazione verso il secondo assentito come competente), secondo le regole che qui debbono trovare applicazione.

Le regole hanno qui semplicemente da ricercarsi nell'art. 306 ult. comma c.p.c., siccome l'opposto, aderendo all'altrui eccezione, e riconoscendone la fondatezza, sta pure rinunciando al d.i., agli atti del d.i. che dir si voglia, e di questa rinuncia che si trae dal suo comportamento (atto causativo <sup>(262)</sup> che siamo autorizzati a interpretare, non solo quando chiaro nella dichiarazione, ma anche, come qui, per rinvenirla), purch  ne risultino i minimi requisiti formali che investono — non senza causa, focalizzati sul ricorso monitorio nullo — il mero e distinto piano parte/difensore tecnico <sup>(263)</sup>, si apprezza financo visivamente il connotato solamente processuale.

<sup>(262)</sup> Nel catalogo di atti che ci ha offerto J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 456 ss., la rinuncia rientra tra gli atti causativi;   dubbio a dire il vero che lo fosse anche, per es., di l  della recezione del distinguo il dissenso annidandosi nei contenuti, nel pensiero di V. ANDRIOLI (*Diritto processuale*, cit., 477, cit. gi  *supra*).

<sup>(263)</sup> In quanto, per principio pacifico, "La rinuncia all'azione non richiede formule sacramentali, pu  essere anche tacita e va riconosciuta quando vi sia incompatibilit  assoluta tra il comportamento dell'attore e la volont  di proseguire nella domanda proposta. Essa presuppone il riconoscimento dell'infondatezza dell'azione, accompagnato dalla dichiarazione di non voler insistere nella medesima" (cos , Cass., 23 luglio 2019, n. 19845).

Non può dubitarsi, con Goldschmidt ed altri, che: tale rinuncia è destinata a produrre effetti, se fatta *ante* opposizione, sulla sola “situazione processuale” che discende dalla emissione del d.i., che è il potere-onere dell’ingiunto di divenire opponente <sup>(264)</sup>; ma, quando fatta dopo l’opposizione, se la situazione del giudice parrebbe solo “neutralizzata”, *rectius* solo in parte emendata e scissa *ex art. 38 comma 2 c.p.c.*, resta da fare i conti, per l’opposto cui si ascrive il “riconoscimento dell’altrui (eccezione)” e per il giudice, con l’interesse già manifestato da quest’ultimo opponente, affinché si giunga alla decisione sollecitata, *in primis*, con l’eccezione di incompetenza. Sorprendentemente (perché prendendone atto si sarebbe potuto chiudere diversamente il cerchio), a confronto di ciò: è orientamento indiscusso tra i giudici della S.C., quello per cui, “ai fini della declaratoria di estinzione del processo monitorio per rinuncia agli atti del giudizio, ai sensi dell’articolo 306 c.p.c., l’accettazione da parte dell’ingiunto si rende necessaria solo quando questi abbia assunto la veste di parte costituita mediante opposizione, e non anche quando, pur essendo già pendente il rapporto processuale per l’intervenuta notificazione del ricorso e del decreto ingiuntivo, il contraddittorio sia soltanto eventuale, non essendo stata ancora esercitata la facoltà di proporre opposizione” <sup>(265)</sup>.

L’opponente così senza dubbio “costituito” ai sensi dell’art. 306, può pertanto dire la sua (anche prima, anticipatamente, all’atto della formulazione dell’eccezione) intorno alle spese, ma sa che, se non lo fa, il sistema lo tutela, lasciandole a carico del rinunciante, mancando un diverso accordo.

Il giudice dell’opposizione non può omettere di dar conto della così “concordata” (ai fini di quanto precipuamente ne con-

<sup>(264)</sup> Essenzialmente uno solo, ma a carico dell’altra parte, come la intersoggettività alloriana delle situazioni processuali implica: ossia il potere, a carattere oneroso, dell’opponente, di proporre opposizione (ed ove il d.i. già esecutivo ai sensi dell’art. 642 c.p.c., quello ulteriore di richiederne la sospensione); solo *postea* nascerà il potere, con connotato di diritto, dello stesso opposto di richiedere, alla prima udienza, la esecutorietà, ecc.

<sup>(265)</sup> Così, ad es., Cass., 7 gennaio 2016, n. 110.

segue, mentre della nullità di per sé avrebbe dovuto dar conto in ogni caso) nullità del d.i. (eccepita e riconosciuta dall'altra parte ... modulo eliminativo di "soluzioni" altrimenti concordate qui comodamente reso visibile dalla struttura impugnatoria? <sup>(266)</sup>) e, per ciò che concerne le spese, deve sottoporre a verifica quanto appena chiarito.

La questione, che rimane dubbia nella giurisprudenza di legittimità anche dopo questa non condivisibile decisione segnalata, abbiamo ritenuto di risolvere come sopra, mancando a nostro avviso alternative rispetto all'unica sostenuta; mancandone poi, in guisa di quella offerta, ad es., quale frutto di riforma relativamente recente, in § 696 ZPO, che intelligentemente acconsente alla trasmigrazione di questo, il d.i. e quanto ne consegue, e di quello, il giudizio di opposizione.

D'altra parte, così come la combinazione eccezione-riconoscimento ha qui dato luogo alla chiusura della sola fase monitoria, alla rinuncia al d.i., non dovrebbe negarsi il potere delle parti di raggiungere fuori dal processo un consimile accordo ad identico fine, che sarebbe a questo fine, potremmo dire con Redenti, un accordo dispositivo della sola tecnica/situazione monitoria <sup>(267)</sup>.

Non per ultimo, finendo sull'accordo endo-processuale sulla competenza, domandiamoci: è uno di quegli accordi, quello ora visto all'opera, che presenta connotati sostanziali, e, questo interessa chiedersi, pone semmai la necessità di attrezzare il sistema dei controlli e dei rimedi oltre l'assetto offerto dalle norme del

<sup>(266)</sup> Per l'art. 652 c.p.c., già richiamato, se le parti si conciliano, il giudice "dichiara o conferma l'esecutorietà del decreto, oppure riduce la somma o la quantità a quella stabilita dalle parti", con conseguente conferma o riduzione degli atti esecutivi o dell'ipoteca iscritta (l'ordinanza va annotata nei pubblici registri immobiliari). La differenza tra l'uno e l'altro caso resta però evidente: se l'art. 652 guarda al "merito della pretesa", nel nostro caso il riconoscimento a favore dell'altro si limita ad "aggiustare" la serie di situazioni processuali che conseguono a un d.i. emesso da giudice incompetente.

<sup>(267)</sup> Per riprendere, adattandola al caso di specie (che è un *minus*/una riduzione ulteriore), il concetto di "atto dispositivo dell'azione" che E. REDENTI, per cui v. *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, 74 ss., quale rinuncia all'azione senza rinuncia al diritto primario sottostante, impiegava per il *pactum de non petendo*.

processo? <sup>(268)</sup>

Senz'altro no (lo stesso dicasi per quello formatosi con il riconoscimento della nullità del solo d.i. ... ed analogamente per quello – terzo, ancor più facile, accordo, che ora evidenziamo – sull'assetto delle spese *post* rinuncia <sup>(269)</sup>), non offrendoci dunque la possibilità di applicare anche questo importante insegnamento sull'atto a plurimo effetto, ma fornendoci, invece, prova del contrario. In conclusione, limitandoci al caso dell'accordo di cui all'art. 38 comma 2, se ne inferisce che anche fattispecie che paiono avere fondamenti in comune (codesto accordo tacito e quello espresso *ex* artt. 28-29: il primo condividendo i limiti del secondo), con il cesello del diritto processuale attirano trattamenti l'una e l'altra diversi <sup>(270)</sup>.

ABSTRACT: Anni orsono, interrogandosi sull'apparente scarso seguito avuto da una concezione generale dell'accordo nel diritto processuale civile italiano, autorevole dottrina ha ipotizzato che ciò potesse dipendere dalla non compiuta adozione, presso la scienza processualistica domestica, della teoria del rapporto giuridico processuale, di matrice pandettistica. Il saggio, pertanto, si sofferma sullo studio delle più note concezioni teorico-stipulative (rapporto/situazione giuridica/procedimento) del fenomeno processuale, vagliandone eventuali utilità nella angolazione indicata (i.e. lo studio dell'accordo). Conclusivamente, si osservano i plurimi vantaggi ritraibili, in via di ipotesi, dall'adozione della teoria della situazione giuridica processuale, che si deve alle origini a James Goldschmidt, pur incastonata nella serie procedimentale.

ABSTRACT: *Years ago, questioning the apparent failure of adopting a general conception of the 'procedural agreement' in Italian civil procedure, authoritative scholarship hypothesized that this could depend on the incomplete reception, in domestic pro-*

<sup>(268)</sup> Abbiamo richiamato l'art. 652 c.p.c. e la conciliazione pendente opposizione a d.i., ove è preservata la competenza funzionale ed inderogabile, ma pure valorizzato un accordo che, ad effetti ben ulteriori da questi, meriterà regime addizionale/ulteriore.

<sup>(269)</sup> Cfr. già F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 306 sulla accettazione della rinuncia, la ricorda essere non vera accettazione nel senso contrattuale: "tant'è vero che se la dichiarazione del convenuto d'accettare il recesso dell'attore fosse fatta al giudice senza conoscenza del recesso per l'eventualità in cui si faccia e così le due dichiarazioni fossero indipendenti, l'accordo si formerebbe tuttavia".

<sup>(270)</sup> Rinviamo qui alle belle pagine del Bessone, allievo di Andrioli, pur se qui e lì istintivamente da rivedere/aggiornare (a sommessimo avviso di chi scrive), spec. e proprio in punto di argomentata incidenza dell'istituto sulle "situazioni" del processo: M. BESSONE, *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1064 ss.

*cedural science, of the theory of the procedural legal relationship, of pandectistic origin. Therefore, the essay focuses on the analysis of the most well-known theoretical-stipulatory conceptions (relationship/legal situation/procedure) of the procedural phenomenon, evaluating their possible usefulness in the indicated angle (i.e. the study of the agreement). In conclusion, the study observes the multiple advantages that can be drawn, hypothetically, from the adoption of the theory of the procedural legal situation, which is due at its origins to James Goldschmidt, though embedded in the procedural series.*



# **Digitalizzazione della Giustizia amministrativa italiana: l'impiego delle tecnologie di IA**

di BRUNELLA BRUNO - DOMENICO FRANCO SIVILLI

SOMMARIO: 1. Stato della digitalizzazione: sviluppi realizzati e progettualità in atto. — 2. L'IA nella Giustizia amministrativa italiana: strategia di impiego e ricadute applicative. — 3. Selezione e attuazione dei casi d'uso: centralità del ruolo del giudice. — 4. Implicazioni di sicurezza dell'impiego dell'IA. — 5. Rilevanza della sostenibilità ambientale.

## **1. Stato della digitalizzazione: sviluppi realizzati e progettualità in atto.**

Il ruolo strategico dell'evoluzione tecnologica, necessaria per l'efficientamento dei processi e delle attività, costituisce una consapevolezza consolidata da tempo dalla Giustizia amministrativa italiana, agevolata anche dalla particolare visione che deriva dall'espletamento delle proprie funzioni. Il giudice amministrativo, infatti, è una sentinella sensibilissima della modernità dovendo fornire, in un contesto connotato da un progresso tecnologico talmente veloce da non consentire spesso un intervento *ex ante* del legislatore, risposte immediate alle esigenze di tutela connesse all'impiego delle nuove tecnologie (1).

Con tale consapevolezza, la Giustizia amministrativa è stata la prima in Italia tra tutte le giurisdizioni ad aver avviato, dal 1° gennaio 2017, il processo telematico, digitalizzato nella sua inte-

(1) L. CARBONE, *L'algoritmo e il suo giudice*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Milano, 2023, 114 ss.

gralità e non in singole parti. Il deposito degli atti e dei documenti relativi ai ricorsi avviene in forma digitale, secondo le regole del processo amministrativo telematico (PAT) e si è proceduto anche alla digitalizzazione del pregresso.

Si è trattato di una tappa epocale ma non certo di un punto di arrivo, per gli incessanti sviluppi di adeguamento e perfezionamento che si rendono necessari. Tale tappa ha però segnato una netta linea di demarcazione tra una “prima”, fatto di carte e persone, e un “dopo”, contrassegnato dall’intermediazione di sistemi tecnologici sempre più raffinati, in grado di fornire una copertura completa delle attività. Non può essere revocato in discussione che la disponibilità di atti tutti digitali costituisce una delle precondizioni senza le quali non è possibile pensare di introdurre strumenti che si avvalgono dell’intelligenza artificiale (IA).

Il Sistema informativo della Giustizia amministrativa (SIGA) costituisce il cuore delle attività e si caratterizza per essere non un contenitore di informazioni scollegate tra loro ma una piattaforma integrata che consente l’operatività di tutte le categorie di utenti (giudici, segreterie, parti, difensori) e di disporre di un *database* digitale che costituisce la risorsa preziosa e sicura utilizzata anche per addestrare i modelli di intelligenza artificiale.

Le evoluzioni alle quali si è dato corso hanno reso necessaria una riconsiderazione delle scelte infrastrutturali adottate, determinate anche da altri fattori, essenzialmente individuabili in esigenze di sicurezza e di garantire la conformità alla normativa sopravvenuta.

Nel novembre 2020, in ottemperanza alle previsioni del Piano triennale per l’informatica nella pubblica amministrazione, è stato previsto il processo di migrazione verso il *cloud* del sistema SIGA (2). L’AgID ha stabilito, infatti, che i *data center* (quali

(2) Il Piano triennale per l’informatica nella pubblica amministrazione costituisce il documento di riferimento per le singole PA, secondo quanto previsto dall’art. 14-*bis* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 che attribuisce all’Agenzia per l’Italia Digitale (AgID) il compito di provvedere alla sua redazione e alla verifica della relativa attuazione.

quello della Giustizia amministrativa) classificati di “tipo B” in base al censimento condotto nel 2019, non potessero essere ulteriormente ingranditi, con conseguente necessità di migrazione verso *cloud service provider* qualificati e rispondenti a determinati requisiti, stante anche l’esigua “capienza” residua dei *data center* interni.

La migrazione su *cloud* di SIGA è avvenuta lo scorso anno, a seguito dell’accelerazione impressa a questo delicato e complesso processo, e costituisce fondamentale presupposto per il raggiungimento di ulteriori obiettivi, inclusa la gestione dei progetti di IA e delle loro successive evoluzioni con adeguate risorse computazionali.

I *cloud* utilizzati, gli stessi ai quali fanno ricorso anche importanti istituzioni europee, hanno una qualifica adeguata alla tipologia dei dati della Giustizia amministrativa e rilasciata dall’Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale <sup>(3)</sup>.

Uno dei pilastri della strategia nazionale di trasformazione digitale è costituito, infatti, dall’approccio *cloud first*, nel quale si inserisce la creazione del *National Strategic Hub* (PSI), un’infrastruttura *cloud* con *data center* collocati in due regioni italiane, con l’obiettivo di fornire al settore pubblico un *cloud* efficiente, sicuro e affidabile.

Al riguardo, deve evidenziarsi che non è sfuggito agli operatori attenti che la Corte di Giustizia dell’Unione europea nel documento relativo alla propria strategia per l’uso dell’IA, pubblicato all’inizio di quest’anno, individua una *best practice* nelle soluzioni IA che devono essere installate e utilizzate *on-premise*, con una valutazione non positiva delle tecnologie *cloud* in ambito giudiziario <sup>(4)</sup>. Evidentemente tale posizione riflette la considera-

<sup>(3)</sup> Per una illustrazione dei profili riferiti alla definizione del perimetro della sicurezza nazionale cibernetica e al sistema delle certificazioni, cfr. B. BRUNO, *Cybersecurity tra legislazioni, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14, 2020.

<sup>(4)</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-11/cjeu\\_ai\\_strategy.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-11/cjeu_ai_strategy.pdf).

zione di possibili utilizzi maggiormente rischiosi delle tecnologie di IA nel settore giudiziario, attualmente esclusi nella Giustizia amministrativa italiana, con conseguente assenza di fattori che spingano in una direzione diversa, non supportata dalla strategia seguita a livello nazionale.

Lungo la direttrice evolutiva tracciata, si inseriscono una serie di iniziative, tra loro fortemente connesse.

Per un verso, infatti, gli ambiti già oggetto di digitalizzazione sono interessati da interventi complessi, tra i quali una consistente attività di reingegnerizzazione dei portali interni (del magistrato, del presidente, delle segreterie) ed esterni (del cittadino, dell'avvocato, dell'ausiliario del giudice), che vanno oltre il mero *restyling* grafico, introducendo logiche in parte nuove e tecnologie allo stato dell'arte, con lo scopo di una maggiore efficienza e del raggiungimento di *standard* qualitativi e quantitativi sempre più elevati.

Sotto altro profilo, il perimetro della digitalizzazione sta aumentando progressivamente e sensibilmente la propria estensione, sia per quanto strettamente attiene alle funzioni espletate dalla Giustizia amministrativa italiana (il riferimento è, in specie, alla digitalizzazione del ciclo degli affari di afferenza delle Sezioni Consultive del Consiglio di Stato, che includono il parere reso nell'ambito del rimedio giustiziale del ricorso straordinario al Capo dello Stato) sia in relazione ad attività amministrative (si segnala, oltre alla realizzazione del fascicolo virtuale del magistrato, la progettualità, che attualmente versa in stato avanzato di realizzazione, concernente la digitalizzazione del bilancio).

È in tale contesto che si inserisce un nucleo di progetti innovativi che sono stati resi possibili dalle opportunità offerte dal Piano nazionale di ripresa e resilienza per l'Italia (PNRR), presentato alla Commissione europea in data 30 aprile 2021, ai sensi dell'art. 18 del Regolamento (UE) n. 2021/241, la cui approvazione è stata notificata dal Segretariato generale del Consiglio con nota del 14 luglio 2021. Questi progetti, ai fini che in questa sede rilevano, includono la realizzazione di una piattaforma di *busi-*

*ness intelligence* e intelligenza artificiale. Il nucleo essenziale di tali progettualità è costituito dalla centralità dei dati, sicuri e di qualità, in una prospettiva attenta alla gestione e valorizzazione del patrimonio informativo.

In anticipo rispetto ai tempi stabiliti, è stato realizzato il *Data Warehouse* (DWH) della Giustizia amministrativa, progetto destinato a cambiare radicalmente le capacità di analisi statistica della GA. Il DWH è in grado di storicizzare i dati presenti nel sistema informativo (SIGA) e di mettere a disposizione degli *stakeholder* (magistrati, segreterie, funzionari IT, ecc.) aree tematiche di analisi (*data marts*) che consentono di rappresentare i dati in informazioni fruibili per i processi di *decision making*. Il sistema consentirà, ad esempio, di conoscere in tempo reale il numero delle pendenze nel complesso e in ogni singola sede giudiziaria, i tempi di definizione delle controversie, la dimensione non solo quantitativa ma anche qualitativa del contenzioso.

Tale sviluppo è alla base della progettualità per la realizzazione della piattaforma di *business intelligence*, con adozione di *software* che abilitano l'accesso a interfacce grafiche personalizzabili per gli utenti. All'interno di tale progettualità che si colloca anche il portale degli *Open Data* della Giustizia amministrativa, attraverso il quale saranno garantiti il pieno adempimento degli obblighi in materia derivanti dalla disciplina unionale e nazionale, la promozione della trasparenza attraverso la pubblicazione di *dataset* liberamente accessibili dal sito *web* istituzionale, la facilitazione della partecipazione consapevole dei cittadini, la promozione di innovazione e ricerca, l'implementazione dell'efficienza, potendo tali dati essere utilizzati per ottimizzare i processi interni, migliorare la pianificazione e adottare decisioni ponderate basate su dati concreti.

Non va trascurata la forte correlazione tra *Open Data* e impegno della IA. Alla base di entrambi vi sono dati che devono avere determinate caratteristiche e che devono essere di qualità. I dati aperti possono essere un bacino cui attingere per utilizzare strumenti di IA. Sotto altro profilo, determinati impieghi dell'IA

possono essere di aiuto per rispettare specifici vincoli (si pensi alla disciplina in materia di *privacy*) nella direzione anche di preservare una qualità irrinunciabile che è quella della comprensibilità del dato.

A venire in rilievo, quindi, sono tasselli importanti di un quadro molto più complesso degli sviluppi in atto, rispetto al quale assume un peso decisivo l'assetto organizzativo e gestionale. Una forte integrazione delle competenze risulta, infatti, indispensabile ed è assicurata dalla presenza all'interno del Servizio competente di magistrati che lavorano in stretta sinergia con la componente ingegneristico-informatica impegnandosi dell'attuazione, il più possibile accurata e calibrata sulle specifiche esigenze concrete, di tutte le progettualità. Spesso, infatti, specie in relazione alle attività più complesse e innovative, non viene in rilievo solo una esigenza di customizzazione di prodotti reperibili sul mercato ma, come di seguito sarà evidenziato con riguardo proprio alle progettualità relative all'IA, un'attività molto più impegnativa che include la stessa definizione dell'architettura dei prodotti, oltre alla istruzione degli strumenti di IA, al loro addestramento e alla supervisione e controllo.

## **2. L'IA nella Giustizia amministrativa italiana: strategia di impiego e ricadute applicative.**

La linea direttrice seguita nell'avvio dei progetti di IA è stata quella di porre basi di partenza, solide, sicure e affidabili, che, senza vincolare scelte riferite a sviluppi successivi, già in larga parte preconizzabili, consentisse di cogliere le opportunità offerte dalle nuove tecnologie, con attribuzione però all'IA di un chiaro ruolo strumentale, di supporto al giudice nell'attività di ricerca, analisi e aggiornamento, senza alcuna interferenza con l'attività di elaborazione della decisione, affidata esclusivamente al giudice.

Questo approccio rende più pertinente parlare, in relazione all'impiego di queste tecnologie nella Giustizia amministrativa italiana, di "intelligenza accelerata" più che di "intelligenza artificiale", sottolineando il ruolo ausiliario ad essa affidato.

I modelli di *machine learning*, in particolare quelli di *deep learning*, sono complessi da gestire e possono presentare problematiche come fenomeni di allucinazione o adattamenti eccessivi ai dati (*overfitting* e *overgeneralization*). Si tratta di rischi particolarmente insidiosi in un contesto delicato quale è quello giudiziario.

Sono ampiamente note agli operatori del settore le difficoltà dell'IA nel compiere ragionamenti giuridici complessi, rendendosi necessario un approccio prudente e ben supervisionato.

Al centro restano, quindi, le persone, essendo la funzione giurisdizionale affidata, per Costituzione, al giudice, precostituito, terzo, imparziale e vincolato solo alla legge e non potendo la tutela dei diritti e i valori etici essere delegati alla tecnologia. Le soluzioni tecniche hanno seguito questa esigenza, mantenendo saldo il controllo pieno del processo decisionale da parte del giudice.

In linea con l'approccio adottato, sono state assunte decisioni mirate sul piano attuativo e concreto.

È stato, in primo luogo, escluso l'uso dell'IA per la generazione di testi, di qualsiasi tipo in quanto non ritenuto una solida di partenza su di un piano finalistico per assicurare la migliore qualità, trasparenza e spiegabilità dei sistemi di IA.

Nessuno dei casi d'uso sviluppati dalla Giustizia amministrativa italiana, inoltre, rientra tra quelli definiti ad alto rischio in base all'IA Act (regolamento UE 2024/1689 del 13 luglio 2024), non riguardando l'attività decisionale del caso concreto. La scelta operata dalla Giustizia amministrativa ha anticipato quelle avviate a livello nazionale; il riferimento è al disegno di legge, n. 1146AS, avente ad oggetto "Norme per lo sviluppo e l'adozione di tecnologie di intelligenza artificiale", approvato dal Consiglio dei Ministri il 23 aprile 2024, che consente l'impiego di queste tecnologie nel settore giudiziario solo per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro e per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale <sup>(5)</sup>.

<sup>(5)</sup> <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01418921.pdf>.

Al fine di assicurare più solide garanzie di sicurezza, i dati di addestramento dei modelli adottati sono costituiti da quelli presenti nel *database* interno, senza contaminazioni con fonti esterne e soprattutto senza dati sintetici generati da altri sistemi di IA.

L'aspetto più innovativo nell'attuazione di queste progettualità deve essere individuato nella ideazione di una architettura esclusiva, attraverso l'elaborazione di *pipeline* specifiche per ogni caso d'uso, che è stata disegnata congiuntamente dai giudici e dal team ingegneristico-informatico dell'amministrazione, con il coinvolgimento di *partner* esterni di rilievo, selezionati con procedura pubblica. Questa modalità ha consentito di calibrare con accuratezza le tecnologie utilizzate in relazione alle finalità perseguite, con lo scopo di garantire una elevata affidabilità e sicurezza, anche attraverso il ricorso ad un approccio supervisionato, prezioso per evitare il fenomeno della c.d. *black box*. A venire in rilievo sono, quindi, strumenti esclusivi, in quanto ideati e realizzati dalla Giustizia amministrativa italiana.

Le soluzioni adottate, inoltre, non sono mai incentrate su una sola tecnologia, facendosi, invece, ricorso, alla combinazione di una pluralità di metodi e modelli, in combinazione tra loro. Questa impostazione scaturisce sia da esigenze di sicurezza, in quanto l'impiego di più tecnologie riduce il rischio di attacchi, quanto meno di quelli suscettibili di determinare un maggiore impatto, sia dalla finalità di conseguire migliori *performance*.

Non meno rilevante è la soluzione adottata per l'addestramento, in quanto ad essere supervisionato non è solo quello iniziale ma anche quello successivo. Questo significa che il feedback fornito dagli utenti in fase di utilizzo dei prodotti non verrà recepito automaticamente dai modelli ma previamente vagliato da una unità composta dai giudici e dagli informatici che hanno realizzato la progettualità e che ne stanno proseguendo lo sviluppo.

Particolare considerazione è stata riservata anche ai profili correlati all'impatto ambientale, che devono costituire un fattore orientante delle scelte di una Giustizia amministrativa moderna, attenta a tutte le implicazioni e capace di bilanciare i diversi va-

lori coinvolti. A tal fine, si è fatto ricorso ad algoritmi di quantizzazione che consentono di trasformare dati ad alta dimensionalità in uno spazio più compresso, senza significativa alterazione delle prestazioni; in tal modo —come sarà meglio specificato sul piano tecnico nel paragrafo 5—, si ottiene: un minor consumo di energia; una minore latenza, con maggiore velocità; l'occupazione di minori risorse, con conseguente impatto positivo anche sul piano dei costi.

### **3. Selezione e attuazione dei casi d'uso: centralità del ruolo del giudice.**

L'individuazione dei casi d'uso delle tecnologie di IA ha costituito oggetto di un'attenta analisi, risalente alla fase iniziale, di presentazione, nel 2020, del progetto di finanziamento nell'ambito del PNRR che è stata mantenuta ferma, pur con l'integrazione costituita da una più dettagliata illustrazione delle finalità nel quadro della strategia seguita.

I casi d'uso sviluppati, infatti, sono stati selezionati in base all'utilità concreta da essi ritraibile e ai benefici attesi in relazione esclusivamente ad attività di supporto nelle attività di gestione e organizzazione, in quelle di ricerca e di studio, nonché con riferimento a compiti demandati alle segreterie. A venire in rilievo, infatti, non sono sperimentazioni con scopi di conoscenza speculativa e teorica ma progettualità orientate a benefici concretamente misurabili in funzione dei quali sono stati finanziati, con grande impegno da parte dell'amministrazione che vi ha destinato anche risorse, umane ed economiche, proprie.

Si tratta di cinque casi d'uso, aventi i seguenti contenuti e finalità.

Una esigenza da tempo fortemente sentita è costituita dalla capacità di individuare i ricorsi pendenti nelle singole sezioni degli Uffici giudiziari e che devono essere fissati per la decisione. Riuscire a intercettare i ricorsi simili su cui decidere consente di raggiungere diversi obiettivi: 1) ottimizzazione dello studio e dell'analisi; 2) valutazione ai fini della discussione nella stessa

udienza o in udienze “tematiche”; 3) evitare decisioni contrastanti nelle singole sezioni; 4) ottenere una migliore distribuzione dei carichi di lavoro; 5) garantire decisioni più rapide. In tale direzione, sono stati attuati vari interventi basati su sistemi informatici più “tradizionali”, utili per tracciare le connessioni facendo leva su criteri di classificazione ma non per rilevare similitudini attraverso metodi di analisi semantica. L’impiego delle tecnologie di IA in relazione a questa casistica applicativa permetterà una mappatura più completa, superando i limiti attuali e fornendo strumenti più efficienti sul piano gestionale. Si tratta, quindi, di un caso d’uso utile per il personale dell’Ufficio del processo, delle Segreterie e per i Presidenti, al fine di migliorare il processo di individuazione delle cause da fissare per la trattazione in udienza.

Un altro caso d’uso riguarda la ricerca di precedenti giurisprudenziali ed è funzionale a velocizzare lo studio dei fascicoli da parte dei giudici. Attualmente il motore di ricerca che utilizziamo è focalizzato sui connettori logici e non considera le connessioni semantiche. Non sempre il risultato di una ricerca riflette un adeguato livello di pertinenza rispetto al caso in studio. L’obiettivo perseguito attraverso l’impiego dell’IA è di consentire lo svolgimento ricerche dei precedenti della giurisprudenza, utilizzando il linguaggio naturale; il sistema elabora semanticamente l’*input* e il vettore di *input* viene confrontato con quello degli altri elementi presenti sul database, con successiva visualizzazione di un elenco di decisioni, in base al livello di pertinenza, sul quale l’utente potrà fornire il proprio *feedback*.

Altri due casi d’uso possono essere esaminati congiuntamente, essendo assimilabili sia per le finalità perseguite sia per le tecnologie utilizzate. La fase interessata è quella nella quale il giudice sta procedendo all’esame di un atto difensivo che contiene riferimenti a norme e a pronunce della giurisprudenza. Lo stato attuale degli strumenti disponibili implica la necessità per il giudice di interrompere l’analisi per procedere alla ricerca, su una banca dati esterna della norma o del precedente. Con il *tool* di IA realizzato sarà possibile superare questo passaggio, rendo il

lavoro più fluido e veloce. La *pipeline* in questo caso è composta da due principali segmenti: un segmento di estrazione per l'identificazione dei riferimenti su un database sterno e un segmento di verifica e arricchimento perché una volta individuato il riferimento è necessario creare un link di collegamento per ogni elemento. In questo modo, ogni referenza potrà essere visionata dal giudice con immediatezza. Anche per questo caso d'uso, come per tutti gli altri, è prevista la raccolta di *feedback* per rilevare errori o incompletezze. Da non sottovalutare, anche in relazione a questo caso d'uso, sono fattori di complessità che possono emergere in concreto: i riferimenti contenuti negli atti, infatti, non sono sempre espliciti ma spesso sono impliciti, rendendosi necessaria un'analisi semantica; inoltre, per indicare un riferimento normativo gli avvocati possono utilizzare diverse forme di scrittura (abbreviazioni, acronimi, ecc.), emergendo, quindi, anche in relazione a casistiche applicative che potrebbero ritenersi di più agevole realizzazione, l'importanza dell'uniformità che, invero, sarebbe utile considerare non solo con riguardo alle citazioni di norme e precedenti ma, più in generale, per i *format* utilizzati nella predisposizione degli atti.

Un altro caso d'uso, infine, è relativo ad un'attività particolarmente delicata e rilevante: l'anonimizzazione dei provvedimenti. L'obiettivo, in questo caso, è quello della disponibilità di uno strumento che, ferma restando l'attività di verifica, modifica e validazione del personale delle segreterie, fornisca una proposta di anonimizzazione che sia il più possibile conforme alla normativa di riferimento e al tempo stesso eviti gli eccessi, di sovente registrati nello svolgimento di questa attività da parte delle Segreterie, che compromettono la stessa intellegibilità dei provvedimenti e ne rendono poi difficile se non impossibile la ricerca.

Una sintetica descrizione del processo seguito rende particolarmente evidente l'essenzialità del ruolo del giudice. Occorre, infatti, distinguere il processo decisionale e la redazione del testo scritto che consente di veicolare le informazioni finalizzate a comunicare e spiegare la decisione. Il processo di anonimizzazione

deve mirare ad una rimozione selettiva delle informazioni, con necessità di identificare e rimuovere solo le informazioni effettivamente sensibili, in quanto comportano rischi per la *privacy* e non anche dati che non rivestono tale connotazione e sono essenziali per comprendere il contenuto del testo. Questo implica un bilanciamento che sia il migliore possibile tra la necessità di garantire la chiarezza espositiva del testo e quella di tutelare i dati personali; tale bilanciamento richiede una accurata selezione delle informazioni sensibili e una considerazione anche del contesto nel quale, all'interno dell'atto, queste informazioni si inseriscono. Affinché l'IA possa eseguire un'anonimizzazione equilibrata e conforme alla normativa in materia, è necessaria la predisposizione di istruzioni operative precise da parte dei giudici che guidano l'algoritmo nella selezione e nel trattamento delle informazioni sensibili, adattandosi ai contesti specifici. È, inoltre, fondamentale un'attenta analisi dei *feedback* per evitare distorsioni indotte da erroneità degli utenti e permettere all'IA di evolvere in modo coerente con le esigenze sopra indicate.

I casi d'uso realizzati sono pienamente coerenti con i criteri sopra indicati e la correttezza della scelta selettiva effettuata è risultata confermata nella fase di attuazione pratica, nella quale è emersa, anche in relazione ad applicazioni che mirano a efficientare e velocizzare specifiche attività di supporto e ausiliarie, tutta la complessità di una messa a terra che interessa molteplici profili, a partire dall'istruzione dei modelli e all'individuazione di misure correttive e di perfezionamento per affinare gli *output* attesi.

Le difficoltà legate allo sviluppo dell'analisi semantica, fondamentale per garantire un'identificazione efficace delle afferenze tramite i processi specifici, hanno evidenziato la necessità di cambiare l'approccio alle modalità di interrogazione dei sistemi. Questi processi, infatti, si basano su logiche diverse da quelle utilizzate finora, richiedendo pertanto una formazione specifica degli utenti nella formulazione degli *input* e nella comprensione dei limiti di funzionamento di questi sistemi.

La scelta, inoltre, di escludere, in questa prima fase, solu-

zioni mirare alla sintesi di testi e *chatbot* è risultata rafforzata, nella considerazione che il lavoro del giudice non può e non deve fermarsi in superficie, dovendo ogni elemento essere considerato andando in profondità nella formazione di un convincimento del quale deve essere preservata la completezza e l'integrità. Tali applicazioni, certamente possibili, potranno essere più efficacemente introdotte in una fase successiva e con minori rischi, quando le progettualità sinora realizzate saranno integrate con il SIGA, in tal modo rendendole fruibili a tutti gli utenti, e quando si provvederà alla loro ulteriormente implementate con gli sviluppi già individuati.

Cruciale, sia nella fase ideativa che in quella attuativa, risulta, come già evidenziato, il laborioso lavoro di integrazione delle competenze, con un ruolo essenziale del giudice nell'individuare le implicazioni operative derivanti dall'applicazione delle norme giuridiche, a cui tutti i sistemi e strumenti informativi devono conformarsi.

Si tratta di una attività incessante che richiede continui affinamenti, dovendo il giudice proporre ma anche semplificare concetti giuridici, non sempre nettamente definiti, per permettere una loro traduzione in regole informatiche.

Con lungimiranza la Giustizia amministrativa ha strutturato l'organizzazione dell'articolazione interna competente per la digitalizzazione prevedendo la presenza al suo interno di giudici in grado non solo di veicolare più direttamente le esigenze legate alla digitalizzazione ma di seguirne gli sviluppi, analizzandone le implicazioni e supervisionando i risultati. Tale scelta risulta ancora più necessaria nell'attuale fase di accelerazione dello sviluppo tecnologico.

L'attuazione delle progettualità di IA, allo stato a livello prototipale e che sarà oggetto della successiva integrazione con il SIGA, ha dimostrato che l'intervento del giudice nell'attuazione di questi progetti non costituisce una opzione ma è indefettibile, intervenendo il giudice: nella definizione delle regole di base iniziali e cioè nel processo tecnicamente definito di *prompt en-*

*gineering*, di istruzione dell'IA; nel *design* per ogni caso d'uso di un'architettura degli strumenti da impiegare in modo tale da rendere il processo completo, coerente ed "*explainable*" in ogni sua fase; nella verifica dei risultati, che vengono analizzati anche al fine del perfezionamento delle regole, richiedendo in molti casi la risoluzione di conflitti tra esigenze contrapposte, non potendosi fare affidamento su sistemi di IA genericamente addestrati che presentano limiti e rischi; nella supervisione e nel *fine tuning* successivo; nella mappatura e raccolta delle regole che si vanno a definire, al fine di formare gli utenti che dovranno utilizzare questi strumenti.

#### **4. Implicazioni di sicurezza dell'impiego dell'IA.**

Dal 2020 la Giustizia Amministrativa italiana ha implementato sistemi avanzati di *cybersecurity* basati sull'intelligenza artificiale. Questi sistemi, insieme ai tradizionali strumenti di difesa informatica, si sono rivelati efficaci nel proteggere il patrimonio informativo giudiziario dagli attacchi informatici, che si sono verificati ma che sono stati adeguatamente gestiti da questo ecosistema di sicurezza ibrido.

L'applicazione dell'AI è stata, sul piano tecnico, una progressione naturale a seguito delle conoscenze acquisite e dei risultati raggiunti nel settore della *cybersecurity*. In tale settore, l'IA permette di analizzare rapidamente grandi volumi di dati, identificare attività anomale con precisione e presentarle in modo chiaro per l'utente finale. Questo aumenta la reattività agli incidenti informatici e riduce i tempi di risposta alle intrusioni.

In particolare, la capacità di analizzare grandi quantità di dati consente, tramite strumenti di monitoraggio in tempo reale, di ottenere informazioni sui principali *malware*. L'IA può fornire un aiuto significativo suggerendo le azioni da intraprendere per: a) per prevenire un attacco da uno specifico *malware*; b) intervenire immediatamente dopo aver individuato una risorsa compromessa, o prevedere il prossimo passo del malware. In questo caso, l'IA permette di attuare una *remediation* specifica *ex post* e una

prevenzione *ex ante*, implementando una politica di prevenzione efficace.

In generale, l'IA consente di: individuare facilmente le minacce monitorando le attività all'interno della rete; prevenire incidenti di sicurezza, evitando intrusioni non autorizzate e proteggendo i dati sensibili; attuare misure correttive e adeguate a seguito di attacchi.

È importante non trascurare il rapporto bidirezionale tra IA e sicurezza informatica. Da un lato, l'IA può aiutare a rilevare e prevenire le minacce informatiche, verificare l'identità degli utenti e monitorare le reti. Dall'altro, l'IA può essere utilizzata per creare nuove forme di attacco informatico, più sofisticate e difficili da contrastare, in un contesto di minacce in costante aumento.

Sono state identificate diverse tecniche di attacco mirate ai sistemi informatici basati su IA, note come *adversarial machine learning*. Queste tecniche si suddividono principalmente in tre categorie:

- *data poisoning attack*: questo tipo di attacco mira a compromettere i dati utilizzati per l'addestramento o il riaddestramento di un modello di IA. Gli aggressori inseriscono dati contaminati nel set di addestramento, inducendo il modello a imparare in modo errato. La contaminazione può avvenire attraverso l'associazione di etichette sbagliate o la polarizzazione verso una specifica categoria di input. Di conseguenza, dati dannosi vengono erroneamente classificati come legittimi, portando al rifiuto di dati legittimi. Un esempio è la compromissione del filtro antispam di Gmail, dove gli attaccanti segnalano massicciamente email legittime come spam. Una volta compromesso il filtro, gli aggressori possono inviare email dannose, inclusi *malware*, aggirando i filtri di sicurezza;
- *evasion attack*: questo attacco utilizza *malware* per compromettere le previsioni di un modello di IA. Introducendo modifiche impercettibili agli input originali, si induce il modello a fare errori di classificazione. Un esempio interessante

è l'uso di abbigliamento particolare (come maglie che non coprono il volto) per eludere le tecniche di riconoscimento facciale. Approcci simili possono essere applicati anche nell'analisi dei *malware*;

- *extraction attack*: l'obiettivo di questo attacco è recuperare il *set* di addestramento su cui il modello di IA è stato addestrato. Il problema diventa più grave se il *set* di addestramento contiene dati sensibili o riservati, violando così la normativa sulla *privacy*.

Le tecniche *adversarial* rappresentano quindi un pericolo per i sistemi difensivi, poiché permettono di aggirare allarmi e strumenti di controllo di accesso basati sui dati disponibili. Tuttavia, possono anche diventare uno strumento difensivo, aiutando a progettare sistemi di rilevamento delle anomalie e di autenticazione più robusti contro questo tipo di attacchi.

L'attenzione costante alla sicurezza informatica nella Giustizia amministrativa ha ricevuto un ulteriore impulso con l'avvio dei progetti di impiego delle tecnologie di IA. La progettazione dell'architettura di IA con l'approccio *security by design* ha permesso di prevenire attentamente le minacce fin dall'inizio, garantendo un'architettura sicura e affidabile.

In linea con le analisi svolte a livello nazionale e internazionale, si sta operando con la consapevolezza che il concetto di *cybersecurity* non è più sufficiente. È necessario adottare un approccio più ampio e trasversale, quello della *cyber-resilienza*: la capacità di continuare a fornire i risultati attesi nonostante il verificarsi di attacchi informatici <sup>(6)</sup>.

Vengono costantemente adottate strategie specifiche per difendere i sistemi di IA dalle tecniche di *adversarial machine learning*, riconosciute a livello internazionale. Tra queste strategie troviamo:

- il rinforzo del *training*: inserendo esempi avversari durante

(6) I. AHMAD - A. AMELIO - D. DOMENICO - D.F. SIVILLI, *Intelligenza artificiale spie-gabile: sicurezza informatica, usabilità, metaverso e sfide giuridiche*, in *www.federalismi.it*, 6, 2024.

- l'addestramento, il modello viene esposto a input perturbati, obbligandolo a generalizzare meglio senza dipendere da caratteristiche specifiche;
- l'*ensemble* di modelli: combinare le previsioni di diversi modelli rende più difficile per un attacco influenzare tutti i modelli contemporaneamente. Gli ensemble aumentano la diversità delle risposte, migliorando la resistenza complessiva agli attacchi;
  - la verifica dei dati: implementare controlli di verifica per rilevare esempi avversari nel *dataset* di addestramento aiuta a ridurre la probabilità che tali esempi influenzino il modello. La rimozione o l'etichettatura accurata di questi esempi preserva l'integrità dell'addestramento;
  - l'*input transformation*: applicare leggere trasformazioni agli input durante la fase di inferenza può ridurre l'impatto degli attacchi avversari. Queste trasformazioni, come l'aggiunta di rumore casuale agli *input*, rendono più difficile per gli attacchi generare perturbazioni efficaci;
  - l'analisi di sensibilità: condurre analisi di sensibilità per identificare la parte degli input in cui il modello è più vulnerabile agli attacchi può guidare la progettazione di difese mirate e migliorare la robustezza;
  - aggiornamenti continui: poiché *l'adversarial machine learning* è un settore in continua evoluzione, è fondamentale mantenere aggiornate le difese per garantire la sicurezza e l'efficacia del sistema.

Tra le tecnologie alla base dell'infrastruttura di IA della Giustizia amministrativa, spiccano i *foundation model*, sofisticati sistemi di intelligenza artificiale basati su reti neurali addestrate con algoritmi di deep learning. Un esempio significativo di questi sistemi sono i *large language model* (LLM).

La scelta di utilizzare gli LLM, considerati modelli di base pre-addestrati e *multi-tasking*, è stata guidata dal principio del riutilizzo delle applicazioni nell'ingegneria del software. Questi modelli possono essere adattati a esigenze specifiche con periodi

di formazione più brevi rispetto ai tradizionali sistemi di intelligenza artificiale, che richiederebbero grandi quantità di dati e sessioni di addestramento specifiche, comportando maggiori costi in termini di tempo e potenza di calcolo richiesta. L'architettura applicativo-funzionale è stata progettata per contrastare gli attacchi di *adversarial machine learning*. Questa architettura è ospitata in una regione *cloud* europea dedicata alla Giustizia amministrativa italiana, protetta con tecniche crittografiche avanzate e chiavi di cifratura custodite dalla Giustizia amministrativa. L'addestramento viene effettuato utilizzando dati selezionati e controllati, residenti in database dedicati e protetti. La piattaforma è strutturata in "macrofunzioni" elementari. I modelli linguistici "più leggeri" (come i NER, applicazioni di tecniche di elaborazione del linguaggio naturale o NLP) svolgono funzioni di riconoscimento e classificazione delle entità all'interno di un testo (ad esempio persone, luoghi, organizzazioni, date), mentre i modelli LLM eseguono compiti più complessi come la classificazione e il riconoscimento semantico del testo. Il sottosistema di *output* rende accessibili a sistemi esterni tutte le informazioni prodotte dall'IA, utilizzando servizi *cloud* che permettono la creazione e l'esecuzione di applicazioni specializzate per singoli casi d'uso, classificabili tecnicamente come *container*.

Dopo essere stati raccolti dalle sorgenti, i dati vengono sottoposti a preelaborazione. In questa fase, i dati provenienti da fonti diverse vengono puliti, trasformati e preparati per l'addestramento del modello. Questo processo può includere operazioni come la rimozione di valori mancanti, la normalizzazione dei dati e la codifica delle variabili categoriali.

Successivamente, si passa al livello di elaborazione dell'intelligenza artificiale, dove vengono identificate le caratteristiche rilevanti presenti nei dati. Queste caratteristiche vengono utilizzate per addestrare il modello e vengono archiviate nel livello di persistenza. Questo passaggio è cruciale per migliorare le prestazioni del modello e ridurre i tempi di addestramento.

L'addestramento del modello avviene in questo livello, utiliz-

zando algoritmi di apprendimento supervisionati, non supervisionati o con rinforzo, a seconda del problema specifico da affrontare. All'interno del livello di elaborazione IA, esiste una classe di modelli chiamati *sentence-transformer*, specializzati nella trasformazione del testo in una rappresentazione vettoriale, una funzione comunemente nota come *embedding*.

Attualmente, tutti i modelli disponibili hanno un limite massimo di unità linguistiche (i cosiddetti *token*) che possono essere elaborate per singola istruzione. Pertanto, quando si lavora con testi lunghi, come i documenti dei provvedimenti giudiziari, è necessario adottare strategie specifiche per consentire ai modelli di elaborare l'intero documento. Una di queste tecniche è il *chunking*, che mira a dividere il testo in parti più piccole, o blocchi, in modo che il modello possa gestirle una alla volta.

Data l'importanza della suddivisione del testo, nella prima fase di analisi tecnica è stato necessario studiare e confrontare i diversi modelli di *transformer* di frase, analizzandone il comportamento con le diverse configurazioni di *input chunking*. Durante l'addestramento, il modello apprende dai dati e ottimizza i propri parametri per ridurre al minimo gli errori nelle previsioni.

Ogni caso d'uso viene implementato creando catene di elaborazione dettagliate, note come *pipeline*, organizzate in diversi passaggi con compiti chiaramente definiti dal punto di vista logico e funzionale. L'approccio controllato adottato nel progetto consente di scomporre complessi algoritmi di elaborazione in passaggi logico-funzionali elementari e specifici, sfruttando il principio di modularità all'interno delle *pipeline*. Questo permette l'utilizzo di modelli specializzati per determinate funzioni, senza rinunciare a modelli generalisti che possono essere impiegati per passaggi più complessi o come validatori di *task* specifici della *pipeline*.

Attraverso diverse fasi di verifica, gli *output* dei vari passaggi vengono esaminati per garantire la regolarità del trattamento. Inoltre, il sistema generale di controllo e gestione monitora il flusso dall'acquisizione dei dati alla restituzione del risultato, assicurando la gestione del processo, il controllo dei dati e la sicurezza

del sistema.

Una volta addestrato, il modello viene rilasciato per la fase di inferenza e la sua accuratezza e prestazioni vengono valutate utilizzando metodi di validazione basati sul *feedback* raccolto. Sulla base dei risultati, il modello può essere ulteriormente ottimizzato. Il monitoraggio delle soluzioni di IA è essenziale per garantire che il sistema continui a fornire previsioni e informazioni affidabili e di qualità. Il sistema di raccolta *feedback* da parte degli utenti consente di monitorare, correggere e migliorare le performance della soluzione di IA. È stato scelto un sistema di *feedback* “guidato” anziché “automatico”. Sebbene richieda un notevole impegno umano da parte del *team* di controllo giuridico-informatico, questo approccio permette un miglior controllo della qualità dei *feedback*, indirizzando le correzioni verso il miglioramento dell’addestramento del modello anche senza la necessità di grandi quantità di *feedback*. Al contrario, un sistema automatico di raccolta *feedback* avrebbe richiesto una grande quantità di riscontri per il *fine tuning* e avrebbe potuto introdurre *bias* cognitivi, peggiorando così il modello. La componente di raccolta dei *feedback* è implementata tramite funzionalità strutturate nel *front end* del sistema, che permettono agli utenti di inviare *feedback* per ciascun caso d’uso. Gli utenti possono fornire *feedback* sia attraverso classificazioni predefinite sia tramite campi a testo libero. Tutti questi dati vengono raccolti in tabelle strutturate nel database del sistema e successivamente utilizzati dalle componenti di analisi. Nella fase di analisi e validazione, i *feedback* vengono esaminati e classificati. Per queste operazioni vengono utilizzate sia tecniche classiche basate su *query* SQL sia algoritmi di IA specifici per la classificazione di questa tipologia di dati. L’*output* di questa analisi è fondamentale sia per alimentare una reportistica di controllo sull’andamento dei *feedback*, sia per identificare eventuali azioni correttive necessarie in caso di *feedback* negativi. Nel rispetto della centralità umana, la decisione di applicare azioni correttive o sviluppare nuove funzionalità spetta sempre al *team* di controllo giuridico-informatico, che può essere però

supportato dall'IA nella proposta dei correttivi.

Tra le difficoltà nell'approccio ai sistemi di IA, anche nel campo della *cybersecurity*, vi è la complessità nel comprendere il funzionamento di questi sistemi, spesso percepiti come “*black-box*”. Un nuovo settore di ricerca, denominato Intelligenza Artificiale Spiegabile (*Explainable AI* o XAI), mira a rendere trasparenti i complessi e spesso oscuri algoritmi di apprendimento automatico. Nonostante i numerosi approcci emersi per spiegare le decisioni dei classificatori *black-box*, questi non risultano sempre di facile e intuitivo utilizzo per gli utenti finali. Anche per gli esperti di IA, comprendere come venga generato l'*output* in modelli altamente complessi, basati su dati e algoritmi che coinvolgono milioni di parametri interagenti, è una sfida. La complessità intrinseca di questi processi rende difficile capire appieno come i modelli producano i loro risultati finali. Gli sviluppi nell'ambito della XAI sono oggetto di costante attenzione per valutare l'introduzione delle metodologie più idonee a garantire la spiegabilità dei sistemi di IA previsti per la giustizia amministrativa. Recenti approfondimenti hanno evidenziato due aspetti fondamentali per chiarire un modello di *deep neural network* (DNN): l'interpretabilità e la spiegabilità.

L'interpretabilità consente agli sviluppatori di esplorare il processo decisionale del modello, migliorando la comprensione di come il modello produca i suoi risultati. A differenza di una semplice previsione, l'interpretazione fornisce informazioni aggiuntive o spiegazioni cruciali per comprendere il funzionamento di un sistema di intelligenza artificiale, offrendo un aiuto significativo a chi possiede le competenze adeguate per comprendere i modelli *black-box*.

La spiegabilità, invece, permette all'utente finale di acquisire fiducia nell'accuratezza e nell'obiettività dell'IA, fornendo dettagli sul processo decisionale della DNN. Questa duplice attenzione all'interpretabilità e alla spiegabilità contribuisce a una migliore comprensione delle complessità coinvolte nel funzionamento dei modelli DNN utilizzati nelle applicazioni di IA della giustizia

amministrativa. L'obiettivo generale è quello di mettere gli utenti umani in condizione di comprendere, fidarsi maggiormente e supervisionare con competenza le comunità di intelligenza artificiale, che sono in continua evoluzione. Su queste basi, l'architettura di IA sviluppata integra fortemente i concetti di supervisione e controllo dei modelli di apprendimento automatico. Sebbene la piattaforma realizzata offra servizi di intelligenza artificiale avanzata e utilizzi modelli pre-addestrati altamente specializzati per eseguire funzionalità complesse, l'approccio adottato è stato quello di garantire un elevato livello di controllo e configurabilità della soluzione.

Ogni caso d'uso viene implementato attraverso *pipeline* di elaborazione molto granulari, organizzate in diversi passaggi con compiti ben definiti dal punto di vista logico e funzionale. Durante varie fasi di verifica, gli *output* dei diversi passaggi vengono esaminati per garantirne la correttezza. Inoltre, il sistema di controllo e gestione generale monitora l'intero flusso, dall'acquisizione del dato fino alla restituzione del risultato, assicurando la gestione del processo, il controllo dei dati e la sicurezza del sistema.

Gli elevati standard di sicurezza implementati nei progetti di IA dalla Giustizia amministrativa, insieme alle misure generali di protezione dei sistemi in uso, richiedono un complemento essenziale nel comportamento degli utenti, risultando imprescindibili cautele sotto due prospettive.

Da un lato, sul piano tecnico e generale, tutti i sistemi di protezione, a partire dall'autenticazione multifattoriale (MFA), non devono essere percepiti come un ostacolo, ma come regole di base a cui conformarsi. Dall'altro, con specifico riferimento alle tecnologie di IA, nonostante i numerosi controlli dei sistemi e il *fine tuning* del *training*, rimane fondamentale il controllo da parte di ogni utente in relazione alle attività svolte, in conformità al principio della riserva di umanità.

Sebbene i casi d'uso precedentemente illustrati non rientrano tra quelli considerati ad alto rischio secondo l'IA Act e non presentino problematiche analoghe a quelle legate a un uso più

avanzato dell'IA, come la generazione di testi, le responsabilità che caratterizzano lo svolgimento delle attività, specialmente in un settore delicato come quello della giustizia, rimangono sempre valide.

## **5. Rilevanza della sostenibilità ambientale.**

Negli ultimi anni, tutte le trasformazioni hanno avuto un supporto digitale, rendendo la trasformazione digitale il vero elemento abilitante per affrontare i temi della sostenibilità ecologica. Le transizioni ecologica e digitale, fortemente interconnesse, sono spesso considerate “gemelle” per la loro rilevanza strategica a livello unionale e nazionale. Questo è evidenziato dal fatto che l'Unione Europea ha puntato su entrambe per raggiungere la neutralità climatica e garantire un futuro sostenibile, equo e competitivo a livello globale. Per realizzare questa doppia transizione, sono necessari investimenti e competenze, come sottolineato dalla Commissione Europea in più contesti. L'Italia è impegnata da diversi anni nella digitalizzazione e nella sostenibilità, promuovendo iniziative e programmi nell'ambito delle politiche globali ed europee. Oggi, è maggiore la consapevolezza che la transizione digitale ed ecologica unite possono offrire innumerevoli vantaggi e opportunità. Questa evoluzione culturale coinvolge sia le imprese che le pubbliche amministrazioni, che hanno compreso come la sostenibilità possa diventare un'opportunità (7). C'è infatti una crescente consapevolezza che proporre prodotti *green*, realizzati in fabbriche sostenibili e supportati da una *supply chain* ecologica, rappresenti un elemento di attrattiva per i clienti privati e pubblici, sempre più sensibili ai valori della sostenibilità e in cerca di prodotti che rispettino l'ambiente. Nel tessuto imprenditoriale italiano, ma anche in quello della pubblica amministrazione, è avvertita la necessità di gestire congiuntamente e coordinatamente le due transizioni: quella digitale e quella verso la

(7) <http://www.agendadigitale.eu/smart-city/green-digital-transizioni-gemelle-futuro-sostenibile/>.

sostenibilità. Il digitale non è più solo finalizzato al miglioramento delle prestazioni delle aziende o delle pubbliche amministrazioni, ma è anche un grande abilitatore per la sostenibilità ambientale. Tuttavia, trovare competenze digitali è già difficile e la sfida aumenta quando si cercano figure professionali in grado di operare in *team* che affrontino entrambe le dimensioni: digitale e sostenibile. La sostenibilità, intesa come tecnologia, richiede competenze complesse perché implica progettare e realizzare prodotti e servizi con il minimo impatto ambientale. Il *know-how* ingegneristico necessario per affrontare la sostenibilità è molto elevato. Tra le strategie chiave per realizzare la duplice transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione, è fondamentale affrontare la crescente domanda di competenze per un futuro sostenibile. La disponibilità di figure professionali con competenze tecniche trasversali adeguate sarà cruciale per la competitività dell'Unione Europea a livello globale. Pertanto, è necessario intensificare gli sforzi nello sviluppo delle competenze digitali e sostenibili, sia attraverso percorsi di *upskilling* che di *reskilling*. Nella Giustizia amministrativa italiana si è cercato di favorire la sinergia tra le competenze giuridiche e quelle dell'ingegneria dell'informazione. Le infrastrutture digitali, come i data center e le reti di comunicazione, richiedono molta energia, soprattutto quando ospitano applicazioni di IA. Riflettere sull'impatto energetico delle tecnologie *disruptive*, come l'intelligenza artificiale, è fondamentale. In generale, scegliere soluzioni in *cloud* ha un impatto positivo sull'ambiente ed è questa la scelta che ha fatto la Giustizia amministrativa italiana. I *cloud provider* sono più efficienti dal punto di vista energetico rispetto ai *data center* privati di piccole e medie dimensioni. Questo perché hanno la capacità finanziaria per investire in tecnologie di alimentazione e raffreddamento all'avanguardia, progettate per consumare meno energia, riducendo l'impatto dell'elevato numero di *server* che gestiscono. Inoltre, l'utilizzo di servizi in *cloud* si basa su risorse condivise, come reti, macchine di calcolo e strutture fisiche, ottimizzate per essere sfruttate al massimo, riducendo gli sprechi. Ad

esempio, i server utilizzati per il *cloud* sono ottimizzati per la scalabilità dinamica della frequenza di voltaggio, risparmiando risorse. In sintesi, i *provider* di servizi in *cloud* possono ottenere grandi economie di scala, massimizzando l'efficienza e l'utilizzo di *hardware* e processi. Fare la stessa cosa autonomamente, nella propria infrastruttura informatica *on-premise*, sarebbe molto più oneroso. Accelerare la migrazione dei *data center* verso tecnologie più *green* è essenziale per ridurre l'impatto negativo sull'ambiente. L'adozione di fonti di energia rinnovabile per alimentare le infrastrutture digitali è un passo importante, soprattutto se accompagnata dall'uso di reti intelligenti decentralizzate in grado di gestire e distribuire l'aumento delle energie rinnovabili secondo le esigenze. È altresì necessario intervenire sulla riduzione della richiesta di capacità di calcolo, spegnendo i servizi non utilizzati e fornendo servizi cosiddetti *serverless*, ovvero facendo pagare all'utente le applicazioni solo quando sono richieste. In tal modo, i servizi non sono sempre *up* ma erogati solo quando necessario. Si deve agire anche sul fronte dello sviluppo, riducendo le capacità computazionali sovradimensionate che gli applicativi utilizzano attraverso un delicato lavoro di *tuning*. La digitalizzazione può migliorare l'efficienza in vari settori, ma deve essere guidata da principi etici e responsabili. Considerare l'impatto sociale e ambientale delle tecnologie digitali durante la progettazione e l'implementazione significa garantire una digitalizzazione responsabile. Da questo punto di vista, bisognerebbe tornare a pensare come si faceva quarant'anni fa, quando risparmiare sull'uso di alcune locazioni di memoria era indispensabile per garantire il funzionamento delle applicazioni sviluppate. Un'attenzione particolare deve essere rivolta alle applicazioni di IA che, se lasciate senza supervisione e controllo, possono rivelarsi estremamente energivore. L'addestramento dei modelli complessi (ad esempio i modelli LLM) richiede risorse di calcolo intensive, con conseguente consumo significativo di energia. Una tecnica utilizzata per rendere più *green* le applicazioni di IA è la quantizzazione, che riduce la precisione dei dati senza compromettere significati-

vamente la loro utilità, migliorando così l'efficienza dell'elaborazione. La quantizzazione consiste nel convertire i pesi e le attivazioni delle reti neurali (i parametri valorizzabili con l'addestramento nel modello) da numeri in virgola mobile a numeri interi con larghezza di bit inferiore. Sebbene possa influenzare la precisione dei modelli di *machine learning*, soprattutto quelli basati su *deep learning*, la quantizzazione è spesso necessaria per ridurre la quantità di memoria e la potenza di calcolo, e quindi l'impatto energetico. La tecnica della quantizzazione è stata sperimentata con successo nelle applicazioni di IA della Giustizia amministrativa italiana legate alle progettualità PNRR. Le previsioni o le classificazioni ottenute dai modelli utilizzati nei casi d'uso precedentemente descritti vengono elaborate, convertendo i risultati in un formato comprensibile ed efficiente dal punto di vista energetico (LLM quantizzato) per gli utenti finali o integrandoli con altre informazioni. Nel caso specifico, il modello LLAMA2, utilizzato in alcune *pipeline*, rappresenta le sue informazioni di base in un formato a 32 bit. Con una specifica elaborazione matematica è possibile creare una versione del modello con un numero inferiore di bit, ad esempio 4 bit. Dalle *query* effettuate e dal relativo confronto, in termini di risorse richieste e performance della risposta, si è osservato che la differenza in termini di prestazioni è nell'ordine di pochi punti percentuali, mentre il consumo di risorse è molto ridotto. Tuttavia, è importante trovare un equilibrio tra efficienza e accuratezza per garantire prestazioni ottimali nelle applicazioni di intelligenza artificiale (IA), ricorrendo in generale a un'ottimizzazione delle applicazioni e degli algoritmi di *machine learning*. Nel contesto generale non va altresì sottovalutata la produzione dei dispositivi digitali, che genera rifiuti e richiede risorse. Promuovere la riparazione, il riciclo e il riutilizzo dei dispositivi può ridurre l'impatto ambientale. Le aziende devono progettare prodotti digitali con una prospettiva di economia circolare, favorendo la durabilità e la riduzione degli sprechi. Anche gli utenti possono contribuire riducendo l'impatto ambientale delle loro attività digitali, ad esempio spegnendo i di-

positivi quando non sono in uso, utilizzando dispositivi più efficienti dal punto di vista energetico o riducendo l'uso di risorse digitali non necessarie (ad esempio, inviando meno *email* con allegati pesanti). In conclusione, bilanciare la crescita digitale con l'impatto ambientale richiede un approccio olistico e collaborativo che coinvolga aziende, amministrazioni pubbliche e individui. Le organizzazioni pubbliche e private hanno il dovere di monitorare l'impatto ambientale delle loro operazioni digitali e rendere conto pubblicamente dei progressi. La trasparenza è fondamentale per identificare aree di miglioramento e adottare misure correttive. La tecnologia può essere una forza positiva se gestita in modo responsabile, sostenibile e condiviso e la Giustizia amministrativa italiana ha attuato tale paradigma per tutte le sue progettualità, incluse quelle sull'intelligenza artificiale.

ABSTRACT: Il contributo illustra l'esperienza della Giustizia amministrativa italiana nell'evoluzione digitale, con particolare riferimento all'attuazione dei recenti progetti per l'introduzione delle tecnologie di IA. L'approccio è operativo e concreto e contiene, nella parte iniziale, una sintetica esposizione dei traguardi raggiunti sinora, con declinazione delle condizioni che hanno consentito l'avvio delle progettualità più innovative, in un quadro nel quale la centralità dei dati è stata fortemente valorizzata attraverso numerose iniziative tra loro connesse. Lo sviluppo successivo attiene alla strategia di impiego delle tecnologie di IA — in linea con la regolazione europea e ispirata a una visione che ha addirittura anticipato le scelte emergenti dalle iniziative di disciplina nazionale —, dalla quale conseguono specifiche ricadute applicative. Verranno indicati i casi d'uso sviluppati e, soprattutto, sarà evidenziata la centralità del ruolo del giudice nella definizione dell'architettura dei prodotti, nell'individuazione delle metodologie e nelle attività di addestramento e supervisione. L'esposizione si conclude con un *focus* su profili informatici attinenti sia alla sicurezza intesa in una accezione ampia, inclusiva non solo degli aspetti legati al crescente innalzamento della minaccia *cyber* ma anche di quelli direttamente riferiti alla spiegabilità dei sistemi di IA, sia alla sostenibilità sul piano ambientale. Per i suoi contenuti, il contributo fornisce indicazioni operative su un modello all'avanguardia, plasmato sulle esigenze reali, nella prospettiva di benefici concreti e misurabili e di sviluppi futuri affidabili, credibili e sostenibili.

ABSTRACT: *The contribution illustrates the experience of Italian Administrative Justice in digital evolution, with particular reference to the implementation of recent projects for the introduction of AI technologies. The approach is operational and practical, containing a brief summary in the initial part of the milestones achieved so far, out-*

*lining the conditions that have allowed the launch of the most innovative projects, in a framework where the centrality of data has been strongly enhanced through numerous interconnected initiatives. The subsequent development concerns the strategy for employing AI technologies — in line with European regulation and inspired by a vision that has even anticipated the choices emerging from national regulation initiatives — from which specific application consequences follow. The developed use cases will be indicated, and, above all, the central role of the judge in defining the architecture of the products, identifying methodologies, and in training and supervision activities will be highlighted. The presentation concludes with a focus on IT-related aspects concerning security in a broad sense, not only including issues related to the increasing cyber threat but also those directly related to the explainability of AI systems, as well as sustainability from an environmental perspective. For its content, the contribution provides practical guidance on a cutting-edge model, shaped by real needs, with the perspective of concrete and measurable benefits, as well as reliable, credible, and sustainable future developments.*

# **Il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di pubblici servizi tra giurisprudenza formalmente consolidata e casistica della prassi sostanzialmente divergente**

di BIAGIO G. DI MAURO

SOMMARIO: 1. Inquadramento dell'ambito di indagine e degli obiettivi ultimi della ricerca. — 2. Storia, natura e regime giuridico delle concessioni di servizi: appunti di sistematizzazione del diritto interno rispetto al diritto europeo. — 3. Evoluzione del riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici nel diritto interno. — 4. Riflessi sul riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici. — 5. Critica dell'attuale posizione giurisprudenziale prevalente: la casistica giurisprudenziale smentisce lo spartiacque tra fase di affidamento e fase di esecuzione. Un ritorno di fiamma per l'interpretazione letterale dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. per superare le incertezze interpretative ed evitare il c.d. *forum shopping*?

## **1. Inquadramento dell'ambito di indagine e degli obiettivi ultimi della ricerca.**

Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici servizi è un tema molto annoso e discusso, la cui parabola, ancora in corso, non riesce ad avere nella comunità scientifica italiana una conclusione netta, una comunione di vedute e comunque scevra da critiche, forse per la stessa ragione per cui i presupposti da cui muove risentono del loro carattere perennemente in evoluzione.

Nel contesto dei servizi pubblici e precisamente delle concessioni di servizi pubblici, la verifica dei caratteri che permeano il riparto di giurisdizione e che ne condizionano il meccanismo operativo non può prescindere dalla previa analisi delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, sul presupposto che esse talvolta non dialogano con il potere e talaltre, pur nel confronto, si muovono secondo schemi e ritmi differenti.

Il punto di partenza di una metodologia che aspira a fungere da criterio guida in materia è rappresentato dall'art. 103 Cost. (1), che nel prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (2), impone di tenere in debito conto della natura delle situazioni giuridiche che si confrontano, anche mediamente, con il potere pubblico, e di non cadere nella "trappola" teorica delle materie in senso oggettivo (3).

Dal punto di vista interpretativo, cercare di compiere alcune considerazioni sistematiche sulla materia significa ripercorrere l'evoluzione di alcuni elementi fondamentali che hanno caratterizzato il processo di perfezionamento teorico delle concessioni di servizi, sicché appare dirimente trattare alcuni profili generali dell'istituto — come natura, caratteri e regime — secondo l'interpretazione delle regole normative, interne e sovranazionali, che è stata fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Se guardiamo da vicino le concessioni, ci avvediamo di un istituto che più di altri è stato interessato, nel corso di un tempo relativamente breve (4), da un'evoluzione profonda, soprattutto

(1) Per mero tuziorismo, si riporta il testo originale dell'art. 103 Cost.: «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».

(2) Per un maggiore approfondimento sulle origini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in G.P. CIRILLO - S. PERONGINI, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in G. SANTANIELLO, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXII, Padova, 2014, 135 ss.

(3) Sul punto, è assolutamente indispensabile la sentenza della Corte cost., 5 luglio 2004, n. 204, nella parte in cui (paragrafo 3.2) interpreta l'art. 103 nel senso di vietare al legislatore «una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva» conferendogli, in realtà, «il potere di indicare particolari materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi».

(4) Se l'evoluzione dell'istituto ha subito una rapida *escalation* negli ultimi anni a causa dell'avvento delle regole europee e degli *overruling* giurisprudenziali, l'origine è retrodatabile ai tempi dell'Unità d'Italia, come ci ricorda L. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 261, secondo cui «il carattere comune di tali provvedimenti è l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica».

avuto riguardo ai mutamenti della disciplina nazionale e comunitaria, nonché ai molti contributi, sia giurisprudenziali che dottrinali, che hanno riguardato la materia.

In questo quadro, non pare necessario dilungarsi, invece, sul significato della distinzione tra interessi legittimi <sup>(5)</sup> e diritti sog-

<sup>(5)</sup> La nozione di interesse legittimo è ricostruita dalla giurisprudenza nel senso di «posizione sostanziale della quale è titolare un soggetto e che esprime un interesse del soggetto medesimo ad un bene della vita (utilità), in collegamento con l'esistenza e l'esercizio di un potere della pubblica amministrazione» (cfr. Cons. Stato, 4 marzo 2013, n. 1403, ma nello stesso senso sia Corte cost., 5 luglio 2004, n. 204 che Cass., Sez. Un., 17 luglio 1999, n. 500). Lungi dal voler approfondire la nozione di interesse legittimo in questa sede, merita comunque segnalare che, a livello storico, il primo contributo alla ricostruzione dello stesso come posizione giuridica sostanziale si deve a Miele come afferma F.G. SCOCA, *Giovanni Miele, teorico generale del diritto*, in *Dir. amm.*, 2022, 1, contributo riconosciuto anche da M. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, 17, 279. Grazie al lavoro di Miele, specie in relazione ai c.d. interessi oppositivi (vedi G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940), si è aperta la strada ad un riconoscimento sostanziale dell'interesse legittimo.

Ad ogni modo, si tratta ancora oggi di una posizione giuridica controversa ed è per questo che la dottrina ne discute copiosamente. Senza pretesa di esaustività: S. TORRICELLI, *Mario Nigro e l'interesse legittimo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2022, 3, 1 ss.; G.P. CIRILLO, *La valenza patrimoniale dell'interesse legittimo. Il bene nei rapporti amministrativi e l'oggetto del provvedimento favorevole*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, tomo I Milano, 1992, 3 ss.; A. ANGELETTI, *L'interesse legittimo tra provvedimento amministrativo e criteri distintivi*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, tomo III, Milano, 1988, 53 ss.; A. BARTOLINI, *L'interesse legittimo in Europa*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, Atti della Tavola rotonda in memoria di Lorenzo Migliorini, Torino, 2003, 96 ss.; F. BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 195 ss.; ID., *Divagazioni sulla nozione di interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 1994, 107 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. IX, Torino, 1993, 527 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Il diritto di accesso è interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 154 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 334 ss.; ID., *Sulla qualificazione dell'interesse legittimo nel diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1958, 43 ss.; E. CASSETTA, *Diritto soggettivo ed interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 611 ss.; ID., *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a "progressivo rafforzamento"*, in *Diritto economia*, 2008, 7 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara, 1979; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La tutela dell'interesse legittimo dopo la sentenza Cass. SS. UU., 500/1999 e la*

## gettivi (6), né sull'evoluzione della nozione di servizio pubblico

legge 205/2000, in AA.VV., *La tutela dell'interesse legittimo alla luce della nuova disciplina del processo amministrativo*, Torino, 2002; AA. VV., *Colloqui sull'interesse legittimo - Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig (Milano, 19 aprile 2013)*, Napoli, 2014; L. FERRARA, *Situazioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, tomo VI, Milano, 2006, 5580 ss.; E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 27 ss.; C.E. GALLO, *I problemi della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi sessant'anni dopo*, in *Dir. economia*, 2013, 395 ss.; M.S. GIANNINI, *Ha un futuro la nozione di interesse legittimo?*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, tomo I, Milano, 1993, 47 ss.; G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss.; E. GUICCIARDI, *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951 e in *Studi di Giustizia*, Torino, 1967, 33 ss.; L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi e interessi legittimi*, Napoli, 1984; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, 2, 34 ss.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluriennale, ma non esaurito, proficuo dialogo con Alberto Romano)*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 543 ss.; M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, 469 ss.; Id., *Rileggendo Giovanni Miele*, cit., 271 ss.; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 1 ss.; P.L. PORTULARI, *Interessi e formanti giurisprudenziali: l'anti-Ranelletti?*, in *Urbanistica e app.*, 2007; F. PUBUSA, *Diritti soggettivi e pubblica amministrazione*, in *Storia d'Italia, Annali*, vol. XIV, *Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1988, 96 ss.; M. RENNA, *Spunti di riflessione per una tutela delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 815 ss.; G.U. RESCIGNO, *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Scritti in memoria di Angelo Lener*, Napoli, 1989, 883 ss.; A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, 5, 258 ss.; B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir. Annali*, vol. II, tomo 2, Milano, 2008, 709 ss.; A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 680 ss.

(6) La dottrina sui diritti soggettivi è vasta: M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958; E. GABRIELLI, *Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi collettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 970 ss.; G. ALPA, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in Id., *Il diritto soggettivo*, in R. SACCO, (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, 35 ss.; Id., *I diritti della persona e la cronaca giornalistica*, in *Giur. di merito*, 1987, 1311 ss.; Id., *Manuale di diritto privato*, Padova, 2011; G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Tratt. Iudica-Zatti, Milano, 2005; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, 1989, 10 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990; L. BIGLIAZZI GERI, *Obbligazioni e contratti*, in L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *Diritto Civile*, Torino, 2011, 111, 6 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, tomo I, Roma, 1921; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013; M. GIORGIANNI, *Diritti reali*, in *Noviss. dig. it.*, 1960, 748 ss.; M. LA TORRE, *Disav-*

in senso soggettivo (7) ed oggettivo (8), tanto per mere ragioni di economia espositiva, quanto per il fatto che tali vicende sono già state oggetto di un efficace approfondimento dottrinale antecedentemente al tempo che ci occupa.

Poste le coordinate generali di indirizzo, non pare fuorviante adottare un metodo di ricerca che scandagli l'evoluzione del ri-

*venture del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Dig. civ.*, vol. VI, Torino, 1990, 411 ss.; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda contrattuale*, in *Jus*, 1960, 149 ss.; P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 719 ss.; G. RESTA, *Profili negoziali dei diritti*, Napoli, 2000; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; F. SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989; G. CODACCI PISANELLI, *Interessi giuridicamente protetti e diritti soggettivi nell'ordinamento italiano*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1973-1974, 817 ss.; V. COLCELLI, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. e proc.*, 2006-2009, 475 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1944, 114 ss.

(7) Secondo la teoria soggettiva, il pubblico servizio deve intendersi come qualsiasi attività volta alla soddisfazione di bisogni sociali posta in essere dallo Stato direttamente o, indirettamente, tramite concessioni ai privati. In altri termini, ciò che conta è la titolarità pubblica del pubblico servizio, atteso che la gestione dello stesso può anche essere affidata ai privati. Per ragioni di sintesi, si richiamano, R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003 e, di recente R. VILLATA - S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, in F.G. SCOCA - F.A. ROVERSI MONACO - G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2022, p. 8-15; R. VILLATA, *I servizi pubblici*, Milano, 1999, 6-17. La versione originale della tesi soggettiva si deve agli studi dottrinali francesi sul *service public* di L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1921.

(8) La teoria oggettiva, invece, è nel senso di configurare il servizio pubblico come qualsiasi attività volta a soddisfare bisogni sociali indipendentemente dal soggetto che ne ha la titolarità e la gestione. Tale concezione deriva dalla combinazione degli artt. 41 e 43 Cost. (il primo ammette attività economiche gestite da privati per fini di utilità generale attraverso programmi e controlli, mentre il secondo consente implicitamente ai privati di essere titolari di servizi pubblici) e si deve all'elaborazione di U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964. Anche più tardi, la dottrina ha continuato a ragionare in termini oggettivistici: L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001; A. POLICE, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Servizi pubblici locali*, Torino 2008; B.G. MATTARELLA, *L'attività amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Milano, 2000; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

parto di giurisdizione in materia attraverso tre preliminari (e parallele) verifiche: in primo luogo, occorre ripercorrere e valutare l'impatto del diritto europeo sulla natura e sul regime giuridico delle concessioni di servizi pubblici; in secondo luogo, serve ricostruire l'evoluzione normativa che ha interessato il riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici con specifico riferimento alle concessioni di servizio pubblico; in terzo luogo — e come conseguenza delle prime due verifiche — l'analisi dovrà essere capace di offrire l'opzione interpretativa più aderente allo spirito delle norme che la costituzione e il codice del processo amministrativo dedicano al riparto di giurisdizione in materia, nell'ottica di verificare se e come le situazioni giuridiche soggettive collegate al potere rilevano a tale scopo.

Al traguardo di tale itinerario ricostruttivo, si conseguiranno gli elementi teorici idonei, non soltanto per la piena comprensione delle recenti sentenze in materia della giurisprudenza civile e amministrativa<sup>9</sup>, ma anche per la critica delle prevalenti considerazioni di diritto ivi contenute sulla base della casistica emersa nella prassi giudiziaria.

In tale prospettiva, ci si avvederà del fatto che la tesi (ormai consolidata) della giurisprudenza sul *discrimen* riguardante il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di pubblici servizi sia smentita “in concreto” dalla casistica emersa nella prassi, che si connota per l'esistenza di molteplici “incidenti” ove riemerge grandemente la clausola dell'interesse pubblico. A tal uopo, se da un lato si procederà alla verifica in concreto della prassi, con specifico riguardo alla rinegoziazione dei termini contrattuali, alla proroga della concessione di servizi e al recesso unilaterale dal rapporto, dall'altro si offrirà una rinnovata prospettiva interpretativa per superare le incertezze giurisprudenziali, evitare il cd.

(9) Il riferimento è principalmente alle sentenze civili della Suprema Corte, come Cass., Sez. Un., 8 luglio 2019, n. 18267, le successive Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2020, n. 23418; Cass., Sez. Un., 19 novembre 2020, n. 26390; Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 2144; Cass., Sez. Un. (ord.), 3 giugno 2024, n. 15383; ma anche ad alcune sentenze della giustizia amministrativa che vi si conformano e che saranno trattate e citate nel prosieguo.

*forum shopping* ed assicurare tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche coinvolte nell'esercizio del potere.

## **2. Storia, natura e regime giuridico delle concessioni di servizi: appunti di sistematizzazione del diritto interno rispetto al diritto europeo.**

Trattare il riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici significa anzitutto ricostruire i profili generali delle concessioni di servizi con particolare riferimento a nozione, natura, caratteri fondamentali e regime giuridico.

Secondo l'orientamento tradizionale <sup>(10)</sup> che ne ha tratteggiato la nozione, la concessione è quell'atto mediante il quale la pubblica amministrazione amplia la sfera giuridica del destinatario attribuendo al medesimo poteri, diritti e facoltà riservati all'autorità pubblica.

Sul piano della natura giuridica, la dottrina e la giurisprudenza sono state particolarmente ondivaghe nel corso del tempo<sup>(11)</sup>, tanto da elaborare almeno quattro tesi<sup>(12)</sup> a cui corrispondono altrettante ricostruzioni del regime giuridico applicabile.

In un primo momento, la concessione è stata ricostruita in senso privatistico nel senso che gli si è attribuita natura contrattuale<sup>(13)</sup>, con conseguente configurazione di diritti soggettivi, applicazione delle regole di diritto comune e attribuzione alla giurisdizione del giudice ordinario.

A cavallo tra la fine e l'inizio del secolo scorso, invece, si è sviluppata la tesi che ricostruisce la concessione in senso pub-

<sup>(10)</sup> Cfr. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, vol. LVI, 1894, IV, 25; F.G. SCOCA, *Il provvedimento amministrativo*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 270.

<sup>(11)</sup> Per una ricognizione dell'evoluzione delle concessioni, si veda M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. VII, 1988, Roma, 2 ss.

<sup>(12)</sup> In particolare: la tesi privatistica, la tesi pubblicistica, la tesi mista e la tesi della concessione come accordo.

<sup>(13)</sup> Si cfr. sempre M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, cit., 2 ss.

blicistico e che vi riconosce natura provvedimento<sup>14</sup>), con conseguente configurazione di interessi legittimi, applicazione delle norme di diritto pubblico e attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo. Tale ricostruzione si deve alla Suprema Corte, che in una celebre sentenza ormai risalente al 1910<sup>15</sup>), affermò che la concessione si caratterizzava per la presenza di due «negozi giuridici distinti ma congiunti», tanto che «il primo si attua e si realizza nell'altro, ma può anche non essere accompagnato dalla stipulazione del contratto. All'accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all'atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per il suo modo di attuarsi e di svolgersi».

Tuttavia, se si esamina la giurisprudenza e la dottrina del tempo, non si fa certamente fatica a scorgere come tanto la tesi pan-pubblicistica, quanto quella pan-privatistica, risultavano ampiamente insufficienti<sup>16</sup>): da un lato, la rilevanza pubblicistica è tutta concentrata sulla decisione amministrativa attraverso cui la pubblica amministrazione ricorre, unilateralmente e discrezionalmente, alla concessione per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico; dall'altro, la rilevanza privatistica è essenzialmente circoscritta alla conclusione del contratto che vincola pubblica amministrazione e privato al rispetto di una serie di diritti e obblighi, dal momento che la clausola dell'interesse pubblico riesce comunque a illuminare la finalità ultima a cui il contratto deve aspirare e la procedura attraverso cui la commessa pubblica si affida per mezzo della stipulazione, benché quest'ultima attività è in astratto priva di potere pubblicistico ed è inquadrabile tra gli «atti di natura non autoritativa» per i quali l'amministrazione «agisce secondo le norme di diritto privato» ai sensi dell'art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241.

(14) La natura provvedimento della concessione si concretava, essenzialmente, in un atto amministrativo unilaterale di natura discrezionale.

(15) Ci si riferisce a Cass., 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1910, 248.

(16) L.R. PERFETTI - M. ROMA, *Le concessioni: profili definitivi e di regime*, in *Urb. e app.*, 2021, 5, 705.

Era, dunque, naturale attendersi che dalle deficienze ontologiche delle rigorose teorie descritte si pervenisse a soluzioni più moderate e maggiormente aderenti alle caratteristiche del “percorso” che l’azione amministrativa deve seguire per l’affidamento di una concessione di servizi ad un privato, nell’ottica finale del perseguimento dell’interesse pubblico che ne è sotteso.

Alla terza teoria — che nasce dalla commistione realizzata dall’interpretazione giurisprudenziale e dottrinale delle tesi pan-privatistiche e pan-pubblicistiche — si deve, quindi, l’elaborazione della figura della concessione-contratto<sup>(17)</sup>, intesa come istituto che, per un verso, si compone di un provvedimento amministrativo connotato da unilateralità ed imperatività adottato dalla pubblica amministrazione, per un altro, da un contratto di diritto privato intercorrente tra la pubblica amministrazione concedente e il privato concessionario quale atto che regola l’assetto degli interessi (ovvero, dei diritti e degli obblighi) delle parti.

In tale prospettiva, la determinazione della natura e del regime giuridico dell’istituto dipende dalla qualificazione del profilo giuridico che viene in rilievo: se il riferimento è la fase pubblicistica di adozione dell’atto amministrativo di concessione, la natura è pubblicistica, le regole applicabili sono quelle di diritto pubblico, la situazione giuridica soggettiva del concessionario è di interesse legittimo e la cognizione delle controversie appartiene al giudice amministrativo; viceversa, se viene in rilievo la fase di stipulazione del contratto di concessione, la natura è privatistica, le regole applicabili sono quelle di diritto comune, la situazione giuridica soggettiva del concessionario parte contrattuale è di diritto soggettivo e la cognizione delle controversie appartiene al giudice ordinario (18).

(17) In M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, emerge chiaramente l’eco della reazione della giurisprudenza tramite la figura della concessione-contratto, elaborata giustappunto per contrastare la rigidità delle ricostruzioni pubblicistiche e delle impostazioni privatistiche.

(18) Si osserva come nonostante la distinzione tra fase pubblicistica e fase privatistica fosse chiara sul piano astratto già all’epoca – oggi è ancora presente nel codice del

Nell'ambito di tale teoria, si segnala, inoltre, il filone che ricostruisce le concessioni come provvedimenti organizzativi della pubblica amministrazione<sup>(19)</sup>, consistenti nella c.d. amministrazione indiretta o sostituzione del privato nell'esercizio del servizio pubblico<sup>(20)</sup>. Si tratta di una tesi che configura le concessioni come «contratti ad oggetto pubblico», ossia un'ipotesi in cui il contratto accede al provvedimento o, come sostiene Giannini, «di un provvedimento organizzativo a cui accede un contratto — correttamente detto, in modo generico convenzione, in realtà contratto di servizio — con cui le parti fissano reciproci diritti, obblighi e obbligazioni»<sup>(21)</sup>.

Ad ogni modo, sia nell'ipotesi della concessione come concessione-contratto, sia in quella della concessione come provvedimento organizzativo a cui accede un contratto, si è di fronte alla tesi del “doppio grado”<sup>(22)</sup> o della doppia rilevanza della concessione, dalla quale discende, a sua volta, anche uno sdoppiamento

processo amministrativo (art. 133, lett. c)) e nella giurisprudenza sulla materia – essa non riusciva a trovare una pacifica applicazione in concreto, facendo sorgere molteplici controversie in punto di determinazione del riparto di giurisdizione.

<sup>(19)</sup> M. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di servizi pubblici*, Milano, 1967.

<sup>(20)</sup> Tale concezione si inserisce coerentemente nell'ambito del «progressivo fenomeno di erosione degli istituti di diritto pubblico» sulla base di una preferenza che il legislatore accorda ai metodi operativi privatistici, tanto dal punto di vista organizzativo quanto funzionale. Se tale filone interpretativo si colloca nel punto di intersezione tra organizzazione e attività della pubblica amministrazione, la tendenza generale è quella di sperimentare varie forme privatistiche di intervento nella sfera pubblica, leggendosi in tale ottica il moltiplicarsi delle società per azioni miste e l'aziendalizzazione di taluni servizi, nonché la partecipazione del privato all'azione amministrativa come nel caso delle concessioni di servizi. Sul punto, è prezioso il contributo di M.C. CAVALLARO, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato: brevi riflessioni a margine dei recenti orientamenti della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 962 ss.

<sup>(21)</sup> In questo senso, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 1991, 433 ss.

<sup>(22)</sup> Il rapporto tra il doppio grado e il doppio binario giurisdizionale in materia di concessioni di servizi è approfondito da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., 190 ss., ove precisa che il doppio grado funge da criterio che riconduce a razionalità e stabilità il riparto di giurisdizione, atteso che le vicende legate all'atto amministrativo appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo, mentre le vicende legate al contratto sono conosciute e risolte dal giudice ordinario.

della giurisdizione che altro non è che un “doppio binario” a seconda della fase e/o del tipo di atto che vengono in rilievo.

È questa, infatti, la tesi che rimane prevalente «nonostante le sue profonde incertezze (ad esempio, nel definire ciò che rientra in ambito pubblicistico e ciò che, invece, deve essere conservato in quello paritario), le debolezze della teoria della sostituzione (sicché il concessionario si sostituisce all'amministrazione attraverso la concessione ed esso stesso persegue, per essa, fini pubblicistici), ed alcune interne contraddizioni», tanto che «la giurisprudenza rimane ben assestata sulla teoria della concessione-contratto. L'idea (...) è che il rapporto abbia una struttura bi-fasica, pubblicistica fino alla sottoscrizione del contratto e privatistica durante la sua esecuzione» (23).

Venendo alla quarta tesi, minoritaria, la concessione è ricostruita come accordo pubblico *ex art. 11, l. n. 241/1990*, con implicazioni ben precise sul piano della giurisdizione. Come ha affermato autorevole dottrina (24), la qualificazione della concessione come accordo pubblico necessario (25) comporta l'applicazione del regime giuridico delineato dall'art 11 sopracitato e l'affidamento alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo secondo le regole dell'art. 133, lett. a), c.p.a che configurano un ambito di operatività della giurisdizione amministrativa più ampio rispetto a quello sancito dalla lett. c) del medesimo articolo con riguardo anche al rapporto con la giurisdizione ordinaria; viceversa, una qualificazione diversa dall'accordo pubblico necessario, cioè come accordo facoltativo (26), fonda comunque la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 c.p.a., ma con uno spettro ridotto — quello della lett. c) — rispetto a quello della lett. a) anche in relazione all'ambito di giurisdizione ordinaria.

(23) L.R. PERFETTI - M. ROMA, *Le concessioni: profili definitivi e di regime*, cit., 705.

(24) A. DI GIOVANNI, *Diritto soggettivo e interesse legittimo nella concessione di servizi. Riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, 1, 55.

(25) G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

(26) M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 144 ss.

All'esito di tale ricostruzione delle teorie, bisogna verificare quale tra esse risulta maggioritaria anche in ragione dell'influenza che svolge il processo di adeguamento al diritto europeo.

Nel contesto europeo, la concessione di servizi, inizialmente non conosciuta direttamente <sup>(27)</sup>, viene approfondita prima dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia <sup>(28)</sup> e poi dai lavori della Commissione europea <sup>(29)</sup> dal punto di vista economico-contrattuale. Con la concessione, l'amministrazione riconosceva già all'epoca ai privati diritti speciali o esclusivi nella gestione dei servizi attraverso un contratto o un atto amministrativo, mentre quest'ultimi ne assumevano i rischi attraverso la riscossione di un canone nei confronti dell'utente.

Del medesimo avviso, più avanti, sia la Direttiva 2004/16/CE che definiva la concessione come «contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura dei servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo» <sup>(30)</sup>, sia il codice degli appalti pubblici del 2006, che agli artt. 3 e 30, ne confermava la natura negoziale <sup>(31)</sup>, sia pure assimilandola quanto a natura e regime al contratto di appalto.

Nel percorso di costruzione europea della nozione di concessione, dunque, cominciava ad emergere chiaramente il dato

<sup>(27)</sup> Di tale avviso, soprattutto E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in G. BOTTINO - A. BOTTO - M.M. CAFAGNO - G. FIDONE (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 24.

<sup>(28)</sup> Corte Giust. UE, 10 novembre 1998, causa C-360/1998; Corte Giust. UE, 10 aprile 2002, causa C-20/01 e C-28/01; Corte Giust. UE, 10 marzo 2011, causa C-274/09 e Corte Giust. UE, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, con nota di P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in *Urb. e app.*, 2006, 31 ss.

<sup>(29)</sup> Ci si riferisce espressamente alla Comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, con studio di A. BARONE - U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, spunti ricostruttivi*, in *Foro.it.*, 2000, vol. IV, 389 ss.

<sup>(30)</sup> Precisamente, l'art 1, para. 4, della direttiva.

<sup>(31)</sup> Su tale configurazione, la dottrina non è conforme e, tal proposito, si rinvia a R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, 104 ss. e F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir. Annuali*, Milano, 2007, vol. I, 250.

secondo cui l'elemento identificativo fondamentale non riposava più su profili di diritto pubblico attinenti alla delega o al trasferimento di poteri <sup>(32)</sup>, ma su elementi di diritto privato di tipo economico-commerciale, avuto riguardo al trasferimento del rischio imprenditoriale connesso alla gestione del servizio concesso <sup>(33)</sup>.

In questo quadro, il punto di svolta è rappresentato dalla Direttiva 2014/13/EU <sup>(34)</sup> che ha declinato la disciplina comunitaria della concessione secondo una visione manifestamente privatistica. In particolare, la concessione è stata definita come «contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi (...) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo. L'aggiudicazione di una concessione di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o entrambi. Si consi-

<sup>(32)</sup> Ci si riferisce a G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni pubbliche e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1920, tomo II, parte 3 e conformemente, più tardi, a Corte Giust. UE, 26 aprile 1994, causa C-272/1991.

<sup>(33)</sup> Cfr. Cons. Stato, 6 giugno 2011, n. 3377.

<sup>(34)</sup> Per un approfondimento dottrinale sulla direttiva in riferimento alle concessioni: C. CONTESSA, *Le concessioni nella nuova direttiva europea*, in C. CONTESSA - D. CROCCO, *Appalti e concessioni - Le nuove direttive europee*, Roma, 2015; A. PAJNO - L. TORCHIA - H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1136 ss.; G. BOTTINO - A. BOTTO - M.M. CAFAGNO - G. FIDONE (a cura di), *Negoziazioni pubbliche*, cit.; M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei Contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 741 ss.; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095 ss.; A. TONETTI - A. BRACALETTI, *La disciplina europea delle concessioni in funzione degli investimenti: questioni aperte e prospettive di un recepimento*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Paper Astrid, versione giugno 2015; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 101 ss.; G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e PPP: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015; V. FERRARO, *La disciplina delle concessioni nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 865 ss.

dera concessionario chi assuma il rischio operativo nel caso in condizioni normali non sia garantito il recupero dell'investimento effettuato o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto di concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario sia puramente nominale o trascurabile»<sup>(35)</sup>.

Pare chiaro che la nozione interna di concessione di servizi oscillante tra le teorie summenzionate sia stata superata da quella europea, che è decisamente sbilanciata verso l'ambito civilistico nel qualificare la concessione come contratto<sup>(36)</sup>. Da un lato vi è la concezione domestica che ricostruisce il fenomeno concessorio sulla base del rapporto autorità-autonomia privata e di un agire amministrativo che rileva in termini di potere e interesse pubblico, dall'altro, vi è una concezione europea che configura la concessione sul binomio obbligo-pretesa e su di un agire amministrativo che rileva dal punto di vista economico-contrattuale. In altri termini, la concessione di servizi pubblici viene per la prima volta definita in maniera autonoma e indipendente come contratto, senza entrare nel merito dell'analogia o della differenza con l'appalto: dalla nozione, infatti, si desumono anche le caratteristiche precipue di tale contratto, ovvero la sinallagmaticità e l'onerosità, intese rispettivamente come corrispettività e interdipendenza re-

<sup>(35)</sup> Specificatamente, art. 5, par. 1, lett. b) e art. 5, par. 2. In giurisprudenza, tra i riferimenti più recenti sulla corrente differenza tra appalti e concessioni di servizi, si rinvia a Cass., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9139; Cass., Sez. Un., n. 8692/2022 e Cass., Sez. Un. (ord.), 27 agosto 2024, n. 23155, secondo cui «si configura un appalto di pubblico servizio, anche in base al diritto unionale, quando il corrispettivo è pagato direttamente dall'Amministrazione al prestatore del servizio, il quale, conseguentemente, non ne sopporta il rischio legato alla gestione, a differenza del concessionario di servizi, il quale trae la propria remunerazione dai proventi ricavati dagli utenti. (Nella specie, le Sezioni Unite hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia relativa alla fase esecutiva dell'appalto del servizio di refezione scolastica e di supporto ai servizi ausiliari dei nidi d'infanzia comunali, in cui l'amministrazione comunale si era impegnata a pagare direttamente oltre la metà del corrispettivo complessivo stimato)».

<sup>(36)</sup> E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, cit., 37.

ciproca tra le prestazioni oggetto del contratto, e come vantaggio patrimoniale che consegue alla prestazione di controparte.

Ad ogni modo, si tratta di una visione contrattuale ed economico-commerciale della concessione che è stata implementata dal legislatore nel vecchio codice degli appalti di cui al d.lgs. n. 50/2016 <sup>(37)</sup>, e confermata poi nell'attuale d.lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento all'art. 177 <sup>(38)</sup> e all'Allegato 1.1.

### **3. Evoluzione del riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici nel diritto interno.**

Ricostruiti i profili generali delle concessioni di servizi, la riflessione sul riparto di giurisdizione in materia non può che transitare dall'analisi preliminare della sua evoluzione normativa ed interpretativa con specifico riferimento alla figura delle concessioni di servizi.

In merito all'evoluzione suddetta, occorre fare riferimento a quattro fasi.

La prima fase è rappresentata dall'art. 5, l. n. 1034/1971 che, per un verso, attribuiva al giudice amministrativo, in sede esclusiva, la cognizione dei ricorsi «contro atti o provvedimenti relativi a rapporti di concessione di servizi pubblici», per un altro, riservava alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, ed ai Tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche le controversie nelle materie di cui agli artt. 140-144 del T.U. acque pubbliche.

Tale stato dell'arte, ove la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si configurava per le controversie sulle conces-

<sup>(37)</sup> In particolare all'art. 3, lett. vv), e agli artt. 164 e ss del previgente codice.

<sup>(38)</sup> Per una conferma esplicita dell'influsso della visione contrattualistica europea, si legga in particolare il comma 6 dell'art. 177 del d.lgs. n. 36/2023 ove la concessione viene definita espressamente come «operazione economica».

Per un commento dettagliato dell'articolo e della sua portata definitoria, si rinvia a F. GASPARI, *Art. 177*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2023 e anche a G.F. CARTEI, *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione*, in G.F. CARTEI - D. IARIA (a cura di), *Commento al nuovo Codice dei Contratti pubblici*, Napoli, 2023, 895 ss.

sioni di servizi indipendentemente dalla natura delle posizioni giuridiche soggettive e dalla natura della fonte da cui sorge la concessione <sup>(39)</sup>, si è protratto fino alla fine degli anni '90, quando le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in più pronunce, ritennero che tanto le dispute aventi ad oggetto la risoluzione del contratto per inadempimento imputabile al concessionario (nelle ipotesi di esercizio della clausola di disdetta <sup>(40)</sup> ove non viene in rilievo un potere autoritativo di revoca), quanto quelle di risoluzione per inadempimento imputabile all'ente concedente e di risarcimento del relativo danno <sup>(41)</sup>, appartenessero alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La seconda fase, invece, si apre con la riformulazione dell'art. 5, l. n. 1034/1971 ad opera dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 <sup>(42)</sup>, che ha determinato un ulteriore ampliamento della portata applicativa della giurisdizione del giudice amministrativo attraverso la devoluzione di «tutte le controversie in materia di servizi pubblici», in apparenza coinvolgendo anche i comportamenti dell'amministrazione (non solo autoritativi ma anche materiali) e le questioni meramente patrimoniali.

In altri termini, il legislatore aveva affidato alla giurisdizione del giudice amministrativo un blocco di materia, senza considerare le situazioni giuridiche coinvolte e la sussistenza o meno (anche indiretta) di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione.

Da ciò, era naturale pervenire alla terza fase rappresentata dalla celebre pronuncia della Corte costituzionale n. 204/2004 <sup>(43)</sup>.

<sup>(39)</sup> In giurisprudenza, è importante rinviare a Cass., Sez. Un., 19 luglio 1995, n. 7816, mentre per la dottrina, si legga M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994.

<sup>(40)</sup> Cass., Sez. Un., 11 marzo 1998, n. 4749.

<sup>(41)</sup> Cass., Sez. Un., 17 novembre 1998, n. 11578.

<sup>(42)</sup> Si tratta di una disposizione che, all'esito della pronuncia di incostituzionalità n. 292 del 2000, è stata riprodotta pedissequamente dall'art. 7, comma 1, lett. a) della l. n. 205/2000. A sua volta e come vedremo nella terza fase, anche tale articolo è stato poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte cost., 5 luglio 2004, n. 204.

<sup>(43)</sup> Tale sentenza è stata copiosamente commentata dalla dottrina, per cui senza pretesa di esaustività si rinvia a: C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm.*, 2004; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della*

In particolare, la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 33, comma 1 (come sostituito dall'art. 7, lett. a), l. n. 2905/2000) nella parte in cui affidava in via esclusiva «tutte le controversie in materia di servizi pubblici»<sup>(44)</sup> al giudice amministrativo anziché «le controversie in materia di servizi pubblici relative a concessioni di servizi pubblici, escluse quelle concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo (l. n. 241/1990), ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore», peraltro oggi contenuta nel codice del processo amministrativo (art. 133, lett. c)). Inoltre, è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 33, comma 2 (come sostituito dall'art. 7, lett. a), l. n. 2905/2000), nella parte in cui individuava esemplificativamente<sup>(45)</sup> controversie «nelle quali

*Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204, in Foro it., 2004; M. CLARICH, La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "riletta" dalla Corte costituzionale. La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata, in Giorn. dir. amm., 2004; M.C. CAVALLARO, La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato, cit., 934 ss. e per un aggiornamento successivo all'introduzione del codice del processo amministrativo, Id., Brevi riflessioni sulla giurisdizione esclusiva nel nuovo codice sul processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 4, 2010.*

Si specifica, inoltre, che l'esito della celebre pronuncia era stata in parte anticipato da una precedente pronuncia di incostituzionalità, Corte cost., 11 luglio 2000, n. 292, con cui la Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 33, comma 3, del d.lgs. n. 80/1998, che nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le dispute vertenti su indennità, canoni e altri corrispettivi, contrastava con la delega di cui alla legge n. 59/1997 ove circoscriveva tale giurisdizione esclusiva alle controversie riguardanti profili patrimoniali meramente consequenziali.

In dottrina, sul punto, A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro.it.*, 2000, I, 2393 ss.

<sup>(44)</sup> Il testo del comma 1 recitava specificamente «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481».

<sup>(45)</sup> Il comma 2 indicava alcune specifiche controversie, tra cui quelle: «a) concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana; b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi; c) tra le amministrazioni pubbliche e i soci di società miste e quelle riguardanti la scelta dei soci; d) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici

può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità».

Si tratta di una operazione di restringimento delle larghe maglie della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla base di due fattori: il primo guarda alla compresenza inestricabile dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo nella fattispecie tale per cui deve derogarsi al classico criterio di riparto sancito dall'art. 103 Cost. e dall'art. 7 c.p.a. <sup>(46)</sup>; mentre il secondo guarda alla sussistenza (o meno) dell'esercizio di una potestà pubblica, direttamente o indirettamente collegato alla situazione giuridica coinvolta.

L'impianto motivazionale della sentenza <sup>(47)</sup> è stato poi confermato, più avanti, dalla Corte costituzionale sia nella sentenza n. 35/2010, sia nell'ordinanza n. 167/2011, con la specifica del divieto, in capo al legislatore, di assegnare al giudice amministrativo blocchi di materie anziché materie prestabilite. Tali materie,

servizi; e) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale; f) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona e delle controversie in materia di invalidità».

<sup>(46)</sup> E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 345 ss.

<sup>(47)</sup> Vi è da osservare come tale impianto motivazionale, collegando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla necessità che l'amministrazione agisca come pubblica autorità, con atti imperativi, abbia suscitato un vivace dibattito in dottrina in quanto determina uno scarso ancoraggio delle regole di riparto in materia di pubblici servizi sulle situazioni giuridiche soggettive coinvolte. Sul punto, infatti, S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 91 ss., ha rappresentato come la sentenza abbia «aperto un diverso percorso di superamento del criterio di riparto per situazioni soggettive» facendo espresso ed esclusivo riferimento all'esercizio del potere.

Contrariamente a questo indirizzo, si pone F.G. COCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 22009 ss., che ritiene l'esistenza del potere è direttamente collegata alla figura dell'interesse legittimo con cui il potere effettivamente dialoga e che radica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Conformemente anche, L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e sui limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 214 ove specifica che «la chiave di volta del riparto di giurisdizione è l'attribuzione al giudice ordinario della tutela dei diritti soggettivi e al giudice amministrativo di quella degli interessi legittimi».

come noto, «devono partecipare della stessa natura» di quelle ove c'è giurisdizione generale di legittimità, con la conseguenza che «il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva, purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero, pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità».

La quarta fase, in conformità alle statuizioni della Corte costituzionale, è rappresentata dall'introduzione del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010) e specificamente dal combinato degli articoli 7 e 133.

Il primo radica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie che hanno ad oggetto interessi legittimi e, nelle materie indicate dalla legge, diritti soggettivi concernenti (direttamente o indirettamente) l'esercizio o il mancato esercizio del potere pubblico, con la conseguenza che occorra verificare la sussistenza o meno dell'esercizio del potere nella fattispecie concreta per configurare la giurisdizione esclusiva.

Il secondo <sup>(48)</sup>, invece, superando la dicitura antecedente «tutte le controversie in materia di pubblici servizi», affida alla giurisdizione esclusiva: a) le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle riguardanti le indennità, canoni ed altri corrispettivi b) le controversie relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) c) le controversie relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità.

<sup>(48)</sup> Si precisa che le ipotesi di giurisdizione esclusiva non si esauriscono all'interno del c.p.a.: basti pensare all'art. 310, d.lgs. n. 152/2006 (si veda, sul punto, Cass., Sez. Un., 23 aprile 2020, n. 8092). Un'altra conferma si ha nello stesso art. 133, comma 1, c.p.a., nella parte in cui fa salve le «ulteriori previsioni di legge» con conseguente ampliamento dei casi di giurisdizione esclusiva.

#### 4. Riflessi sul riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici.

Alla luce di quanto sinora esposto, si dispone di strumenti teorici idonei per l'interpretazione delle norme sul riparto di giurisdizione in materia, nonché per la comprensione dei recenti approdi sia della giurisprudenza amministrativa, sia di quella civile nella sua più autorevole composizione.

L'enucleazione di una regola olistica ed evolutiva di riparto di giurisdizione sulle concessioni di servizi pubblici passa dalla combinazione della visione contrattualistica ed economico-commerciale delle concessioni di servizi — che discende dal diritto europeo e che è peraltro legata a doppio filo con la nozione comunitaria di servizio pubblico <sup>(49)</sup> — con talune disposizioni del codice del processo amministrativo, gli artt. 7 e 133, comma 1, lett. c) <sup>(50)</sup>.

A tal proposito, la giurisprudenza muove da una macro distinzione tra affidamento ed esecuzione della concessione <sup>(51)</sup>, restan-

<sup>(49)</sup> In merito alla costruzione della nozione europea di pubblico servizio e al rilievo della coesione sociale e territoriale, cui non sempre nella vulgata corrente si attribuisce un concreto ambito applicativo, e che, invece, assume centralità a tali fini, sia consentito rinviare a B.G. DI MAURO, *La prospettiva europea del governo locale dei servizi pubblici tra valorizzazione della coesione sociale e territoriale e dequotazione della concorrenza*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, 1, 515 ss. In particolare, ivi si dimostra la non assoluta del principio della concorrenza nei Trattati UE e la sua recessività rispetto alla soddisfazione di interessi non economici (la coesione sociale e territoriale per l'appunto) per dimostrare la controvertibilità dell'idea che nella disciplina dei servizi pubblici l'esternalizzazione costituisca la regola e che, invece, l'assunzione *in house* rappresenti un'eccezione.

Per un approfondimento sui servizi pubblici locali, si rinvia a L.R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, 679 ss., oltre che al suo ampio studio sul tema, L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, cit.

<sup>(50)</sup> Non si prescinda anche da talune norme contenute nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), gli artt. 7 e 176 ss., e nel Testo Unico in materia di servizi pubblici locali (d.lgs. n. 201/2022), gli artt. 3, 14 e 15.

<sup>(51)</sup> Si tratta di un principio abbastanza risalente e che, dopo la riforma degli anni 1998 e 2000, si deve a Cass., Sez. Un., 19 novembre 2001, n. 14539; Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2002, n. 5640, secondo cui la stipulazione del contratto di appalto rappresenta lo spartiacque delle giurisdizioni, quella amministrativa esclusiva nelle controversie relative

do sullo sfondo la questione relativa agli aspetti meramente patrimoniali la cui cognizione è sempre affidata al giudice ordinario in virtù della clausola di deroga dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. e del fatto che rientra nello schema “obbligo-pretesa” non connotandosi per la presenza di esercizio di una potestà pubblica<sup>(52)</sup>.

Ogni controversia relativa all'affidamento del servizio pubblico — ed è pacifico<sup>(53)</sup> — è assegnata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., dato che viene in rilievo un inestricabile intreccio tra interesse legittimo e diritto soggettivo collegato all'esercizio di potestà pubbliche. In altri termini, onde possa configurarsi tutela del cittadino davanti il giudice amministrativo in via esclusiva, è necessario che la materia attribuita, come quella relativa alla concessione di servizi, sia “particolare”, e quindi concretizzi — per la porzione che di volta in volta viene in rilievo, *rectius*

alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture (art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a.), cui devono aggiungersi le controversie «relative all'affidamento di un pubblico servizio» (art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a.), e quella ordinaria nelle controversie attinenti alla successiva fase riguardante l'esecuzione del rapporto.

<sup>(52)</sup> Per Cons. Stato, 24 maggio 2024, n. 4627, infatti, «le controversie, concernenti “indennità, canoni ed altri corrispettivi” nei rapporti qualificabili come concessione di pubblico servizio (...), riservate alla giurisdizione del giudice ordinario dall'art. 133, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 104/2010, sono sostanzialmente quelle contrassegnate da un contenuto meramente patrimoniale, attinente al rapporto interno tra la pubblica amministrazione concedente e il concessionario del servizio pubblico, contenuto in ordine al quale la contrapposizione tra le parti si presta ad essere schematizzata secondo il binomio “obbligo-pretesa”, senza che assuma rilievo un potere di intervento riservato alla pubblica amministrazione per la tutela d'interessi generali; mentre, se la controversia esula da tali limiti e coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sull'intera economia del rapporto concessorio, il conflitto tra la pubblica amministrazione e il concessionario si configura secondo il binomio “potere-interesse” e viene attratto nella sfera della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo». (cfr. anche T.A.R. Lombardia, 09 gennaio 2024, n. 41 e T.A.R. Campania, 23 gennaio 2024, n. 603).

In senso conforme anche la giurisprudenza ordinaria, sicché si veda Cass., Sez. Un., 3 febbraio 2014, n. 2294; Cass., Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 22094; Cass. Sez. Un. (ord.), 29 ottobre 2015, n. 22094; Cass., Sez. Un., 8 novembre 2016, n. 22646, e di recente Cass., Sez. Un. (ord.), 21 novembre 2023, n. 32259 e n. 32265.

<sup>(53)</sup> Per ragioni di economia espositiva, si veda per tutte, Cass., Sez. Un. (ord.), 27 agosto 2024, n. 23155, secondo cui «la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a., riguarda la fase di affidamento e non le dispute esecutive».

per l'affidamento — l'agire della pubblica amministrazione come autorità, sicché è del tutto indifferente la particolare qualificazione della situazione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo o diritto soggettivo atteso che ciò che conta è che essa, dialogando con il potere, ne rimanga "incisa".

Il nodo gordiano, invece, è rappresentato dalle controversie che afferiscono all'esecuzione delle concessioni di servizi, su cui fino a qualche tempo fa la giurisprudenza era divisa se attribuirle alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo secondo il tenore letterale dell'art. 133, comma 1, lett. c), ovvero assegnarle al giudice ordinario in virtù di un'interpretazione evolutiva che si fondi sulla visione contrattuale delle concessioni di servizi ereditata dal diritto europeo.

In un primo momento, la giurisprudenza amministrativa<sup>(54)</sup> è rimasta fedelmente ancorata al tenore letterale dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. e ne ha valorizzato l'assunto che escluderebbe dall'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di concessione di servizi pubblici soltanto «le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi».

Sulla scorta di un'interpretazione strettamente letterale della disposizione, i giudici amministrativi erano pervenuti alla regola ermeneutica secondo cui nella giurisdizione amministrativa esclusiva rientrerebbero non solo le controversie nelle quali la materia del contendere riguardi profili di esercizio dei poteri amministrativi implicati nel rapporto di concessione o comunque relativi all'interpretazione del contenuto del regolamento contrat-

<sup>(54)</sup> cfr. T.A.R. Lombardia, 22 luglio 2021, n. 1792; T.A.R. Campania, 1 gennaio 2020, n. 621; Cons. Stato, 18 dicembre 2017, n. 5938, per cui «le controversie relative alle vicende del rapporto concessorio, nelle ipotesi di concessione di servizio pubblico, rimangono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nella fase successiva alla stipula del contratto. La fattispecie per cui è causa, infatti, non ha ad oggetto una controversia di contenuto meramente patrimoniale, bensì riguarda la risoluzione dell'intero rapporto contrattuale per inadempimento, vicenda che, pur afferente all'evidenza a diritti soggettivi, ricade nondimeno nello spettro giurisdizionale esclusivo disegnato dal predetto art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. (cfr. Cons. Stato, 8 marzo 2011, n. 1425 in relazione agli art. 5, l. n. 6 dicembre 1971, n. 1034 e 33 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 di identico contenuto rispetto al richiamato art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a.)».

tuale o convenzionale, ma anche quelle aventi per oggetto la fase esecutiva del rapporto, come quelle in cui si chiede di accertare l'inadempimento o la mancata attuazione degli obblighi derivanti dal contratto di concessione <sup>(55)</sup>.

Anche la giurisprudenza ordinaria aveva assunto una postura per nulla dissimile a tale indirizzo, rilevando come «la giurisdizione amministrativa esclusiva riguarda tendenzialmente tutta la fase esecutiva del rapporto, pure in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, essendovi comprese le controversie che coinvolgano il contenuto del rapporto concessorio nel suo aspetto genetico e funzionale, anche riguardanti la violazione degli obblighi nascenti dal medesimo rapporto (ad esempio, in tema di adempimento e di risoluzione), ad eccezione soltanto delle controversie “di contenuto meramente patrimoniale”, senza alcuna implicazione sul contenuto della concessione, così riduttivamente intesa la salvezza della giurisdizione ordinaria sulle controversie concernenti “indennità, canoni e altri corrispettivi”» <sup>(56)</sup>.

Detto orientamento della giurisprudenza amministrativa ed ordinaria, tuttavia, è stato superato con riferimento sia alle concessioni di costruzione e gestione di opera, sia a quelle di soli servizi.

La giurisprudenza ha infatti inaugurato un opposto e prevalente indirizzo secondo cui in tema di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica e di concessione di servizi pubblici, la giu-

<sup>(55)</sup> Sul punto, C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 2 che richiama T.A.R. Toscana, 10 giugno 2019, n. 844; Cons. Stato, 18 dicembre 2017, n. 5938; Cons. Stato, 4 settembre 2017, n. 4183.

<sup>(56)</sup> Il riferimento era alla «giurisprudenza tradizionale formatasi sulla l. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5, in tema di concessioni “di beni o di servizi” – estesa ai “servizi pubblici”, a norma dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., benché detta nozione non coincideva con la categoria dei “servizi” resi all'Amministrazione». Per un approfondimento, si rinvia a Cass., Sez. Un., 4 agosto 2018, n. 20682; Cass., 26 febbraio 2016, n. 3798; Cass., 9 dicembre 2015, n. 24824; Cass., 27 febbraio 2008, n. 5085; Cass., 20 novembre 2007, n. 24012; e in tema di raccolta e smaltimento di rifiuti, Cass., Sez. Un., 26 settembre 2017, n. 22357; in tema di servizio idrico, Cass., Sez. Un., 19 giugno 2014, n. 1394.

risdizione del giudice ordinario, riguardante le indennità, i canoni e altri corrispettivi, nella fase esecutiva del contratto di concessione, si estende alle questioni inerenti ai profili di adempimento e inadempimento della concessione e alle conseguenze risarcitorie, vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti, fermo restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui l'Amministrazione eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge<sup>(57)</sup>.

La tesi, che è prevalsa inizialmente soltanto nella giurisprudenza civile, è quella secondo cui l'esecuzione del rapporto concessorio, qualificato come contratto, configura un rapporto paritario tra amministrazione e concessionario da cui sorgono obblighi e diritti soggettivi pieni la cui tutela deve essere avanzata dinanzi al giudice ordinario non venendo in rilievo alcun potere pubblico. L'amministrazione, nella fase di esecuzione, non agisce come autorità, né esercita un potere autoritativo secondo i dettami della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004.

In assenza delle peculiarità richieste per la configurazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo — che si “restringe” all'esito dell'impatto del diritto europeo sulla natura delle concessioni di servizi — l'area di rilevanza del classico criterio di riparto fondato sulla dicotomia interesse legittimo-diritto soggettivo si “riespande”, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario<sup>(58)</sup> in relazione alle controversie riguardanti la fase di esecuzione delle concessioni di servizi.

Si tratta di un arresto che si è consolidato a decorrere dall'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>(59)</sup>, e al

<sup>(57)</sup> Ci si riferisce espressamente al principio di diritto di Cass., Sez. Un., 08 luglio 2019, n. 18267.

<sup>(58)</sup> In tale ottica, rientrano nella giurisdizione esclusiva non soltanto le controversie relative a inadempienze contrattuali e sui relativi effetti anche di natura risarcitoria, ma anche quelle relative alla interpretazione di clausole contrattuali, quelle riguardanti i vizi del contratto, nonché le dispute sulla risoluzione del contratto di subappalto conseguente a informativa prefettizia antimafia. Per un approfondimento della varietà casistica, si rinvia a Cass., Sez. Un., n. 18374/2023, Cass., Sez. Un., n. 30267/202323; Cass., Sez. Un., n. 7735/2023; Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2023, n. 35344, nonché alla giurisprudenza (civile ed amministrativa) citata nelle note successive.

<sup>(59)</sup> Specificamente, Cass., Sez. Un., 08 luglio 2019, n. 18267.

quale ha poi aderito buona parte della giurisprudenza amministrativa <sup>(60)</sup>.

In tale pronuncia, la Suprema Corte rileva che «le controversie relative alla fase esecutiva di una concessione di servizio, successiva all'aggiudicazione — sia se implicanti la costruzione (e gestione) dell'opera pubblica, sia se non collegate all'esecuzione di un'opera — sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, al quale spetta di giudicare sugli adempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo».

La Cassazione rammenta che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo <sup>(61)</sup>.

Tale potere autoritativo «non è ravvisabile in linea di principio quando, esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario, sia sorto il “vincolo” contrattuale e siano in contestazione la delimitazione del contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni contrattuali e i relativi effetti sul piano del rapporto, salvo che l'amministrazione intervenga con atti autoritativi

<sup>(60)</sup> Si rammentino, a tal proposito, Cons. Stato, 20 dicembre 2021, n. 8429; T.A.R. Umbria, 26 aprile 2024, n. 281; T.A.R. Campania, 12 aprile 2024, n. 820; T.A.R. Campania, 15 ottobre 2021, n. 6471; T.A.R. Campania, 04 ottobre 2021, n. 6226; T.A.R. Campania, 23 settembre 2021, n. 5995; T.A.R. Campania, 14 luglio 2021, n. 4881; T.A.R. Calabria, 12 maggio 2021, n. 960; T.A.R. Sicilia, 12 aprile 2021, n. 1175; T.A.R. Calabria, 25 marzo 2021, n. 215; T.A.R. Campania, 03 dicembre 2020, n. 5765; Cons. Stato, 13 ottobre 2020, n. 6181; T.A.R. Piemonte, 13 luglio 2020, n. 464; T.A.R. Liguria, 19 giugno 2020, n. 414; Cons. Stato, 9 aprile 2020, n. 2348; T.A.R. Lombardia, 9 gennaio 2020, n. 52.

<sup>(61)</sup> Ci si riferisce espressamente al punto 3.4.2 della già citata sent. Corte cost. n. 204/ 2004. Sul punto, ormai, la Corte è ormai solita distinguere «la fase che precede la stipulazione del contratto da quella di conclusione ed esecuzione dello stesso» precisando come in tale ultima fase, che «ha inizio con la stipulazione del contratto, l'amministrazione si ponga in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisca nell'esercizio non di poteri amministrativi, bensì della propria autonomia negoziale» (cfr. Corte cost., 22 maggio 2009, n. 160; Corte cost., 7 febbraio 2011 n. 43, 9 febbraio 2011, n. 53).

che incidono direttamente, seppure successivamente all'aggiudicazione, sulla procedura di affidamento mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o comunque nella fase esecutiva mediante altri poteri riconosciuti dalla legge».

Di ciò vi è conferma alla sola lettura dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. sulla giurisdizione in materia di concessioni di pubblici servizi che, oltre a richiamare *ad excludendum* le controversie concernenti «indennità, canoni e altri corrispettivi», tipizza le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quelle che costituiscono espressione dell'esercizio di poteri autoritativi (inerenti sia alla fase anteriore che a quella successiva alla stipulazione del contratto), quali sono quelle «relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore».

Viceversa, se l'oggetto della controversia riposa sull'accertamento dell'adempimento o meno delle parti alle obbligazioni derivanti dal rapporto concessorio, anche nell'ottica del risarcimento del danno, non emerge alcun profilo inerente al controllo sull'esercizio del potere pubblico in riferimento ai parametri di legittimità dell'azione amministrativa provvedimentoale.

Ne consegue che «per radicare la giurisdizione esclusiva non è sufficiente la mera attinenza della controversia con una determinata materia, occorrendo pur sempre che la controversia abbia ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri. Ed infatti, l'attinenza della vicenda ad interessi di ordine pubblicistico — in qualche misura sempre implicati nell'agire della pubblica amministrazione — non è sufficiente a risolvere il problema del riparto della giurisdizione, perché quel che veramente conta è stabilire se, in funzione del perseguimento di quell'interesse, l'amministrazione sia o meno dotata di un potere di supremazia, in relazione allo specifico oggetto del contenzioso portato dinanzi al giudice».

Seguendo l'indirizzo che si è affermato da ultimo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, fatto proprio anche dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, dovrebbe perorarsi un'interpretazione evolutiva e il più possibile fedele alla visione "contrattualistica" europea delle concessioni di servizi, espungendo dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le ipotesi in cui la materia del contendere si concentri su profili e pretese relative esclusivamente all'attuazione del rapporto contrattuale o concessorio, senza che venga in gioco l'esercizio di poteri riconducibili, anche indirettamente, alle funzioni pubblicistiche dell'amministrazione.

Il Giudice delle leggi ha chiarito che le "particolari" materie devolute, ai sensi dell'art. 103 Cost., alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che investono "anche" diritti soggettivi, devono comunque essere contrassegnate dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità; con la conseguenza che va escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio e il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia siano sufficienti a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

In altri termini, la giurisprudenza costituzionale ha fornito una declinazione dell'art. 103 Cost. per la quale l'elemento fondamentale della giurisdizione amministrativa è l'esercizio da parte della pubblica amministrazione di un potere pubblico autoritativo: intanto può aversi giurisdizione amministrativa, se ed in quanto si faccia questione dell'esercizio o del mancato esercizio del potere amministrativo, riguardante provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere <sup>(62)</sup>.

<sup>(62)</sup> Tale ordine di idee ha indotto una parte della dottrina ad affermare che il criterio di riparto della giurisdizione non riposi più «sulla differente natura delle situazioni soggettive di cui sono titolari i cittadini, ma si collochi sulla esistenza o meno del potere (autoritativo) esercitato dall'amministrazione». cfr. F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in questa *Rivista*, 2021; R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonche' di interesse legittimo quale figura centrale del processo ammini-*

Ne consegue che, se viene in rilievo la semplice fase esecutiva di un rapporto qualificabile come concessorio, si è fuori dalla giurisdizione esclusiva, in quanto tale fase, in termini di giurisdizione, fuoriesce dalla sua fonte concessoria dal momento che non ne condivide la natura, venendosi a costituire, invece, una relazione paritaria tra le parti dove manca qualsivoglia potere <sup>(63)</sup>.

**5. Critica dell'attuale posizione giurisprudenziale prevalente: la casistica giurisprudenziale smentisce lo spartiacque tra fase di affidamento e fase di esecuzione. Un ritorno di fiamma per l'interpretazione letterale dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. per superare le incertezze interpretative ed evitare il c.d. *forum shopping*?**

Si è detto che la prevalente giurisprudenza civile ed amministrativa si è ormai attestata sulla regola dello spartiacque tra fase di affidamento e fase di esecuzione delle concessioni di servizi pubblici con l'obiettivo, per un verso, di delimitare l'ampiezza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133, lett. c), c.p.a., per un altro, di regolare i rapporti con il giudice ordinario, la cui cognizione non è più essenzialmente circoscritta alle controversie aventi oggetto meramente patrimoniale.

Si è anche avuto modo di verificare come nell'esecuzione della concessione di servizi — in ragione di una visione prettamente pan-civilistica derivante dall'influsso delle regole europee che costruiscono il rapporto concessorio come contratto — l'interprete si trovi di fronte ad un rapporto tra soggetti posti in posizione di assoluta parità, ove vengono in rilievo le posizioni giuridiche soggettive attive e passive tipiche del rapporto obbligatorio.

Non pare, almeno secondo il tenore espositivo delle sentenze passate in rassegna, che vi possa essere più spazio per una regola generale che configuri la fase esecutiva delle concessioni

strativo), in *Riv. dir. proc.*, 2018.

<sup>(63)</sup> Cass., Sez. Un. (ord.), 27 agosto 2024, n. 23155.

come luogo in cui vengono in rilievo situazioni giuridiche soggettive incise, anche mediamente, dal potere pubblico, tale per cui possa giustificarsi il radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie ivi sorte. Si tratta di rapporti — riprendendo alcune locuzioni utilizzate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 — nei quali la pubblica amministrazione non agisce come autorità, né agisce esercitando un potere autoritativo.

D'altro canto, le ragioni per cui si era avvertita la necessità di concentrare presso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le dispute riguardanti lo svolgimento del rapporto concessorio riposavano sul fatto che venisse in rilievo l'esercizio di un potere pubblico e, conseguentemente, l'esigenza di tutelare interessi pubblici intrinsecamente connessi al servizio, benché il perseguimento dei fini pubblicistici fosse intermediato dallo strumento privatistico, che lega la pubblica amministrazione concedente ed il privato concessionario dal punto di vista patrimoniale.

Oggi, «la decisiva spinta del diritto comunitario»<sup>(64)</sup> ha condotto ad una dequotazione dei profili pubblicistici nella fase di esecuzione della concessione di servizi e ad una corrispondente valorizzazione di quelli privatistici, tale per cui, per un verso riemerge il classico criterio di riparto fondato sulla dicotomia interessi legittimi-diritti soggettivi<sup>(65)</sup>, per un altro, si restringe il campo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e si amplia quello della giurisdizione ordinaria.

Ciononostante, al netto delle numerose pronunce vagliate, non pare che l'orientamento giurisprudenziale tratteggiato abbia conseguito uno *standard* applicativo degno di essere definito "consolidato", atteso che la casistica giurisprudenziale emersa nella prassi non soltanto tende a smentire gli assunti proclamati

<sup>(64)</sup> Cfr. Cons. Stato, 12 novembre 2013, n. 5421.

<sup>(65)</sup> Per un approfondimento ulteriore sul tema, si veda L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 850 ss., e per le molteplici implicazioni processuali, Id., *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

in astratto, ma anche a sancire in concreto una regola operativa che — a causa della costante riemersione dell'interesse pubblico nelle controversie attinenti alla fase esecutiva delle concessioni di servizi — sembra capovolgere il rapporto poc'anzi descritto tra regola generale ed eccezione o, quantomeno, collocare in posizione meramente residuale tutti gli elementi che costruiscono la fase esecutiva in senso pan-civilistico e che, di riflesso, affidano alla cognizione del giudice ordinario le relative controversie.

Pare, dunque, necessario tornare a riflettere sulla condizione attuale del riparto di giurisdizione in materia di concessioni di servizi pubblici, proprio sul presupposto che vi sono molteplici *law cases* che sembrano ribaltare, o quantomeno disarticolare, gli approdi comunemente accolti dalla comunità scientifica.

Sussistono, pertanto, tutti gli elementi idonei per procedere alla critica della posizione giurisprudenziale prevalente e alla proposizione di un modello interpretativo alternativo che sia, per un verso, ancorato al dettato letterale normativo, tanto interno quanto sovranazionale, per un altro, coerentemente adeso alle esigenze sottese alle concessioni di servizi pubblici e alle spinte in senso pubblicistico che di volta in volta riemergono nella prassi giudiziaria.

La prassi giudiziaria, infatti, mostra casi in cui la clausola dell'interesse pubblico riemerge a tal punto da essere considerata «un'araba fenice» <sup>(66)</sup> in grado di diradare la convinzione che lo spartiacque tra affidamento ed esecuzione delle concessioni costituisca effettivamente criterio di delimitazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, di riflesso, di regolazione dei rapporti tra quest'ultima e la giurisdizione ordinaria.

Se in un certo modo, la materia dei servizi pubblici costituisce naturale punto di intersezione tra giurisdizione esclusiva e ordinaria, preme mettere in rilievo come nella prassi «complessivamente, la giurisprudenza nazionale è andata evolvendo verso configurazioni sempre più intrise di elementi pubblicistici in tutta l'area del dirit-

<sup>(66)</sup> La preziosa metafora si deve a A. MOLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'araba fenice del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 148 ss.

to privato dell'amministrazione pubblica. Non è infrequente, infatti, imbattersi in decisioni che qualificano in senso pubblicistico segmenti di disciplina che mostrano una schietta natura privatistica» (67).

Se si ripercorre la casistica giurisprudenziale recente, ci si accorge agevolmente del fatto che sussistono «ampi segmenti del diritto dei contratti pubblici» influenzati pervasivamente dall'esercizio di poteri autoritativi sulla base della «interposizione della clausola dell'interesse pubblico», calibrata a seconda del profilo che viene un rilievo nella controversia da risolvere.

Benchè infatti lo spartiacque tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa sia rappresentato dalla sottoscrizione del contratto, sono molto frequenti anche in corso di esecuzione eventi connessi all'esercizio di poteri autoritativi tipizzati che danno luogo ad incidenti pubblicistici in fase esecutiva (68).

Non deve, perciò, apparire fuorviante che la giurisprudenza (69), in relazione a ipotesi specifiche, faccia riferimento a «finalità di pubblico interesse» come «causa» del negozio o dell'atto, in grado di conformare «l'oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo» e di modificane, dall'esterno del vincolo negoziale, «la stessa efficacia», conferendo «un ambito di produzione di effetti giuridici più ampio di quello offerto al comune contratto di diritto privato dall'art. 1372 c.c.».

Ne consegue che il contratto stipulato tra pubblica amministrazione e privato, nel cui ambito si inserisce il rapporto concessorio che ha ad oggetto lo svolgimento di un servizio pubblico, sia regolato dalla disciplina di diritto comune «fintantoché non vi ostino esigenze — non indicate dalla legge ma ritenute “immanenti” nel sistema — di pubblico interesse» (70).

(67) Così, L.R PERFETTI - M. ROMA, *Le concessioni: profili definitori e di regime*, cit., 705.

(68) Su questi temi si vedano M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Diritto dell'economia*, 2022 e F. FRACCHIA - W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Diritto dell'economia*, 2020.

(69) Cons. Stato, 15 maggio 2017, n. 2257 e Cons. Stato, 12 maggio 2016, n. 3653.

(70) Cons. Stato, 19 agosto 2016, n. 3653.

Se poniamo sotto la lente di ingrandimento la teoria prevalente della concessione-contratto — ovvero quella che procede alla scissione della fase pubblicistica da quella privatistica e le assoggetta a regimi giuridici, sostanziali e processuali, differenti — e la confrontiamo con la casistica giurisprudenziale su rinegoziazione, proroga della durata e recesso, ci accorgiamo nell'immediatezza delle implicazioni distorsive dinanzi alle quali ci imbattiamo: vi sono una moltitudine di istituti, come quelli delineati, che vantano natura schiettamente privatistica, che si inseriscono nella fase esecutiva della concessione di servizi e che, ciononostante, risentono dell'influenza "pubblica", tanto da sottrarsi all'applicazione del regime giuridico di diritto privato e, conseguentemente, fuoriuscire dall'area di rilevanza della giurisdizione del giudice ordinario.

D'altra parte, è lo stesso Consiglio di Stato a ritenere che la privatizzazione della fase successiva all'aggiudicazione della concessione di servizi non comporta necessariamente una simmetrica applicazione delle relative regole di diritto, finendo con l'affermare che «la pur riconosciuta natura contrattuale di un dato istituto non importa "di per sé" la diretta applicazione delle norme del codice civile» <sup>(71)</sup>, potendosi giustificare la deviazione sulla base del perseguimento di una finalità di pubblico interesse.

Di tale sorte è plasticamente interessato l'istituto del recesso, del quale l'Adunanza Plenaria ha tracciato un regime speciale «non soltanto perché, a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.c.), il legislatore ne ha ritenuto necessaria una specifica nella legge sul procedimento (art. 21-*sexies*), ma in particolare perché l'art. 134 (del previgente codice n. 163/2006), nel concretare il caso applicativo di tale previsione, lo regola in modo diverso rispetto all'art. 1671 c.c., stabilendo la regola del preavviso all'appaltatore e, quanto agli oneri, la forfetizzazione del lucro cessante nel 10% delle opere non eseguite nonché la commisurazione del danno emergente, fermo il pagamento dei

<sup>(71)</sup> *Ibidem.*

lavori eseguiti, al “valore dei materiali utili esistenti in cantiere” mentre, per il citato art. 1671 c.c., il lucro cessante sarebbe dovuto per intero (“il mancato guadagno”) e per il danno emergente andrebbero rimborsate tutte le spese sostenute» (72).

Del pari sintomatica è la scelta di giustificare la modifica del contenuto della concessione in costanza di rapporto da un punto di vista strettamente pubblicistico e in deroga al regime privatistico di tipo sostanziale e processuale. Sul punto, la Corte costituzionale è stata chiara, da un lato, nel circoscrivere la tutela del principio di affidamento dei privati a fronte della durata prolungata nel tempo dei rapporti concessori (73), da un altro, nell’affermare che la sussistenza di interessi pubblici, anche sopravvenuti e ontologicamente connessi allo svolgimento del rapporto, può determinare modifiche *in peius* nei confronti degli affidatari (74).

Nell’alveo di queste considerazioni si inserisce, poi, la tematica della rinegoziazione, ossia la possibilità di riequilibrare le condizioni economiche del rapporto di concessione con particolare riferimento alla modifica del canone.

In ossequio alla regola generale esposta, la controversia attinente alla rideterminazione del canone di concessione dovrebbe confluire nella giurisdizione del giudice ordinario, in ragione della clausola di riserva dell’art. 133, lett. c), c.p.a. o comunque in tanto e in quanto si tratta di un profilo patrimoniale che non presuppone l’esercizio di un potere e che attiene alla mera esecuzione del rapporto obbligatorio di tipo concessorio. A ben vedere, però, proprio in siffatta fattispecie la giurisprudenza amministrativa (75) ha di recente affermato un indirizzo contrario che è nel senso che l’am-

(72) Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14.

(73) Corte cost., 15 novembre 2000, n. 525 e Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 1, nonché Corte cost., 2 marzo 2007, n. 59 e Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16 che perimetrano tale principio di diritto alla luce il principio di ragionevolezza e proporzionalità.

(74) Si veda Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56. Non si prescinda, in via esemplificativa di quanto detto, da T.A.R. Piemonte, 13 aprile 2021, n. 384 e T.A.R. Veneto, 25 novembre 2020, n. 1128, in merito alla modifica unilaterale dei sistemi tariffari delle concessioni autostradali operata dall’autorità dei trasporti (ART).

(75) T.A.R. Lombardia, 18 dicembre 2023, n. 3068.

ministrazione — sollecitata dal privato a valutare l'opportunità di rideterminare le condizioni contrattuali del rapporto concessorio — sarebbe in realtà chiamata ad adottare atti autoritativi discrezionali idonei a incidere non solo sul canone di concessione, ma soprattutto su diversi aspetti del rapporto concessorio <sup>(76)</sup>.

In altri termini, l'autorità pubblica si sostanzierebbe non tanto e non solo nella soddisfazione dell'interesse economico legato alla rideterminazione del canone, ma anche e soprattutto «nella valutazione dell'intero equilibrio economico finanziario del rapporto concessorio, globalmente considerato» <sup>(77)</sup>.

Inoltre, se è vero che dogmaticamente la giurisdizione del giudice amministrativo dovrebbe configurarsi allorchè l'amministrazione rivaluti complessivamente l'equilibrio economico-finanziario del rapporto di concessione e non anche quando tratti «le cause concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi nelle quali cioè non viene in rilievo un potere autoritativo (...) a tutela di interessi generali, bensì un accertamento tecnico dei presupposti di natura economico-aziendale sull'*an* e/o sul *quantum debeatur*» <sup>(78)</sup>, è altrettanto vero che «nella pratica la distinzione ora proposta vede sfumare i propri contorni. In particolare, la prassi dimostra che anche (se non soprattutto) la mera revisione del *quantum* — se non già dell'*an* — del canone di concessione è elemento *ex se* idoneo ad incidere, alle volte profondamente, sull'equilibrio economico-finanziario del rapporto di concessione» <sup>(79)</sup>.

Anche in materia di proroga contrattuale disposta nell'ambito dell'esecuzione di una concessione di servizio pubblico <sup>(80)</sup>,

<sup>(76)</sup> Il T.A.R. Lombardia, 18 dicembre 2023, n. 3068, in via esemplificativa, fa riferimento, oltre alla “determinazione del canone” anche a quella “dell'indennità, delle tariffe dei servizi pubblici o altro corrispettivo”, nonché alla durata.

<sup>(77)</sup> G. AGATI, *Il silenzio-inadempimento in materia di rinegoziazione delle concessioni di pubblici servizi e riparto di giurisdizione*, in *Urb e app.*, 2024, 3, 420.

<sup>(78)</sup> Così, oltre alla già citata sentenza del T.A.R., anche Cons. Stato, 13 gennaio 2023, n. 8960.

<sup>(79)</sup> Sempre, G. AGATI, *Il silenzio-inadempimento in materia di rinegoziazione*, cit., 420-421 ove evidenzia il rischio del *forum shopping*.

<sup>(80)</sup> In questi termini T.A.R. Campania, 10 febbraio 2022, n. 891 e T.A.R. Sicilia, 10 agosto 2022, n. 2504 (quest'ultimo con nota di L. GIAGNONI, *Poteri di proroga contrattuale*

la giurisprudenza amministrativa finisce per ravvisare l'esistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art.* 133, comma 1, lett. c), c.p.a., sul presupposto che la concessione della proroga rappresenti comunque un affidamento diretto senza gara posto in essere tramite l'esercizio di un potere autoritativo. In altri termini, la posizione giuridica vantata dal contraente o dal terzo che impugna il provvedimento di proroga di una concessione sarebbe di diritto soggettivo, ma la controversia verrebbe comunque attratta nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dal momento che tali provvedimenti costituiscono il prodotto dell'esercizio di un potere.

Alla luce di quanto sinora esposto, si osserva come dalla casistica giurisprudenziale in esame emerga in maniera lapalissiana la tendenza «all'affermazione trasbordante della potestà pubblicistica», segno che gli incidenti pubblicistici in fase esecutiva sono destinati ad essere sempre più assidui e che la fantomatica clausola dell'interesse pubblico riemerge a tal punto da riuscire a invertire il regime delle regole di riparto di giurisdizione in materia di concessioni di servizi inaugurato dalla giurisprudenza prevalente e derivante dalla visione europea.

Segno, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, che «nelle concessioni amministrative il potere pubblico sussiste nel momento genetico e permane nello svolgimento del rapporto», pertanto «nel momento funzionale, costituisce la finalità cui tendono — per il tramite degli atti assunti — sia l'amministrazione che il privato, sicché l'impegno assunto dall'amministrazione attraverso l'accordo non può risultare vincolante in termini assoluti»<sup>(81)</sup>. Detta ricostruzione implica, per un verso, la «per-

*e giurisdizione esclusiva*, in *Urb. e app.*, 2022, 6, che evidenzia come «la sentenza (...) coglie solo un aspetto del problema e omette di confrontarsi con l'orientamento che ravvisa la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di proroghe contrattuali». Si rinvia anche a Cons. Stato, 20 ottobre 2020, n. 6354 e T.A.R. Toscana, 4 febbraio 2020, n. 158, nella parte in cui estendono i confini della medesima giurisdizione anche alle ipotesi in cui la proroga sia stata disposta in esecuzione di una disposizione contrattuale.

<sup>(81)</sup> Ci si riferisce a T.A.R. Emilia-Romagna, 25 novembre 2020, n. 761 secondo cui si configura un privilegio in capo all'ente concedente, per il quale si farebbe, in ogni

manenza di poteri pubblicistici in ogni fase del rapporto tale da poterne determinare alterazioni unilaterali, derogatorie rispetto al vincolo contrattuale»<sup>(82)</sup>, per un altro, l'attribuzione ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche delle controversie relative alla fase esecutiva.

In questa direzione, pare naturale concludere alla stregua di autorevole dottrina<sup>83</sup> secondo cui «i due elementi maggiormente critici della teoria della concessione-contratto (vale a dire la natura paritaria della vicenda che consegue alla stipula del contratto e la devoluzione della giurisdizione) vengono largamente influenzati dall'idea che “l'interesse pubblico rimane, salvi i casi previsti dal legislatore, sullo sfondo in fase esecutiva” (...), sicché la “contemporanea presenza di elementi pubblicistici e privatistici” diviene la porta d'accesso per l'interposizione della clausola generale di pubblico interesse, sempre accompagnata alla qualificazione della sua superiorità e capacità di alterazione unilaterale del rapporto, nel quale il concessionario non sarebbe titolare di diritti, ma “di prerogative pubblicistiche proprio in base ad una concessione — contratto, donde, proprio in ragione della rilevanza degli effetti in argomento, l'impossibilità che la stipula di una convenzione accessiva alla concessione amministrativa possa precludere alla pubblica amministrazione paciscente l'esercizio del potere autoritativo di alterare unilateralmente il rapporto”».

Nelle ipotesi esaminate, infatti, la giurisprudenza amministrativa finisce «per trasfigurare il contratto in una sorta di atto di sottomissione, nel quale il concessionario riceve un beneficio non per il suo interesse economico ma per un — sempre indefinito — superiore interesse pubblico»<sup>(84)</sup> =, riconoscendo così all'amministrazione, in via unilaterale e autoritativa, il potere di recedere

momento del rapporto, materia di «esercizio di pubbliche potestà».

<sup>(82)</sup> La preziosa analisi si deve a L.R. PERFETTI - M. ROMA, *Le concessioni: profili definitivi e di regime*, cit., 707.

<sup>(83)</sup> *Ibidem*, 707.

<sup>(84)</sup> *Ibidem*, 707.

dal rapporto, di modificarne il contenuto, di prorogarne la durata e di ripensarne complessivamente l'equilibrio economico-finanziario, con l'effetto processuale finale di riservare alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione delle relative liti, sia pur afferenti alla fase esecutiva e aventi strutturalmente ad oggetto diritti ed obblighi.

A ben vedere, però, secondo una logica più ampia tale problematica porta con sé la necessità di scegliere la rotta che deve seguire il sistema di diritto amministrativo a fronte del bivio in cui si trova e, quindi, se mantenersi all'interno di un regime giuridico pubblico speciale oppure sovrapporsi, sia pure con qualche deroga, al diritto privato puro <sup>(85)</sup>.

D'altra parte, in ossequio al tenore espositivo dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., nulla osta ad "un ritorno di fiamma" per l'interpretazione letterale della disposizione nella parte in cui, per un verso, riserva al giudice ordinario la cognizione delle controversie aventi natura meramente patrimoniale (cioè quelle aventi ad oggetto concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi), per un altro, non esclude *ex se* che il giudice amministrativo possa risolvere anche controversie attinenti la fase esecutiva delle concessioni di servizi, nell'ottica di superare le incertezze interpretative ed evitare il *cd. forum shopping*.

Un'interpretazione siffatta, peraltro, non soltanto è in grado di prescindere da una ricerca qualitativa sulla qualificazione giuridica delle posizioni giuridiche private in dialogo con il potere, ma è anche conforme al principio di tutela piena ed effettiva delle stesse nel processo.

Va da sé, poi, che il mutamento della condizione attuale del riparto di giurisdizione in materia di concessioni di servizi possa rapidamente verificarsi, virando decisamente verso la giurisdizione del giudice amministrativo, anche a seguito di un intervento legislativo volto ad approvare la riforma sui c.d. beni comuni <sup>(86)</sup>.

<sup>(85)</sup> Per un approfondimento della questione, non si prescinda da M.C. CAVALLARO, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, cit., 966.

<sup>(86)</sup> In merito alla genesi della categoria, non può non essere rammentata la Com-

Tale categoria di beni, che è legata a doppio filo con i servizi pubblici <sup>(87)</sup>, è stata approfondita dalla dottrina che ne ha rilevato, per un verso, «un progressivo assoggettamento» alle regole di mercato, per un altro, «una contemporanea permanenza di appartenenza pubblica, della destinazione pubblica e della attribuzione della gestione dei beni ai privati». Alla luce dello studio, infatti, sembra che il regime pubblicistico dei beni pubblici in concessione sia idoneo a perseguire non soltanto le esigenze della concorrenza e del mercato mediante l'esperienza delle procedure di evidenza pubblica per la scelta del concessionario, ma anche a tutelare le ragioni sottese alla destinazione pubblica di tali beni e cioè la loro naturale attitudine al perseguimento di finalità di interesse pubblico.

Ne consegue che, laddove venisse approvata una legge, nazionale o regionale, che stabilisca per alcuni beni comuni <sup>(88)</sup>

missione nominata con il decreto del Ministro della giustizia del 14 giugno 2007 (c.d. Commissione Rodotà) che, incaricata di redigere uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici, ha consegnato al Ministro, nel febbraio del 2008, una proposta avente ad oggetto “elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novellazione del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile nonché di altre parti dello stesso Libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni”. Sulla base dei lavori della Commissione, è stato poi redatto il disegno di legge n. 2031 del 2010, avente ad oggetto “delega al governo per la modifica del codice civile in materia di beni pubblici”, mai definitivamente approvato in ragione del subentro del governo Berlusconi.

Per un approfondimento sui lavori della Commissione Rodotà e sullo schema di d.d.l. da questa elaborato, si veda M. RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in G. COLOMBINI (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Napoli, 2009.

<sup>(87)</sup> Ne è espressione emblematica il referendum del 2011 sulla determinazione della tariffa del servizio idrico integrato.

<sup>(88)</sup> La dottrina sui beni comuni è copiosa: G. ARENA - C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012; D. BOLLIER - S. HELFRICH, *The wealth of the commons: a world beyond market and State*, Amherst (MA), 2012; J. BUCHANAN - Y.J. YOON, *Symmetric tragedies: commons and anticommons*, in *Journal of Law and Economics*, 2000, 43 ss.; V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica e Diritto*, 2014; P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *giustamm.it*, 2012; M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Napoli, 2016; A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e “Beni comuni” Il nodo della tutela*, Torino, 2013; G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017; M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*,

l'appartenenza pubblica, il riparto di giurisdizione in materia di concessione di servizi — colorato dall'influenza pubblicistica sulla natura del bene di cui servizi si servono — potrebbe essere indirizzato verso una preferenza per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo <sup>(89)</sup>.

ABSTRACT: Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici servizi è un tema molto annoso e discusso, la cui parabola, ancora in corso, non riesce ad avere nella comunità scientifica italiana una conclusione netta, una comunione di vedute e comunque scevra da critiche. Nel contesto delle concessioni di servizi pubblici, la situazione appare ancora più intricata tanto che il lavoro ambisce ad un triplice obiettivo: in primo luogo, ripercorre e valuta l'impatto del diritto europeo sulla natura e sul regime giuridico delle concessioni di servizi pubblici; in secondo luogo, ricostruisce l'evoluzione normativa che ha interessato il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di servizi pubblici; in terzo luogo — e come conseguenza delle prime due verifiche — offre una prospettiva interpretativa più aderente allo spirito delle norme che la costituzione e il codice del processo amministrativo dedicano al riparto di

in *Science*, New Series, vol. 162, n. 3859 (13 dicembre 1968), 1243 ss.; P. LEON, *Stato, mercato e collettività*, Torino, 2007; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; ID., *Costituzione e beni comuni*, Napoli, 2013; ID., *Introduzione. Verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rass. dir: pubbl. europeo*, 2007, 2; ID., *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, I, 2007, 87 ss.; P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica Italiana*, in *Federalismi.it*, 2011; F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir: civ.*, 2013, 406 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Atti del Convegno Analisi economica e diritto amministrativo*, Annuario 2006, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2007, 125 ss.; E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990; S. OTTONI - L. SACCONI, *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni e destinazione pubblica*, Milano, 2004; ID., *I beni pubblici*, in F. FRACCHIA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2010; ID., *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, cit.; ID., *Beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, tomo I, Milano, 2006, 720 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; ID., *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, *Postfazione*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e privato*, 2012; E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Roma-Bari, 2013.

In via generale, il dibattito sui beni pubblici è ancora molto vivo, come dimostra il Convegno annuale AIPDA su "I beni pubblici. Tradizione e innovazione", tenutosi a Genova nelle giornate del 4 e del 5 Ottobre 2024, con specifico riguardo agli interventi di M. Renna, che torna su "I limiti alla classificazione codicistica dei beni pubblici", e V. Berlingò su "La proprietà intergenerazionale ed i beni di godimento collettivo".

<sup>(89)</sup> Di questo avviso, anche A. DI GIOVANNI, *Diritto soggettivo e interesse legittimo nella concessione di servizi*, cit., 77.

giurisdizione in materia, nell'ottica di verificare se e come le situazioni giuridiche soggettive collegate al potere rilevano a tale scopo. Se così è, si disporrà degli elementi teorici idonei non soltanto per la piena comprensione delle recenti sentenze in materia, ma anche per la critica delle prevalenti considerazioni di diritto ivi contenute. In tale prospettiva, si muoveranno una serie di argomentazioni atte a dimostrare che la tesi formalmente consolidata della giurisprudenza sul *discrimen* riguardante il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di pubblici servizi appare ormai sostanzialmente smentita dalla casistica emersa nella prassi, che si connota per l'esistenza di molteplici "incidenti pubblicistici" ove riemerge grandemente – e come un'araba fenice – la clausola dell'interesse pubblico. Alla verifica in concreto della prassi, con specifico riguardo alla rinegoziazione dei termini contrattuali, alla proroga della concessione di servizi e al recesso unilaterale dal rapporto, seguirà, dunque, una prospettazione tesa a superare le incertezze giurisprudenziali, evitare il c.d. *forum shopping* ed assicurare tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche coinvolte nell'esercizio del potere.

ABSTRACT: *The division of jurisdiction in public services, is a very controversial topic, whose parable, still in progress, does not succeed in having in the Italian scientific community a clear conclusion. In the context of public service concessions, the situation is even more complex, and the essay aims at a threefold objective: Firstly, it reviews and assesses the impact of European law on the nature and legal regime of public service concessions; secondly, it reconstructs the regulatory evolution that has affected the division of jurisdiction in the matter of public service concessions; thirdly – as a result of the first two assessments – it proposes an interpretative perspective more compliant with the regulation of Constitution and the Code of Administrative Procedure on the division of jurisdiction in this matter, in order to detect whether and how the subjective legal situations related to power are relevant for this purpose. If so, there will be sufficient theoretical tools not only for a full understanding of recent judgments in this matter, but also for the criticism of their contents. In this framework, a series of ideas will be advanced to show that the formally established jurisprudence on the division of jurisdiction in the field of public service concessions now appears substantially overcome by the law cases stood out in practice, which are composed by the existence of multiple "public accidents" where the public interest clause resurfaces greatly like an Arabic phoenix. From the assessment of the law cases with particular regard to the renegotiation of contractual terms, the extension of service concessions and the unilateral withdrawal from the concession, we will be led to a different perspective aimed at overcoming the uncertainties in case law, avoiding the cd. forum shopping and ensuring full and effective protection of the legal positions involved in the exercise of power.*

---

# dialoghi con la giurisprudenza

---

Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza 16 febbraio 2024,  
n. 1588

Pres. Chieppa, Est. Sestini

*Monia Alfieri c. Ministero dell'Istruzione e del Merito*

*È annullabile il provvedimento emanato a seguito di un procedimento amministrativo telematico, il quale sia basato su un software dall'architettura eccessivamente e irragionevolmente rigida. L'innovazione tecnologica, infatti, ben permette la creazione di software in grado di riconoscere e richiedere la correzione di eventuali anomalie nella presentazione della domanda (1).*

## **(1) Il principio di necessaria elasticità del software: verso un soccorso istruttorio “automatizzato”?**

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'amministrazione algoritmica. — 2. Il caso. — 3. Fondamento e qualificazione del soccorso istruttorio. — 3.1 Fondamento. — 3.2 Qualificazione. — 4. Delimitazione dell'ambito applicativo. — 5. Il dovere di soccorso nei rapporti multipolari — 6. Il soccorso istruttorio “automatizzato”. — 7. Conclusioni.

### **1. Introduzione: l'amministrazione algoritmica.**

Che gli sviluppi della tecnologia influenzino profondamente il diritto è oramai un'affermazione incontestabile (1). L'apparato

(1) I primi studi italiani sul rapporto tra tecnologie dell'informazione e diritto risalgono ai primi anni '70. *Ex multis*, è d'obbligo citare gli studi del Predieri (cfr. A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971). In Germania la scienza giuridica si è occupata della questione fin dagli anni '50. Per un'accurata ricostruzione bibliografica delle radici storiche della questione, Cfr. G. GALLONE,

amministrativo, al giorno d'oggi, spesso viene accostato all'attributo "digitale" (2), per indicare l'utilizzo delle ICT (*Information and Communication Technologies*) nell'ambito dei procedimenti amministrativi, con l'obiettivo di fornire servizi idonei a soddisfare le esigenze espresse dai cittadini in una società che è profondamente cambiata proprio grazie all'utilizzo di tali strumenti (3). Nella ben nota prospettiva "algoritmica" (4), poi, l'amministrazione non si limita a redigere, conservare e trasmettere l'atto mediante l'utilizzo della tecnologia digitale; al contrario, essa utilizza tale tecnologia per determinarne il contenuto (5), ossia per decidere (6). Con conseguenze decisamente più rilevanti su entrambi i fronti, procedimentale e processuale.

In questo complesso quadro, a cavallo fra amministrazione "digitale" e amministrazione "algoritmica", si staglia la decisione in commento, la quale costituisce un ulteriore prodotto del contenzioso — ormai quasi "seriale" — che vede protagonisti, da un

*Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una "riserva di umanità" tra spunti codicistici di teoria giuridica dell'automazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, vol. 12, 1, 2023, 329 ss.

(2) Per una panoramica su alcune delle questioni di maggiore interesse in tema di informatizzazione dell'attività amministrativa cfr. A.G. OROFINO, *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2004, 1371 ss. e A.G. OROFINO - G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur.it.*, 2020, 1738 ss.

(3) Cfr. D.U. GALETTA, *Information and Communication Technology and Public Administration: Through the Looking-Glass*, in AA.VV., *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, D.U. GALETTA - J. ZILLER (Eds.), *Nomos Verlagsgesellschaft*, 2018, 119 ss. e D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *www.federalismi.it*, 7, 2022, 103 ss.

(4) Cfr. V.A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, 1149 ss.

(5) Così, R. CAVALLO PERIN - D.U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 1ª ed., 2020, 4 ss. Ma v. già A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inf.*, 1993, 165.

(6) V., in tema, A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo: scritti per Franco Gaetano Scoca - I*, Napoli, 2021, 675 ss. Sul concetto di *decisione*, cfr. F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *www.federalismi.it*, aprile 2017.

lato, i docenti delle scuole secondarie di primo e secondo grado e, dall'altro, il Ministero dell'istruzione e del merito (MIUR) (7). Tuttavia, il caso in analisi si presenta come peculiare, in quanto affronta — in un pregnante *obiter dictum* — la specifica questione del soccorso istruttorio nelle procedure comparative telematiche. In altre parole, il Consiglio di Stato con questa pronuncia si assume l'onere di trattare, pur potendosene esimere (8), il tema degli errori eventualmente commessi dai privati nella fase di inserimento dei dati richiesti dalla pubblica amministrazione nei software utilizzati nell'ambito di procedimenti amministrativi telematici.

## 2. Il caso.

La questione affrontata dalla sentenza in commento è la seguente<sup>9</sup>. La ricorrente in primo grado aveva partecipato a una procedura concorsuale straordinaria per l'accesso ai ruoli del personale docente della scuola secondaria di primo e secondo grado. All'esito di detta procedura, si era vista assegnare un punteggio che determinava la sua inidoneità. Tuttavia, dalla ricognizione del voto numerico assegnato ai singoli titoli, emergeva l'attribuzione del punteggio minimo alla voce riguardante il titolo di studio, punteggio minimo riservato ai casi in cui «nel titolo non [fosse] indicato il punteggio ovvero il giudizio finale non [fosse] quantificabile in termini numerici». La ricorrente, al contrario, essendo titolare di una laurea magistrale ottenuta con il massimo dei voti, avrebbe dovuto vedersi assegnare il punteggio massimo, il quale

(7) Cfr. N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 2020, 10, 345. V. anche A.G. OROFINO - G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, cit. e D. MARONGIU, *The legal qualification of decision making software in the management of employment relationships by the public administration*, in *European review of digital administration & law*, 2, 2023, 179 ss.

(8) In quanto il provvedimento in commento integra una sentenza "di rito".

(9) La vicenda, in termini di provvedimenti giurisdizionali che l'hanno riguardata, è così scansionata. Vi è una prima ordinanza cautelare del T.A.R. Puglia, Bari, del 14 febbraio 2023, n. 60. A seguire, la sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 maggio 2023, n. 819. In ultimo, la sentenza d'appello in commento.

le avrebbe garantito l'ottenimento di una posizione in graduatoria utile alla vittoria del concorso.

La discrasia è imputabile integralmente a un cattivo utilizzo — da parte della ricorrente — dello strumento telematico mediante il quale era tenuta a compilare la domanda. La stessa, infatti, pacificamente ammette di aver commesso una «svista nell'utilizzo del menu a tendina»<sup>(10)</sup>. A complicare la situazione, però, interviene la circostanza per cui, in un altro settore della medesima domanda compilata telematicamente, il dato corretto era stato effettivamente inserito. Elemento, questo, ritenuto dai giudici di primo grado fondamentale, in quanto fondante un obbligo di rilevamento della criticità e di successivo intervento da parte dell'amministrazione. Seguivano, da parte della ricorrente, tre istanze volte a sollecitare il soccorso istruttorio, cui l'amministrazione non dava riscontro; la vicenda culminava, pertanto, in una domanda giudiziale.

Le corti amministrative, sia di primo grado che di appello, si dimostrano concordi nell'assegnare pregio alle ragioni della docente, e tuttavia seguono due percorsi motivazionali che, seppur analoghi, presentano alcune sottili divergenze, che pare opportuno sottolineare. Il Tribunale amministrativo pugliese, seguendo un percorso argomentativo più "cauto", valorizza il «consolidato orientamento giurisprudenziale che, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), della L. n. 241/1990 e dell'art. 71, comma 3, del d.P.R. n. 445/2000, impone all'amministrazione il soccorso istruttorio volto alla rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete, salvo che le stesse costituiscano falsità». A parere del Tar, la cogenza dell'istituto del soccorso istruttorio sarebbe ancor più significativa nel caso — come quello di cui si discute — in cui il procedimento amministrativo sia gestito in modo integralmente telematico, dal momento che «i mezzi di comunicazione telematica sono serventi rispetto all'attività amministrativa». In questa

<sup>(10)</sup> Cfr. la ricostruzione in fatto operata dal T.A.R. Puglia, sez. I, sentenza del 27 maggio 2023, n. 819.

prospettiva, pertanto, la corte territoriale sembra preoccuparsi di garantire — a tutela del privato — l'intervento umano <sup>(11)</sup> nei procedimenti amministrativi automatizzati, quantomeno *ex post*, in sede di verifica di eventuali anomalie.

Da questa ricostruzione si discosta il Consiglio di Stato, pur pervenendo alle medesime conclusioni in termini di dispositivo. I giudici d'appello, nel dichiarare l'irricevibilità dell'appello presentato dal Ministero dell'Istruzione e del Merito, avvertono l'esigenza di pronunciarsi anche sul merito della questione. Tale scelta viene esplicitamente giustificata dalla «necessità di garantire la piena legittimazione professionale dell'odierna controinteressata», ma sembra altresì motivata dal rilievo speculativo e dall'importanza pratica della problematica affrontata. E dunque, nel breve *obiter dictum* che presenta alla nostra lettura, il Consiglio di Stato, prendendo le distanze (in punto di *iter* argomentativo) dal ragionamento della corte di primo grado, non fa applicazione in via diretta dell'istituto del soccorso istruttorio. Al contrario, afferma che gli stessi principi che hanno portato all'affermazione di tale istituto (che pertanto sembra rilevare solo in via indiretta) permettono di enucleare anche una diversa *regula iuris*, che viene in rilievo in caso di procedimenti amministrativi (integralmente) <sup>(12)</sup> automatizzati. Detta norma viene espressa nei seguenti termini: è causa di illegittimità del provvedimento amministrativo «la non necessaria e quindi irragionevole rigidità dell'architettura della procedura telematica», utilizzata nel procedimento che ha portato alla sua emanazione, in quanto questa è «inidonea [...] a

<sup>(11)</sup> Sul tema è essenziale la lettura di G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023.

<sup>(12)</sup> Sui vari livelli di automazione possibili, cfr. in giurisprudenza Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, in dottrina G. GALLONE, *Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale (nota a Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891)*, in *Dir. Internet*, 2022, 1, 161 ss; P. CLARIZIA, *La nozione di algoritmo "tecnologico" secondo una recente decisione del Consiglio di Stato*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 13 gennaio 2022 e A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2022.

guidare la libera scelta dei cittadini interessati nel rispetto della loro volontà», e quindi lesiva degli stessi principi costituzionali che presidiano l'istituto del soccorso istruttorio.

L'affermazione di una regola siffatta presuppone alcune ben precise scelte di campo, che nella sentenza restano implicite. In primo luogo, per ritenerla esistente, si deve optare per un ben preciso inquadramento del soccorso istruttorio a livello di principi costituzionali e sovranazionali. In secondo luogo, e in stretta connessione con questo profilo, si deve propendere per una ricostruzione dell'istituto in chiave di doverosità per l'amministrazione: non potrebbe darsi luogo a illegittimità del provvedimento a causa dell'utilizzo di un software "rigido" senza accedere alla ricostruzione del soccorso offerto al privato in termini di potere-dovere. Ancora, l'esercizio del potere di soccorso istruttorio, a seconda della ricostruzione prescelta<sup>(13)</sup>, apre a un procedimento parallelo, il cui avvio interrompe il decorso dei termini di conclusione del procedimento principale, o a un sub-procedimento incidentale che, al contrario, ne determina solo una sospensione: la regola in esame presuppone che si ritenga, all'interno di questo procedimento secondario (o sub-procedimento), l'intervento umano meramente eventuale. È su questi punti, dunque, che l'indagine si deve soffermare.

### **3. Fondamento e qualificazione del soccorso istruttorio.**

#### **3.1. *Fondamento.***

Come si è già accennato, la sentenza in commento poggia la *regula iuris* in precedenza delineata sui «valori anche di derivazione costituzionale che hanno anche portato all'affermazione dell'istituto del soccorso istruttorio». È stato attentamente osservato in dottrina che il soccorso istruttorio nasce nel diritto amministrativo speciale, e, mediante un effetto definito "di tracimazio-

<sup>(13)</sup> Per un'analisi della questione, v. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016, 169 ss.

ne”, ottiene una posizione nell’arena degli istituti procedimentali del diritto amministrativo generale <sup>(14)</sup>. Infatti, l’istituto affonda le sue origini del diritto dei contratti pubblici, ed è stato delineato per la prima volta dall’art. 15 del d. lgs. del 24 luglio 1992, n. 358 <sup>(15)</sup>, nonostante che l’attuale denominazione si debba solo al Codice dei contratti pubblici del 2016 <sup>(16)</sup>. Oggi è codificato, nella sua dimensione procedimentale, dall’art. 6 della legge generale sul procedimento amministrativo. Tale articolo, infatti, nel tracciare un (incompleto) quadro dei compiti del responsabile del procedimento, alla lett. b) del comma 1, gli conferisce il potere-dovere di chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni e istanze erronee o incomplete.

A ben vedere, tuttavia, di “dovere di soccorso” nel diritto amministrativo generale parlava già nel 1967 Franco Levi <sup>(17)</sup>. Analizzando il principio inquisitorio che domina l’istruttoria amministrativa, Levi identificava un dovere degli uffici amministrativi di collaborare con i cittadini per il soddisfacimento dei loro interessi nelle varie procedure amministrative, in particolare aiutandoli nel compimento degli atti necessari. L’illustre Autore, però, con riferimento al proprio tempo, considerava siffatto dovere non come una regola vigente nell’ordinamento — sarebbe stato “utopistico” <sup>(18)</sup> — ma solo come una tendenza, la quale avrebbe condotto,

<sup>(14)</sup> Così D.U. GALETTA - S. D’ANCONA - P. PROVENZANO, *Soccorso istruttorio e pubblica amministrazione digitalizzata: riflessioni sulle ‘magnifiche sorti e progressive’ di un istituto dal grande potenziale, ma ancora largamente sottoutilizzato*, in *CERIDAP*, 2, 2022, 23.

<sup>(15)</sup> L’ art. 15 del d. lgs. del 24 luglio 1992, n. 358 rubricato *Completamento e chiarimenti dei documenti presentati*, così disponeva: «1. Nei limiti previsti dagli articoli 11, 12, 13 e 14, le amministrazioni possono invitare le imprese concorrenti a completare od a fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. [...]».

<sup>(16)</sup> Così D.U. GALETTA - S. D’ANCONA - P. PROVENZANO, *Soccorso istruttorio*, cit., 24.

<sup>(17)</sup> F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 384 ss. L’Autore rinvia anche a U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 384 ss.

<sup>(18)</sup> Sul superamento della “dimensione utopistica” cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., 27 ss.

prima o poi, alla sua introduzione <sup>(19)</sup>.

Il soccorso istruttorio è stato definito come quel potere-dovere <sup>(20)</sup> di intervento suppletivo dell'autorità procedente, al fine di ovviare a imprecisioni od omissioni, di carattere eminentemente documentale <sup>(21)</sup>, imputabili ai partecipanti alla procedura <sup>(22)</sup>. Esso, dunque, si configura come un "aiuto" <sup>(23)</sup> prestato dal decisore pubblico con riferimento a varie situazioni, individuate: nell'ausilio che l'ente pubblico deve prestare per l'ottimale e completa predisposizione delle domande; nell'indicazione dei diritti spettanti ai cittadini nella procedura (e in questo caso lo strumento dimostra di caratterizzarsi per una spiccata inflessione garantistica); in richiami e avvertenze circa le conseguenze giuridiche di atti od omissioni dei privati <sup>(24)</sup>.

Il problema dell'individuazione del fondamento dogmatico dell'istituto, ossia, in altri termini, di quali siano quei «valori an-

<sup>(19)</sup> *Contra*: A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, 189 ss., per i quali non è possibile considerare l'istituto del soccorso istruttorio come una manifestazione del principio inquisitorio. A parere degli autori, infatti, il dovere di cui si tratta non rappresenta un potere strumentale all'accertamento d'ufficio dei fatti, in quanto, esercitando il potere di soccorso, lungi dall'accedere ai fatti in via diretta, l'organo istruttore si limita a sollecitare la parte istante nell'affermazione dei fatti rilevanti per l'accoglimento della sua domanda. In quest'ottica, dunque, il soccorso andrebbe letto — al contrario — come un'autonoma attribuzione del responsabile del procedimento.

<sup>(20)</sup> Sulla lettura del soccorso in chiave di doverosità, la letteratura è amplissima. Per alcuni esempi, si v. R. VILLATA - G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, 1987, spec. 591-592; E. FREDIANI, *il dovere di soccorso*, cit.; A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit.

<sup>(21)</sup> Il carattere eminentemente documentale delle imprecisioni o delle omissioni emendabili con il soccorso è desumibile già dalla formulazione letterale dell'art. 6 della l. n. 241 del 1990, il quale discorre di *dichiarazioni* o *istanze* erronee o incomplete. Il criterio emerge anche dall'analisi della giurisprudenza, tra cui, senza pretesa di esaustività, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 18 febbraio 2021, n. 448; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 settembre 2019, n. 10796; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 29 aprile 2014, n. 5364; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 22 dicembre 2015, n. 1231, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>(22)</sup> Così A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 183.

<sup>(23)</sup> Parla di "aiuto", E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 23

<sup>(24)</sup> *Ibidem*. Cfr. anche U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., 289.

che di derivazione costituzionale» cui la sentenza in commento fa riferimento, non può essere scisso da uno ulteriore, cioè quello di stabilire la reale portata dell'art. 6, lett. b) della l. n. 241/1990: in sostanza, si deve verificare se esso manifesti un potere facoltativo della p.a., o, al contrario, il suo esercizio sia obbligatorio. Questa impostazione è necessaria in quanto sulla qualificazione in termini di doverosità o meno dell'istituto incide in modo determinante, sul piano logico, l'individuazione dei valori sottesi allo stesso.

La giurisprudenza iscrive il principio di regolarizzazione documentale in quello più generale del buon andamento <sup>(25)</sup> della pubblica amministrazione, di cui costituirebbe un diretto corollario <sup>(26)</sup>. La dottrina, sulla stessa scia, ritiene che il soccorso procedimentale tuteli la “massima collaborazione” tra privato e amministrazioni, «all'interno di un giusto procedimento partecipato, condotto cioè secondo i principi del contraddittorio e della equità procedurale, nell'ottica del buon amministrare a servizio del cittadino» <sup>(27)</sup>. In buona sostanza, la regolarizzazione documentale affonda le sue radici nel principio generale dell'ordinamento giuridico <sup>(28)</sup> di partecipazione <sup>(29)</sup> del privato al pro-

<sup>(25)</sup> Su cui v. M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in Aa.Vv., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), Milano, 2012, 126. V. anche, in tema, S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, in *Foro amm. (Cds)*, 2009, 238 ss.;

<sup>(26)</sup> In questi termini Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2010, n. 3486. V anche Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2004, n. 4345.

<sup>(27)</sup> In questi esatti termini A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 194 ss. Ma v. anche E. FREDIANI, *Il soccorso procedimentale*, cit., 28 ss.

<sup>(28)</sup> Sulla partecipazione come principio generale dell'ordinamento giuridico, cfr. Corte cost., 22 febbraio 1962, n. 13; Corte cost., 9 marzo 1978, n. 23; E. GIARDINO, *Partecipazione al procedimento*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di R. TOMEI, Padova, 2005, 273 ss.; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 299 ss.

<sup>(29)</sup> Sulla partecipazione al procedimento la letteratura è vastissima. Si v. *ex multis*, F. MANGANARO - A. PIRAINO, *Partecipazione al procedimento amministrativo e diritto di accesso*, in *Amministrare*, 1994, 283 ss.; C.E. GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in Aa.Vv., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, P. ALBERTI - G. AZZARITI - G. CANAVESIO - C.E. GALLO - M.A. QUAGLIA (a cura di), Torino, 1992, 55 ss.; R. FERRARA, *La*

cedimento amministrativo <sup>(30)</sup>. Tuttavia, è stato acutamente osservato <sup>(31)</sup> come questa affermazione necessiti di una precisazione. Partecipazione e regolarizzazione documentale, infatti, muovono entrambi da un “minimo comune denominatore” <sup>(32)</sup>, in quanto sono sorrette da una medesima *ratio* di collaborazione <sup>(33)</sup> fra privato e pubblica amministrazione procedente, ma si dipanano lungo due direttrici opposte. La partecipazione segue un approccio *bottom-up*, e, nella sua dimensione collaborativa <sup>(34)</sup>, comporta una cooperazione del privato all’attività della pubblica amministrazione. Al contrario, il soccorso istruttorio segue l’opposta prospettiva *top-down*: è l’amministrazione, in questa evenienza, a essere parte attiva, mentre il privato è destinatario dell’apporto collaborativo.

Su un piano ancor più generale, il soccorso istruttorio è stato ricondotto <sup>(35)</sup> nell’alveo del generalissimo principio sovranazionale della “buona amministrazione”, di cui all’art. 41 della

*pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa ad un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 225 ss.; F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 11 ss.; S. COGNETTI, “Quantità” e “qualità” della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale, Milano, 2000, *passim*; M. D’ALBERTI, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; S. FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *AA.VV.*, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, B. CAVALLO (a cura di), Torino, 2000, 84-85; F. SATTÀ, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, 307 ss.

<sup>(30)</sup> In questi termini M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 3, 2017, 573 ss.

<sup>(31)</sup> Da E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 28 ss.

<sup>(32)</sup> L’espressione è di E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 29.

<sup>(33)</sup> Sulla *ratio* collaborativa della partecipazione v. anche F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *AA.VV.*, *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale I*, M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), Milano, 2007, 62 ss. e G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.

<sup>(34)</sup> Cfr. nota precedente. V. anche, sulla distinzione tra partecipazione in chiave difensiva e collaborativa, S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 65 ss.

<sup>(35)</sup> Sempre da E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 43 ss.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea <sup>(36)</sup>. In particolare, l'istituto andrebbe iscritto nel primo comma di tale disposizione, nella parte in cui afferma il diritto di ogni persona a che «le questioni che la riguardano siano trattate in modo [...] equo». L'equità dell'azione amministrativa, in quanto riferita non solo alla «bontà» della decisione finale ma a tutto il «comportamento amministrativo» <sup>(37)</sup> che si estrinseca con il procedimento, dall'iniziativa fino all'istruttoria, sarebbe dunque il fondamento ultimo e più generale dell'obbligo della p.a. permettere, ma ancor prima di sollecitare, la regolarizzazione dell'istanza da parte del privato.

Inoltre, sempre nell'ottica di un inquadramento del soccorso istruttorio nella rete dei principi generali che sostengono il diritto amministrativo (inquadramento utile a sua volta a saggiare la correttezza della lettura dell'istituto in chiave di doverosità) esso può essere fatto derivare, seppur non senza difficoltà <sup>(38)</sup>, dal principio di semplificazione amministrativa <sup>(39)</sup>, *rectius* dal divieto di aggra-

<sup>(36)</sup> Su cui, fra tanti, v. P. CRAIG, *Administrative Law*, Londra, 1994, 18 ss., A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, 425 ss.; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 537 ss.

<sup>(37)</sup> Così E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., p. 49 che richiama il fondamentale lavoro di H. SIMON, *Administrative behaviour: a Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, New York, 1947, 119 s.

<sup>(38)</sup> In questi termini, A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 201.

<sup>(39)</sup> Sul principio di semplificazione amministrativa, v. E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, n. 3-4, 1998, 335 ss., ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli, 2015, 453 ss.; M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 679 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1998, 699 ss.; R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.; ID., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e soc.*, 2000, 101 ss.; V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 3-4, 2000, 617 ss.; M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2000, 385 ss.; S. AMOROSINO, *Lo stallo della semplificazione amministrativa: fattori critici e ipotesi di rilancio*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2004, 1887 ss.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in *GiustAmm.*, 5, 2005;

vamento istruttorio <sup>(40)</sup> (che della semplificazione è diretto corollario), di cui all'art. 1, comma 2, della l. 241/1990. Accorta dottrina <sup>(41)</sup>, infatti, muovendo dal principio di buona amministrazione <sup>(42)</sup> ha ritenuto di poter restringere il campo e inquadrare la regolarizzazione documentale nel solco della semplificazione amministrativa, che del canone di buona amministrazione è parziale attuazione.

Si è detto, tuttavia, che siffatto inquadramento presenta delle difficoltà. Ciò in forza di almeno due ostacoli. Il primo, più generico, è costituito dalla circostanza che il significato esatto del divieto di aggravamento è controverso <sup>(43)</sup>. Il secondo ostacolo

R. SCARCIGLIA, *La semplificazione amministrativa in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2006, 364 ss.; P. LAZZARA, *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, 475 ss.; T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2008, 173 ss.; R. CHIEPPA, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2009, 257 ss.; G. VESPERINI, *Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa*, *ivi*, 2010, 203 ss.; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 3041 ss.; C. VIDETTA, *Semplificazione amministrativa e interessi sensibili. Una prospettiva di analisi*, in *Dir. econ.*, 2, 2013, 557 ss.; C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 355 ss.; S. VERNILE, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1697 ss.; N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in *GiustAmm.it*, 4, 2016; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *GiustAmm.it*, 5, 2016; C. DEODATO, *I limiti della semplificazione amministrativa. Un'idea liberale di revisione delle funzioni pubbliche*, in *GiustAmm.it*, 5, 2017.

<sup>(40)</sup> Sul divieto di aggravamento istruttorio, in particolare, v. S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2, 2018; M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), Milano, 2012, 493 ss.

<sup>(41)</sup> Ci si riferisce al più volte citato lavoro monografico di E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 53.

<sup>(42)</sup> Altri, sulla stessa scia, hanno indagato i rapporti fra buon andamento e divieto di aggravamento istruttorio. Cfr. C. MARZUOLI, *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, in AA.VV. *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2011.

<sup>(43)</sup> A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 201.

(44) richiede qualche precisazione in più. Una lettura “ingenua” del principio di semplificazione amministrativa potrebbe condurre a una sua lettura nell’ottica di una valorizzazione del mero dato dell’accelerazione massima dell’esercizio del potere, dettata da una sopravvalutazione di quella che è stata definita l’“ansia di provvedere” (45). Accedendo a una tale lettura, il soccorso istruttorio non potrebbe che essere qualificato in termini di aggravio procedimentale, e dunque sottoposto a una lettura restrittiva in merito al suo ambito di applicazione (46), a discapito della tutela dell’istante.

Al contrario, la semplificazione è stata letta dalla dottrina più illuminata in rapporto con la necessaria “razionalità” dell’agire amministrativo (47), superando la “logica del mero risultato” (48), e aprendo ad incidenti procedurali (come il soccorso istruttorio) che, se *prima facie* aggravano il procedimento, introducendo nuovi adempimenti in capo all’amministrazione, nel complessivo farsi dell’azione amministrativa si risolvono in una generale razionalizzazione della stessa. In questi termini, accedendo a un’idea sostanziale e non meramente formale del principio di semplificazione, anche un incidente procedimentale come il soccorso istruttorio ne diventa espressione.

### 3.2. Qualificazione.

Se quelli descritti nel paragrafo precedente (senza pretesa di esaustività) sono i «valori [...] che hanno anche portato all’affermazione dell’istituto del soccorso istruttorio», l’affermazione

(44) Su cui cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 55 ss.

(45) Da E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, cit., 461 ss.

(46) Cfr. A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 203; F. SAIITA, *Del divieto di aggravamento ventitré anni dopo, ovvero dell’intramontabile discrezionalità istruttoria dell’amministrazione procedente*, in *Diritto e Società*, 3, 2013, 465 ss.

(47) R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un’amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss. In tema, v. anche F.G. COCCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove Autonomie*, n. 3-4, 2008, 557 ss.; E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, cit., 461 ss.

(48) E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 60.

della regola per cui un provvedimento emanato avvalendosi di un software dall'architettura eccessivamente "rigida" sarebbe illegittimo, quando non abbia reso possibile la regolarizzazione documentale di un istante, necessita di un ulteriore passaggio logico, che conduca all'affermazione della doverosità dell'esercizio del potere di soccorso. L'incertezza circa la cogenza in ordine all'attivazione di siffatto istituto — oggi quasi completamente sopita — può essere attribuita almeno a un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, viene in rilievo l'ambiguo tenore letterale dell'art. 6, lett. b) della l. n. 241/1990, che sembra esprimersi in termini facoltizzanti. Inoltre, in altre esperienze ordinamentali, l'amministrazione è libera nella scelta dell'esercizio o meno del potere istruttorio<sup>(49)</sup>, circostanza che potrebbe integrare un argomento comparatistico a favore della tesi della facoltatività.

A fronte di una giurisprudenza risalente, ma con alcune episodiche pronunce conformi anche più recenti, per la quale l'attivazione dell'istituto avrebbe rappresentato «una scelta discrezionale e non un obbligo»<sup>(50)</sup> per l'amministrazione, l'interpretazione del tutto prevalente<sup>(51)</sup> oggi è orientata nel senso della doverosi-

<sup>(49)</sup> In Francia, ad esempio, «il *pouvoir adjudicateur* è totalmente libero di scegliere tra l'esclusione della candidatura irregolare perché incompleta e la richiesta di regolarizzazione della stessa ai sensi dell'art. 52 del code [*des marchés publics, ndr.*], senza che la scelta nell'un senso o nell'altro possa essere sindacata in sede giurisdizionale». In questi termini si esprime P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia)*, in *Urb. E App.*, 1, 2015, 73 ss., richiamato da D.U. GALETTA - S. D'ANCONA - P. PROVENZANO, *Soccorso istruttorio e pubblica amministrazione digitalizzata: riflessioni sulle "magnifiche sorti progressive" di un istituto dal grande potenziale, ma ancora largamente sottoutilizzato*, in *CERIDAP*, 2, 2022, 22 ss.

<sup>(50)</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2005, n. 392. Nel medesimo solco, anche Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2231 e Cons. Stato, sez. III, 4 gennaio 2019, n. 96. L'orientamento è stato anche avallato, in una occasione, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014, nella quale i giudici hanno distinto il settore dei contratti pubblici, in cui l'esercizio del potere di richiedere la regolarizzazione documentale è obbligatorio, dal diritto amministrativo generale, in cui costituisce una mera facoltà. Su quest'ultima pronuncia, cfr. A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 195.

<sup>(51)</sup> Per la giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. II, 6 maggio 2021, n. 3537; e *Id.*, 1 luglio 2020, n. 4191; Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975; Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663 che, seppur con riguardo alla materia dei contratti pubbli-

tà, qualificando l'attivazione dell'istituto in termini di potere-dovere<sup>(52)</sup>. Una siffatta conclusione in merito alla qualificazione (in senso "forte"<sup>(53)</sup>) dell'istituto del soccorso istruttorio può essere raggiunta mediante due diversi percorsi argomentativi. Per un verso, il soccorso è stato letto alla luce dei principi (già menzionati) che ne stanno a fondamento, oltre che a quelli di buona fede, leale collaborazione e imparzialità<sup>(54)</sup>, e una tale lettura non può che comportarne la qualificazione in termini di doverosità<sup>(55)</sup>. D'altronde, alla luce dei medesimi principi, si è sottolineato come il responsabile del procedimento sia tenuto a compiere un'istruttoria «adeguata, vale a dire idonea, completa ed esauriente, aggiornata, precisa e rigorosa, seria, condotta dedicando il tempo necessario e la giusta attenzione ai diversi elementi rilevanti, sviluppando gli approfondimenti (anche come acquisizioni di pareri e valutazioni) necessari, senza omissioni o lacune, leale ed imparziale, e della quale dovrà darsi conto nella motivazione del provvedimento»<sup>(56)</sup>. Pertanto, l'articolo 6 della legge n. 241 deve essere letto nel senso di non rimettere in capo al responsabile alcun margine di discrezionalità<sup>(57)</sup>, anche per quanto riguarda

ci, parla di «sicura cogenza di tale principio — a sua volta espressione del più generale principio di leale collaborazione nei rapporti tra amministrazione e privato», e in questo modo sembra suggerire un'estensione generalizzata della lettura in chiave di cogenza. Con riferimento alla dottrina, tutti gli autori citati nello scritto paiono concordi circa la lettura in termini di doverosità.

<sup>(52)</sup> Cfr., per tutti, E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., p. 181, che a sua volta, per l'inquadramento dogmatico di tale potere-dovere, richiama E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 ss., ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli, 2015, 115 ss., spec. 120-123, secondo il quale la figura si sostanzia nella «attività consistente nell'esercizio di un potere attribuito ad un altro soggetto, o anche di un proprio potere, ma in vista di interessi non propri, o almeno non esclusivamente propri».

<sup>(53)</sup> M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, cit., 573 ss.

<sup>(54)</sup> In questi termini si esprimono A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 183 ss.

<sup>(55)</sup> *Ibidem.*

<sup>(56)</sup> Così E. CARLONI, *Le verità amministrative*, Milano, 2011, 182 ss. e la giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>(57)</sup> Cfr. G.M. RACCA, *Richiesta e istanza alla pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XIII, Torino, 1998, 370 e ss.

l'attività di cui alla lett. b) del medesimo articolo, che delinea l'istituto del soccorso istruttorio.

Se si osserva, poi, più da vicino la relazione che intercorre tra principio di buon andamento e soccorso istruttorio, diviene semplice constatare come questo da un lato evita inutili duplicazioni dei procedimenti, in quanto il soggetto che veda rigettata la sua istanza per motivi meramente formali, con ogni probabilità, nei procedimenti a istanza di parte in senso stretto, si limiterà a riproporla; dall'altro, nelle procedure comparative, l'esclusione di un potenziale concorrente per motivi meramente formali potrebbe porsi in contrasto con l'interesse pubblico a che vinca il concorrente migliore <sup>(58)</sup>.

Per altro verso, anche l'argomento letterale di cui sono portatori i sostenitori della tesi opposta non è dirimente. Sempre sul piano della *littera legis*, infatti, accorta dottrina ha rilevato come l'espressione "può chiedere" debba essere letta alla luce dell'inciso precedente, per cui il responsabile del procedimento "adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria" <sup>(59)</sup>. In questo senso, tale inciso tingerebbe di doverosità l'intera gamma dei poteri istruttori attribuiti a tale figura.

In ultimo, pare opportuno sottolineare un ulteriore rilievo operato dalla dottrina sul tema. Con riferimento al soccorso istruttorio nella materia dei contratti pubblici, è stato detto che, a seguito delle scelte operate con d.l. 24 giugno 2014, n. 90 — e confermate dalle previsioni successive in materia, fino al nuovo codice dei contratti pubblici recato dal d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36 — si sarebbe venuto a configurare una sorta di "soccorso istruttorio rinforzato" <sup>(60)</sup>. Ebbene, sarebbe innegabile la forza

<sup>(58)</sup> Ragionamento svolto da A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 200.

<sup>(59)</sup> Si riporta in questa sede quanto affermato da E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 184, che richiama il ragionamento svolto da A. POLICE, *Trasparenza e formazione delle decisioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 1, 1996, 229 e ss.

<sup>(60)</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 22 marzo 2016, n. 3580. Secondo D.U. GALETTA - S. D'ANCONA - P. PROVENZANO, *Soccorso istruttorio e pubblica amministrazione digitalizzata: riflessioni sulle "magnifiche sorti progressive" di un istituto dal grande potenziale, ma ancora largamente sottoutilizzato*, cit., 22 ss., infatti, con tale riforma

espansiva di tale particolare istituto nel diritto generale, fornendo un ulteriore argomento, quantomeno *ad abundantiam*, in favore della lettura “forte” dell’istituto del soccorso <sup>(61)</sup>.

#### 4. Delimitazione dell’ambito applicativo.

Proseguendo con l’analisi dell’istituto del soccorso istruttorio, utile ad una lettura critica più approfondita della regola esposta dalla sentenza in commento, occorre ora soffermarsi brevemente sulla delimitazione dell’ambito di applicazione di tale potere-dovere, specificando sia, in termini positivi, quando questo vada (obbligatoriamente) applicato, sia, in termini negativi, quando la sua attuazione vada esclusa.

È affermazione pacifica quella per cui il tema del dovere di “aiuto” procedimentale si ponga esclusivamente con riguardo ai procedimenti “a istanza di parte” <sup>(62)</sup> <sup>(63)</sup>, nei quali, cioè, vi sia un «atto di iniziativa privata di sollecitazione rispetto all’esercizio dell’azione amministrativa» <sup>(64)</sup>, atto che determina il sorgere, in capo alla pubblica amministrazione, del dovere di “procedere” e di “provvedere” <sup>(65)</sup>, ai sensi dell’art. 2, comma 1, della l. 241/1990. E tuttavia, come sottolineato da accorta dottrina <sup>(66)</sup>, occorre una

l’istituto avrebbe subito una vera e propria “metamorfosi”, tramutandosi da “eccezione” in “regola”.

<sup>(61)</sup> In questi termini sempre D.U. GALETTA - S. D’ANCONA - P. PROVENZANO, *Soccorso istruttorio e pubblica amministrazione digitalizzata: riflessioni sulle “magnifiche sorti progressive” di un istituto dal grande potenziale, ma ancora largamente sottoutilizzato*, cit., 22 ss.

<sup>(62)</sup> Concordano sul tema tutti gli Autori citati nello scritto. In particolare, cfr. M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, cit., 573; E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 24; A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 184.

<sup>(63)</sup> Sui procedimenti a istanza di parte in generale, cfr. P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva «servizi»*, Napoli, 2008, e la bibliografia *ivi* citata. V. anche G.M. RACCA, *Richiesta e istanza alla pubblica amministrazione*, cit., 370 ss.

<sup>(64)</sup> Così E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 80.

<sup>(65)</sup> Su cui v. A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull’azione amministrativa*, in AA.VV., *L’azione amministrativa*, A. ROMANO (a cura di), Torino, 2016, 134 ss.

<sup>(66)</sup> Ci si riferisce a A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 184 ss.

precisazione in merito. Si è rilevato, infatti, che il concetto di “istanza” deve, in questa sede, essere inteso in senso lato. Invero, se *strictu sensu* vengono qualificati “istanze” gli atti che producono un effetto giuridico “impulsivo”<sup>(67)</sup>, ossia che, costituendo atti preparatori di carattere necessario nei confronti del provvedimento<sup>(68)</sup>, integrano il punto di partenza essenziale del procedimento, vi sono anche classi di procedimenti i quali, pur tecnicamente qualificabili come “a iniziativa officiosa”<sup>(69)</sup>, necessitano per la loro prosecuzione e conclusione di “istanze (intese in senso lato, come domande<sup>(70)</sup>) private di partecipazione”<sup>(71)</sup>, «con le quali si richiede un provvedimento favorevole a soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo che concorre con l’interesse pubblico sotteso all’intera procedura»<sup>(72)</sup>. Si tratta dei procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale<sup>(73)</sup>, fra i quali ricadono le procedure concorsuali, categoria cui appartiene il procedimento oggetto della sentenza in commento. Appare evidente come anche in questo secondo caso di istanza “in senso lato” si manifestino presupposti coerenti con la ratio del principio di regolarizzazione e, pertanto, sarà applicabile l’istituto del soccorso istruttorio.

Ciò detto, occorre soffermarsi brevemente proprio sull’istanza<sup>(74)</sup>, al fine di sottolineare le qualità che questa debba presentare allo

<sup>(67)</sup> Su cui v. G.M. ESPOSITO, *Il diritto all’iniziativa procedimentale. Struttura e funzione*, Napoli, 2012.

<sup>(68)</sup> Così A. SCOGNAMIGLIO, *Istanze, richieste alla p.a.*, in AA.VV., *Diz. dir. pubbl.*, S. CASSESE (diretto da), vol. IV, Milano, 2006, 3285, richiamato da A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 184.

<sup>(69)</sup> Ossia quei procedimenti in cui ad attivarsi è lo stesso organo procedente ovvero altra amministrazione, cfr. R. VILLATA - G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1996, XI, Torino, 592.

<sup>(70)</sup> Cfr. G.M. RACCA, *Richiesta e istanza alla pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 368 ss., per la quale può essere qualificata istanza «ogni domanda rivolta da un soggetto privato [...] ad una pubblica amministrazione, per soddisfare un proprio interesse.»

<sup>(71)</sup> Così A. BONAITI - S. VACCARI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(72)</sup> Così A. BONAITI - S. VACCARI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(73)</sup> Su cui v. S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale: la diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, 2002, 31 e ss.

<sup>(74)</sup> Sul tema dell’istanza del privato rivolta alla p.a. e del suo regime giuridico, cfr. in generale G.M. ESPOSITO, *Il diritto all’iniziativa procedimentale*, cit.; P. LAZZARA, *I*

scopo, in primo luogo, di essere qualificata come tale e, in secondo, di poter accedere al beneficio della regolarizzazione documentale. L'istanza del privato possiede un'anima duplice, per valenza e contenuto <sup>(75)</sup>: per un verso essa è un atto della sequenza procedimentale, della quale costituisce momento d'impulso; d'altro canto, tuttavia, costituisce un "atto negoziale espressione di autonomia" <sup>(76)</sup> privata. La combinazione fra le circostanze della natura ancipite dell'atto di impulso procedimentale e della mancanza di una disciplina espressa di tale atto <sup>(77)</sup> ha reso ardua l'operazione di individuazione delle condizioni di rilevanza giuridica dello stesso <sup>(78)</sup>.

Il tema è centrale in un discorso sul dovere di soccorso, in quanto involge i presupposti di applicazione dello stesso. La migliore dottrina in materia <sup>(79)</sup> sottolinea tre diverse casistiche in materia, utili a precisare l'ambito di applicazione del soccorso. In primo luogo, vi sarebbero "domande non idonee a generare alcun obbligo di provvedere in capo all'amministrazione" <sup>(80)</sup>, in quanto prive degli elementi essenziali utili a qualificarle come atti di impulso procedimentali. Una tale situazione può essere qualificata in termini di inesistenza <sup>(81)</sup> o di nullità <sup>(82)</sup>; ciò che rileva ai fini che

*procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit.; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018; G.M. RACCA, *Richiesta e istanza alla pubblica amministrazione*, cit.

<sup>(75)</sup> Così P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 186 ss.

<sup>(76)</sup> Cfr. op. loc. ult. cit., ripreso da E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 82.

<sup>(77)</sup> L'art. 2, della l. n. 241/1990, infatti, nel prevedere che Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso, non contiene elementi utili al fine di individuare il regime giuridico dell'istanza, cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 93. In altri termini, nulla è specificato in ordine al quando un'istanza possa essere considerata tale. V. anche A. SCOGNAMIGLIO, *Istanze, richieste alla p.a.*, cit., 3284 ss.

<sup>(78)</sup> Su cui v. G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 95 ss.

<sup>(79)</sup> E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 94.

<sup>(80)</sup> *Op. loc. ult. cit.*

<sup>(81)</sup> A. BONAITI - S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. Un'analisi critica del principio di par condicio tra formalismo e logica di risultato*, in *Dir. amm.*, 2, 2023, 390.

<sup>(82)</sup> Per un riferimento a entrambe le qualificazioni v. P. LAZZARA, *I procedimenti*

qui interessano è che gli atti così qualificabili non sono idonei a generare alcun obbligo di provvedere in capo alla P.A. <sup>(83)</sup>, e dunque, a fortiori, l'amministrazione non sarà legittimata ad attivare il percorso di regolarizzazione documentale. La seconda categoria è quella delle domande "irregolari" <sup>(84)</sup>, ossia caratterizzate da vizi di carattere eminentemente formale <sup>(85)</sup>, ma in sé coerenti nel loro contenuto minimo essenziale. È con riferimento a questa classe di istanze che il dovere di soccorso viene in rilievo: pare chiaro come, in siffatte situazioni, la ratio collaborativa si manifesti in tutta la sua pervasività. La terza classe di istanze comprende quelle manifestazioni di volontà correttamente espresse (prive di irregolarità), le quali danno immediatamente luogo all'obbligo di provvedere in capo alla p.a., coerentemente con quando disposto dal primo periodo dell'art. 2 della l. 241/1990, e che — non necessitando di alcuna integrazione o modifica — non richiedono l'attivazione dell'istituto del soccorso.

La tripartizione appena illustrata è utile, come si è detto, ad individuare più da vicino l'ambito applicativo del principio di regolarizzazione documentale, e tuttavia necessita di essere riempita di contenuto. È fondamentale, infatti, chiarire quantomeno quando un'istanza sia "non idonea", ossia, a seconda dell'opzione ricostruttiva che si predilige, inesistente o nulla. Ebbene, secondo una condivisibile opzione ermeneutica <sup>(86)</sup>, occorrerebbe distinguere tra contenuto sostanziale dell'istanza, da un lato, e "condizioni di

*amministrativi ad istanza di parte*, cit., 196.

<sup>(83)</sup> Sull'obbligo di provvedere in generale v. N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, cit.

<sup>(84)</sup> Cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 87, il quale importa la categoria della irregolarità dalla riflessione in tema di vizi formali del provvedimento amministrativo (su cui v. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2004, 187 ss.) adattandola ad un atto di genesi privata quale l'istanza.

<sup>(85)</sup> Su cui v. M. D'ORSOGNA - F.G. SCOCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2ª ed., 2008, 321 ss.

<sup>(86)</sup> Delineata da E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 79 ss., spec. 85, sulla traccia della ricostruzione effettuata da P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 197 ss., che conduce l'indagine alla luce del divieto di aggravamento del procedimento.

forma e di presentazione”<sup>(87)</sup>, dall’altro. In tal senso, atterrebbero al “contenuto sostanziale” dell’istanza tutti gli elementi necessari ad integrare il “contenuto minimo e imprescindibile dell’atto giuridico del privato, attenendo alla manifestazione di volontà sottesa a quest’ultimo”<sup>(88)</sup>. La mancanza o l’erroneità di detti elementi renderebbe non individuabile l’oggetto stesso dell’istanza, e dunque questa sarebbe priva dell’attitudine a fungere da atto di impulso procedimentale. Un vizio siffatto, in quanto inidoneo a costituire il rapporto procedimentale<sup>(89)</sup>, a maggior ragione non vale a fondare il dovere di soccorso in capo all’amministrazione.

Ai fini di meglio specificare questa dicotomia, si è anche proposto<sup>(90)</sup> di “importare” dal diritto processuale la distinzione tra fatti costitutivi primari e fatti di istruzione secondaria<sup>(91)</sup>. In questa diversa ottica, impostata sull’analisi dell’istruttoria procedimentale, i fatti principali, identificando la pretesa, ineriscono strettamente alla domanda, e, perciò, come nel processo amministrativo, in base alla riserva alla parte della introduzione della domanda nel processo, possono essere introdotti solo da questa<sup>(92)</sup>, così nell’istruttoria amministrativa non potranno essere soggetti a regolarizzazione su impulso della p.a. I fatti secondari, al contrario, sono quei fatti materiali la cui dimostrazione consente di verificare la sussistenza o meno dei fatti principali, o la loro rilevanza o operatività<sup>(93)</sup>. Sulla scorta di tale definizione, pare chiaro come questi ultimi non attengono alla qualificazione sostanziale della domanda, e, dunque, siano suscettibili di soccorso.

Ripercorrendo i ragionamenti brevemente esposti fino ad ora (tentando di fornirne una lettura unitaria), sembrerebbe possibile

<sup>(87)</sup> Così P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 225.

<sup>(88)</sup> Così E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 85.

<sup>(89)</sup> L’esoressione è sempre di E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 86.

<sup>(90)</sup> Cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 157. *Contra*: A. BONAITI - S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative*, cit., 392

<sup>(91)</sup> Su cui v. F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 401 ss. Cfr. anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 16ª ed., Torino, 274 ss.

<sup>(92)</sup> A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 274.

<sup>(93)</sup> In questi esatti termini A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 274.

affermare che il soccorso istruttorio sia operativo con riferimento a due tipologie di vizi: da una parte, i vizi di carattere eminentemente formale; dall'altra, i vizi che attengono sì al piano sostanziale, ma che non cadono sugli elementi qualificanti della pretesa bensì su elementi di istruzione secondaria, come in precedenza descritti.

Al fine di una corretta delimitazione dell'ambito applicativo del principio di regolarizzazione documentale, infine, occorre operare una precisazione. È stato infatti sottolineato come il dovere di soccorso, alla luce dei principi esaminati in precedenza, tra i quali in particolare quello di semplificazione, incontri due limiti ulteriori, rappresentati dalla necessaria coerenza e ragionevolezza delle richieste istruttorie <sup>(94)</sup>. In questo senso, allora, l'istituto non dovrebbe poter essere attivato dall'amministrazione al fine di richiedere informazioni ulteriori non previste "a monte" dalla legge, dai regolamenti o da atti amministrativi generali <sup>(95)</sup>.

## 5. Il dovere di soccorso nei rapporti multipolari.

Il dovere di soccorso istruttorio incontra un ulteriore argine al proprio ambito applicativo, rappresentato dal principio di autoresponsabilità del privato <sup>(96)</sup>, secondo il quale *quod quis ex sua*

<sup>(94)</sup> Cfr. G. BANTERLE - A. TRAVI, *Commento all'art. 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, 37.

<sup>(95)</sup> In questo senso cfr. anche Cons. Stato, Comm. Spec., 15 marzo 2016, n. 433, recante parere in merito allo *Schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), oggi consacrato nel Decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 126. In detto parere, il C.d.S., dopo aver ricavato esegeticamente «i principi di "concentrazione" e di "esaustività" della modulistica, che [devono] indirizzare l'attività attuativa da parte delle amministrazioni pubbliche nella redazione dei *moduli unificati*», da questi deriva l'affermazione per cui "tutta la documentazione necessaria deve essere esaustivamente indicata 'a monte', nel modulo unificato: eventuali richieste istruttorie potranno solo evidenziare la mancata corrispondenza degli allegati presentati con quelli previsti in quella sede, non chiedere ulteriori documenti non indicati *ex ante*". Cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 194 ss.

<sup>(96)</sup> Sul principio di autoresponsabilità del privato, v. S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 452 ss. in giurisprudenza, cfr. *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2024, n. 3522, Cons. Stato, sez. III, n. 4795/2020, Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2019, n. 1148. Sul principio di autoresponsabilità quale argine al principio di regolarizzazione documentale, v. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 153.

*culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur* <sup>(97)</sup>. Quest'ultima nozione, che nel diritto amministrativo è stata impiegata nel descrivere il particolare regime dei procedimenti in autocertificazione <sup>(98)</sup>, è stata richiamata da accorta dottrina <sup>(99)</sup> nel discorso sulla semplificazione amministrativa. E si è già detto come semplificazione e dovere di soccorso siano strettamente intrecciati. Il richiamo all'autoresponsabilità, volendo utilizzare le parole di detta dottrina, «appare congruo a connotare meccanismi effettuali costruiti nel senso di imporre agli interessati l'osservanza di particolari oneri e prescrizioni sotto pena di mancato conseguimento delle finalità desiderate» <sup>(100)</sup>.

L'autoresponsabilità, tuttavia, si atteggia in modo diverso a seconda della tipologia di procedimento cui venga riferito. Ciò in quanto nelle procedure comparative <sup>(101)</sup> essa diviene il criterio di contemperamento di due interessi contrapposti: quello alla regolarizzazione documentale, espressivo sia dei valori già delineati *supra*, sia del *favor participationis* <sup>(102)</sup> e l'altrettanto fondamentale interesse alla *par condicio* fra i soggetti in competizione. È chiaro, dunque, che il giudizio in merito all'autoresponsabilità dell'istante debba essere meno rigoroso con riferimento a procedure non competitive <sup>(103)</sup>, nelle quali non emerge la necessità di

<sup>(97)</sup> D. 50.17.203.

<sup>(98)</sup> V. P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 63.

<sup>(99)</sup> *Ibidem*.

<sup>(100)</sup> *Ibidem*.

<sup>(101)</sup> Su cui S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, cit., 31 ss.

<sup>(102)</sup> B.M. RAGANELLI, *PMI, Procurement e favor participationis*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, n. 3-4, 2007, 839 ss.; I. FILIPPETTI, *Par condicio e favor participationis nell'interpretazione degli atti di gara*, in *Urb. e app.*, 2009, 821 ss.; S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, C. FRANCHINI (a cura di), Milano, 2010, 289 ss., spec. 305; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, 297 ss.; N. SAITTA, *Sul cd. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Giustamm.it*, 2013, nonché in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, 391 ss.; in giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1648; Cons. Stato, sez. VII, 03 giugno 2024, n. 4951.

<sup>(103)</sup> Nelle quali, a ben vedere, ogni tipo di vizio dell'istanza può ben essere superato dal privato ripresentando la stessa, con maggior dispendio, tuttavia, di energie procedurali. Cfr. A. BONAITI - S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative*. cit.,

tutelare i soggetti portatori di un interesse analogo e incompatibile con quello dell'istante.

In altri termini, volendo richiamare un'icastica immagine esplicativa della diversità delle situazioni delineate <sup>(104)</sup>, se nei rapporti “semplici”, fra amministrazione e (singolo) istante, il conflitto fra interessi si osserva in una dimensione “verticale”, al contrario, nei rapporti multipolari, tale conflitto si esplica in senso “orizzontale”, in considerazione dell'«aspirazione contestuale verso un medesimo bene della vita connesso ad un comportamento dell'amministrazione idoneo a produrre un atto di assegnazione a favore di uno fra gli aspiranti soggetti privati» <sup>(105)</sup>.

In questa seconda ipotesi, pertanto, seppur partendo dalle conclusioni raggiunte in precedenza, è necessaria una nuova azione di regolazione di confini del soccorso istruttorio con riferimento ai rapporti multipolari, azione che tenga conto delle peculiarità ora rappresentate. Sul punto — come si vedrà —, è stato reputato utile il richiamo al nuovo comma *2-bis*, dell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, secondo il quale i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede <sup>(106)</sup>, il cui elemento di novità è rappresentato dalla collocazione del principio di buona fede in ottica “bilaterale” <sup>(107)</sup>. In questo senso, tale principio opererebbe anche

375. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308.

<sup>(104)</sup> Riportata da E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 223.

<sup>(105)</sup> *Ibidem*.

<sup>(106)</sup> Sul principio di buona fede nel diritto pubblico, cfr. per tutti: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “Trenta” all'“alternanza”*, Milano, 2001, 121 ss.; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, 278 e F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 133 ss. Sulla disposizione di nuova introduzione, cfr. M. MACCHIA, *Decreto “Semplificazioni” - Le misure generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2020, 729; S. CIMINI, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo. Tra regole e responsabilità*, A. GIORDANO (a cura di), Milano, 2021, 21 ss.; F. FRACCHIA - P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2020.

<sup>(107)</sup> Da A. BONAITI - S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative*, cit., 377.

“a danno del cittadino”<sup>(108)</sup>, imponendogli di tenere condotte improntate alla correttezza<sup>(109)</sup>, che si concretano nella produzione di documenti, moduli e formulari sufficientemente completi<sup>(110)</sup>, e si porrebbe alla base del bilanciamento fra autoreponsabilità e par condicio, da un lato, e *favor participationis*, dall’altro.

In tema, resta fondamentale la pronuncia, seppur resa in merito ad un contenzioso in materia di appalti (dunque, con ulteriori particolarità) dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 25 febbraio 2014, n. 9. La sentenza fa proprio l’orientamento per cui occorre distinguere fra i concetti di “integrazione documentale” e di “mera regolarizzazione documentale”. Il principio del soccorso istruttorio, dunque, sarebbe «inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del potere di soccorso; conseguentemente, l’integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi»<sup>(111)</sup>.

Seppur, come si è detto, resa con riguardo a una materia “speciale”, quella dei contratti pubblici, essa può essere utilizzata come chiave di lettura ai fini di sciogliere il nodo del bilanciamento fra gli anzidetti principi in tutti i casi di rapporti multipolari, viste anche le analogie fra gare pubbliche e procedure comparative in genere (*rectius*, sembrerebbe potersi dire che la materia dei contratti pubblici si ponga in rapporto di *genus a species* rispetto alle

<sup>(108)</sup> *Ibidem*. Cfr anche F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 277.

<sup>(109)</sup> Cfr. anche A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l’amministrazione automatizzata*, cit., 369.

<sup>(110)</sup> A. BONAITI - S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative*, cit., 376.

<sup>(111)</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 24 febbraio 2014, n. 9, punto 7.2.

procedure comparative). E dunque, più in generale, sarebbe vietata, successivamente alla presentazione dell'istanza, la produzione di documenti che la legge o la normativa di dettaglio richiedono al momento della domanda; al contrario, sarebbe possibile integrare un documento incompleto ma regolarmente presentato<sup>(112)</sup>.

L'assunto, tuttavia, oggi sembra in via di superamento proprio con riguardo alle procedure comparative (siano gare pubbliche o meno) svolte in modo automatizzato. Dall'analisi della giurisprudenza emersa in questo specifico settore<sup>(113)</sup>, infatti, sembrerebbe emergere un vero e proprio "ribaltamento" del principio di autoresponsabilità, che, dall'essere fonte di obblighi per il privato, il quale normalmente costituisce il soggetto che lo "subisce", diviene principio di autoresponsabilità della pubblica amministrazione<sup>(114)</sup>. Tale rovesciamento di prospettiva costituisce — secondo questo modo di ragionare — la contropartita dell'agevolazione che deriva (*rectius*, dovrebbe derivare) all'amministrazione dal ricorso alla gestione digitalizzata dei flussi documentali<sup>(115)</sup>.

In altri termini, il ricorso a meccanismi automatizzati nelle procedure comparative impone alla pubblica amministrazione di assumere un atteggiamento di servizio nei confronti del cittadino<sup>(116)</sup>, il quale, qualora non sia stato posto nelle condizioni

<sup>(112)</sup> In questi termini A. BONAITI - S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative*, cit., 379, i quali, tuttavia, si pongono in termini critici rispetto a questa costruzione (cfr. 382 ss.).

<sup>(113)</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 17 settembre 2019, n. 11022; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 10 giugno 2019, n. 977; T.A.R. Lombardia, Milano, 9 gennaio 2019, n. 40; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 17 novembre 2019, n. 11022; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 novembre 2018, n. 10558; T.A.R. Toscana, sez. I, 5 gennaio 2017, n. 758; Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2017, n. 5136. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1710.

<sup>(114)</sup> Così, A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, cit., 371 ss.

<sup>(115)</sup> Cfr., in aggiunta ai riferimenti di cui alla nota 113, anche T.A.R. Puglia, Lecce, n. 977/2019.

<sup>(116)</sup> Sul concetto di amministrazione di servizio, cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 39, che a sua volta richiama l'elaborazione del concetto avvenuta in campo costituzionalistico. Cfr., infatti, D. BARBERO, *Diritto e Stato*, Milano, 1947, spec. 45, per il quale "l'individuo è" mentre lo Stato "serve" e N. OCCHIOCUPO, *La persona umana nella Costituzione italiana*, in L. SANICOLA (a cura di), *Comunità e servizi alla persona. Percorsi teorici e metodologici*, Padova, 1990, 49 ss., che teorizza una «nuova cultura

di presentare validamente la domanda, secondo una valutazione ispirata al principio di buona fede di cui all'art. 1, comma 2-*bis*, l. 241/1990, sarà titolare della pretesa a che l'amministrazione si attivi al fine di porre rimedio a tale situazione. Sviluppando questo ragionamento, l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale qui illustrato giunge ad affermare l'esistenza del dovere della p.a. di attivare il soccorso, inteso in chiave rimediale<sup>(117)</sup>, non solo quando la domanda presentata non sia valida, ma anche qualora la domanda non sia stata presentata del tutto, per difetti imputabili allo strumento informatico. Sfuma quindi del tutto la già poco chiara distinzione, di cui alla citata Adunanza Plenaria, tra integrazione documentale e mera regolarizzazione.

Occorre, tuttavia, precisare che il più volte citato comma 2-*bis* dell'art. 1, della l. n. 241/1990 opera in senso bilaterale<sup>(118)</sup> e, pertanto, il rispetto del principio di buona fede in chiave collaborativa si impone anche al cittadino. Su questa scorta, la giurisprudenza ritiene che, nelle procedure svolte ricorrendo a strumenti informatici, il privato debba dimostrare di aver tenuto un comportamento diligente e secondo buona fede. Ciò si traduce, ad esempio, nel divieto di non tenere condotte consapevoli, le quali siano volte a creare stress di sistema, e quindi, ad esempio, in mancanza di impedimenti, nel dovere di presentare la domanda telematica con congruo anticipo<sup>(119)</sup>.

Tuttavia, l'ottica, ora delineata, della "bilateralità" di cui all'art. 2-*bis*, della l. n. 241/1990 richiede alcune precisazioni.

dell'amministrazione pubblica» la quale si ponga «realmente al servizio dello sviluppo culturale e sociale e civile della persona umana».

<sup>(117)</sup> Sulla dicotomia fra funzione rimediale e funzione collaborativa del soccorso istruttorio, v. A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, cit., 370 ss.

<sup>(118)</sup> A. BONAITI - S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative*, cit., 377.

<sup>(119)</sup> In questi termini A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, cit., 369 e giurisprudenza *ivi* citata, tra cui T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 21 aprile 2021, n. 410, in *Foro Amm.* (II), 2021, 4, 663; Cons. Stato, sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795; Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352; T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 5 marzo 2021, n. 35, in *Foro Amm.* (II), 2021, 3, 531.

Occorre, infatti, a parere di una recente giurisprudenza <sup>(120)</sup>, distinguere fra la posizione del cittadino “professionista” (predicato da intendersi in senso — sembrerebbe — atecnico) da quella del cittadino non professionista. In tal senso, per professionista sembrerebbe intendersi quel soggetto che stringe in modo frequente rapporti con le amministrazioni per ragioni legate all’esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale: si pensi all’imprenditore che sovente partecipa alle gare pubbliche, o all’avvocato amministrativista che è tenuto a conoscere le regole in materia di processo amministrativo telematico.

Ebbene, pur non essendo ancora chiaro il criterio cui parametrare la valutazione di diligenza o negligenza che il privato deve adottare nel rapportarsi alla P.A. mediante strumenti telematici <sup>(121)</sup>, si giungerebbe alla conclusione per cui per le due tipologie di soggetti sarebbero tenute ad adottare gradi di diligenza differenti. Tale diversa gradazione degli oneri in materia sembrerebbe derivare proprio da un riferimento all’autoresponsabilità letta nell’ottica del principio di proporzionalità e della ratio collaborativa che sottende all’intera materia qui in analisi: si può richiedere a taluno solo quanto egli sia in grado di offrire.

Il tema involge anche considerazioni ulteriori. L’art. 8 del Codice dell’Amministrazione digitale (cd. CAD) <sup>(122)</sup>, infatti, sembrerebbe configurare in capo al cittadino un vero e proprio diritto all’alfabetizzazione informatica <sup>(123)</sup>, introdotto nell’ordinamento

<sup>(120)</sup> Cfr., ad esempio, il decreto cautelare monocratico del Consiglio di Stato n. 5055 del 21 ottobre 2022 (su cui v. S. ESPOSITO, *Brevi note sull’onere di diligenza informatica del cittadino*, in *Ambienteditto*, 2, 2023) le cui osservazioni sono state recepite, nel merito, da Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2022, n. 10983.

<sup>(121)</sup> Cfr. S. ESPOSITO, *Brevi note*, cit.

<sup>(122)</sup> L’art. 8, del D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, rubricato “alfabetizzazione informatica dei cittadini”, si esprime in questi termini: «1. Lo Stato e i soggetti di cui all’articolo 2, comma 2, promuovono iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l’utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni con azioni specifiche e concrete, avvalendosi di un insieme di mezzi diversi fra i quali il servizio radiotelevisivo».

<sup>(123)</sup> In questi termini si esprime S. ESPOSITO, *Brevi note*, cit.

per fronteggiare lo scarso livello di diffusione delle competenze informatiche fra la popolazione italiana <sup>(124)</sup>. Dalla *ratio* della disposizione emerge come il legislatore sia consapevole delle difficoltà che buona parte dei cittadini incontrano quando si avvicinano alla telematica, in generale, e all'amministrazione digitale, con riferimento al caso specifico. Sarebbe allora quantomeno contraddittorio immaginare che il cittadino che partecipi a un concorso pubblico sia tenuto ad adottare le medesime cautele dovute da un soggetto professionale, come un'impresa. Ciò fa sì che questa tendenza giurisprudenziale vada salutata con favore, nonostante necessiti di ulteriori specificazioni in merito — quantomeno — al criterio alla luce del quale effettuare la valutazione della diligenza richiesta.

## 6. Il soccorso istruttorio “automatizzato”.

In coda al par. 2 si è detto che la regola enucleata dal Consiglio di Stato, per cui la non necessaria — e quindi irragionevole — rigidità dell'architettura della procedura telematica è causa di illegittimità del provvedimento amministrativo che ne è compimento, pare implicare l'adesione a una concezione per la quale l'intervento umano nel procedimento amministrativo gestito da un *software* sia meramente eventuale. Una tale conclusione si basa sulla piana lettura della sentenza in commento, nella quale i giudici ritengono “pienamente compatibile con l'innovazione tecnologica in atto” <sup>(125)</sup> l'idea che un *software* sia autonomamente in grado di evidenziare la presenza di eventuali anomalie nella compilazione della domanda e, conseguentemente, di sollecitare l'istante a correggerle.

Accorta dottrina, tuttavia, ha ritenuto di poter individuare nell'ordinamento il principio della «riserva di umanità» <sup>(126)</sup>: me-

<sup>(124)</sup> A conferma di ciò, cfr. il *Digital Economy and Society Index* (in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi>), che colloca il nostro paese fra gli ultimi in Europa per livello di alfabetizzazione digitale.

<sup>(125)</sup> Cfr. il punto 9 della sentenza in commento.

<sup>(126)</sup> Il riferimento è a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit. In Europa, cfr. J. PONCE SOLÈ, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva*

dianche un'interpretazione evolutiva e teleologicamente orientata delle disposizioni della Carta fondamentale che definiscono l'assetto costituzionale della pubblica amministrazione <sup>(127)</sup> e, ancor prima, del fondamentale principio personalista e di dignità umana espresso dall'art. 2 Cost., si è giunti ad individuare nella Costituzione la regola — implicita — per cui l'intervento umano nel procedimento amministrativo sarebbe imprescindibile. Tale regola — a parere dei suoi sostenitori — trova i suoi punti di emersione <sup>(128)</sup> in due diversi momenti procedimentali: la volizione preliminare con cui si opta per la gestione automatizzata di un determinato procedimento e, successivamente, il momento dell'adozione del provvedimento finale.

Si è detto anche, in relazione alla concreta disciplina procedimentale del soccorso istruttorio, che, a seconda dell'opzione accolta, la regolarizzazione documentale apre a un procedimento autonomo che interrompe i termini di quello principale, oppure a un sub-procedimento incidentale il quale, al contrario, si limita a sospendere i termini del principale <sup>(129)</sup>. A prescindere dalla ricostruzione accolta, quanto ora rileva è che si può affermare che l'attivazione dello strumento del soccorso istruttorio si sostanzia in un procedimento amministrativo ulteriore. Sulla base di queste osservazioni, dunque, accedendo all'opinione dottrinale che reputa vigente la riserva di umanità nel nostro ordinamento, dovrebbe dirsi che la regola in analisi, enucleata dal Consiglio di Stato, non è compatibile con tale principio costituzionalmente — anche se implicitamente — tutelato <sup>(130)</sup>.

*de humanidad algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019, 1 ss.

<sup>(127)</sup> Cfr. artt. 28, 54, 97 e 98 Cost.

<sup>(128)</sup> L'espressione è di G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., 141 ss.

<sup>(129)</sup> E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 169.

<sup>(130)</sup> Sembra lambire la questione A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, cit., 373, il quale afferma che «il soccorso procedimentale nelle gare interamente telematizzate (...) si rende doveroso al fine di ripristinare una parentesi (seppur breve) umana nel procedimento amministrativo e scongiurare il paradosso di limitare le situazioni giuridiche soggettive in assenza di una

Infatti, la riserva di umanità troverebbe, nella disciplina generale del procedimento amministrativo, un referente in quelle norme che disciplinano l'istituto del responsabile del procedimento (artt. 5 e ss., della l. n. 241/1990) <sup>(131)</sup>. La legge sul procedimento amministrativo, introducendo tale istituto, si sarebbe «preoccupata di far uscire dall'anonimato la funzione pubblica donando alla stessa un "volto umano" che è quello del singolo funzionario responsabile e dando, così, corpo al precetto costituzionale di cui all'art. 28»<sup>132</sup>. Se a questa considerazione si affianca quella per cui, come si è ampiamente sottolineato, è proprio il responsabile del procedimento il soggetto preposto all'esercizio del potere-dovere di regolarizzazione documentale, sembrerebbe dunque giocoforza raggiungere la conclusione per cui il soccorso istruttorio debba essere gestito (o quantomeno supervisionato) da un funzionario persona fisica, contraddicendo, dunque, quanto affermato dal Consiglio di Stato.

Tuttavia, il modello accolto dal Consiglio di Stato e sintetizzato nella regola che si commenta sembrerebbe poter trovare un punto di equilibrio con la riserva di umanità sotto una diversa prospettiva, dal momento che la stessa dottrina che si è fatta portatrice delle istanze di "umanità" della pubblica amministrazione sembra accettare anche un recupero postumo di tale umanità, ossia non nel procedimento, bensì nel processo. Referente teorico di questa operazione sarebbe il modello unitario amministrazione-giurisdizione ideato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo mediante l'elaborazione delle nozioni autonome di tribunale, di controversie relative a "diritti e doveri di carattere civile" e di "accusa penale" <sup>(133)</sup>. Una siffatta lettura, volta

decisione motivata».

<sup>(131)</sup> G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., 108.

<sup>(132)</sup> Così G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., 108. Cfr. anche G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994, 305, che ha parlato, in tal senso, di «funzionario designato a dare una sembianza fisica all'istruttoria amministrativa».

<sup>(133)</sup> Cfr. in tema G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., 60 e bibliografia ivi citata. In giurisprudenza, cfr. il *leading case* Corte EDU, 10 febbraio

all'applicazione delle guarentigie processuali anche a quei procedimenti che, benché amministrativi, incidono in modo sostanziale nella sfera giuridica dei privati, rende il confine fra procedimento e processo ancor più labile di quanto esso già non sia.

Tale approccio integrato di cui la Corte EDU si è fatta portatrice<sup>(134)</sup> comporta la possibilità che eventuali carenze di tutela verificatesi in sede procedimentale ben possano essere sanate, in un'ottica sostanzialistica, in sede processuale. Ebbene, “pur concepito con riguardo alle garanzie procedimentali in senso stretto non sembra vi siano particolari ostacoli per esportare questo modello unitario amministrazione-giurisdizione al profilo della riserva di umanità”<sup>(135)</sup>; pertanto, la mancanza dell'intervento umano in sede procedimentale sarà in ogni caso rispettosa della riserva di umanità qualora compensata dalla garanzia di un controllo giudiziale umano successivo, in un processo amministrativo ispirato ai criteri della *full jurisdiction*<sup>(136)</sup>.

1983, *Albert and Le Compte v. Belgium*; la sentenza della Plenaria 22 ottobre 1984 *Sramek c. Austria*; la sentenza del 29 maggio 1997, *Georgiadis c. Grecia*, n. 32526/05 e la sentenza del 15 marzo 2018, *Naït-Liman c. Svizzera*, n. 51357/07. In dottrina, D. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures, A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1997, 214 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015.

<sup>(134)</sup> Cfr. Corte EDU, 21 gennaio 2014, n. 48754/11, *Placi v. Italy* con il commento di L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, Placi v. Italy)*, in *Rivista AIC*, 2, 2014

<sup>(135)</sup> G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., 221.

<sup>(136)</sup> *Ibidem*. Sul concetto di *full jurisdiction* cfr. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1608 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2015, 546 ss.; F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs 19 gennaio 2017, n. 3*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2, 2018, 199 ss.; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2, 2018, 133 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative, tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; M. ALLENA - F. GOISIS, “*Full Jurisdiction*” Under Article 6 ECHR: *Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers*, in *Eur. publ. law*, 2, 2020, 288 ss.; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso*

## 7. Conclusioni.

Con queste brevi note si è inteso offrire un'analisi della regola enunciata dal Consiglio di Stato nel caso concreto, regola che, per le modalità con cui è stata motivata e per la sua applicabilità in numerosi casi simili a quello oggetto della sentenza in esame, si presta a essere frequentemente invocata nella prassi.

Si è cercato, pertanto, di individuare le basi concettuali sulle quali il Consiglio di Stato ha fondato l'enunciazione di siffatta regola, partendo dal presupposto, esplicitato nella sentenza in commento, che il fondamento ultimo della stessa risieda nei “valori anche di derivazione costituzionale che hanno anche portato all'affermazione dell'istituto del soccorso istruttorio”. L'analisi, dunque, si è svolta mediante un approfondimento di tale istituto nel suo fondamento, nella sua qualificazione come dovere-potere e nelle sue diverse prospettive di applicazione (come, ad esempio, il caso dei rapporti “multipolari”),

Volendo trarre alcune conclusioni, la statuizione contenuta nella sentenza in commento sembra meritevole di apprezzamento, pur con alcune riserve. Da un lato, infatti, essa ipotizza un meccanismo “automatico” di esercizio del soccorso istruttorio da parte del *software* — con il conseguente annullamento del provvedimento in caso di “eccessiva rigidità” dello stesso — senza tuttavia considerare che il soccorso istruttorio, se ben inteso, si configura non come un mero onere posto a carico del responsabile del procedimento, ma come un “rapporto dialogico”<sup>(137)</sup> tra amministrazione procedente e soggetto istante: rapporto che, proprio per la sua natura interpersonale, necessiterebbe di un coinvolgimento diretto di persone fisiche.

Per altro verso, però, siffatta statuizione sembra avere un contenuto quasi “politico”: il Consiglio di Stato ribadisce, con

*caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 97 ss.; F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, 29 ss.; ID., *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, in *Giustiziainsieme.it*, 2023.

<sup>(137)</sup> L'espressione, e il concetto, sono di E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso*, cit., 89.

la presente pronuncia, la necessità che l'utilizzo degli strumenti informatici nel procedimento amministrativo non si traduca in uno strumento di vessazione per il privato, allocando il rischio di errori e malfunzionamenti in capo al soggetto che più è in grado di sopportarlo, ossia la pubblica amministrazione. Vi è, infatti, a livello teorico, un ampio divario competenziale tra soggetto pubblico e soggetti privati, i quali spesso, nei procedimenti comparativi che non sono gare pubbliche, sono singoli cittadini privi di specifiche conoscenze in ambito informatico.

MARCO MONGELLI

ABSTRACT: Il contributo si propone di analizzare l'impatto dell'utilizzo delle ICT (*Information and Communication Technologies*) sull'istituto del soccorso istruttorio, con un focus particolare sui procedimenti "multipolari". Muovendo dall'analisi critica di una sentenza del Consiglio di Stato si ricostruiscono il fondamento e le condizioni di applicabilità di detto istituto, per poi verificare come questo possa essere inquadrato nell'ambito dello sviluppo dell'amministrazione digitale.

ABSTRACT: *This paper aims to explore how the use of ICT (Information and Communication Technologies) affects the legal institution of "soccorso istruttorio" (procedural assistance), with particular focus on multiparty proceedings. Building on a critical analysis of a Council of State ruling, the paper reconstructs the legal basis and conditions for the applicability of this institution, and then examines how procedural assistance can be framed within the context of digital administration development.*

Consiglio di stato, Sez. V, sentenza 22 settembre 2023,  
n. 8487

Pres. ed est. De Nictolis

*s.r.l. Calcio Foggia 1920 c. F.I.G.C.*

*In caso di violazione del principio di sinteticità degli atti processuali di parte, il giudice amministrativo non ha la facoltà di esaminare o meno le questioni trattate nelle pagine successive al limite massimo, ma ha l'obbligo di non esaminarle (nella specie, il Collegio ha dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi per revocazione proposti) (1).*

### **(1) La difesa contingentata: sull'inammissibilità da superamento dei limiti di estensione del ricorso (\*)**

SOMMARIO: 1. Introduzione. “Quattro cose da osservare l'avvocato” ... o almeno cinque, inclusa la sinteticità degli atti. — 2. Il Consiglio di Stato, sezione V, 22 settembre 2023, n. 8487 e la tesi dell'inammissibilità da superamento dei limiti di estensione del ricorso. — 3. Critiche alla tesi dell'inammissibilità da superamento dei limiti di estensione del ricorso. — 4. Conclusioni.

(\*) Il presente contributo costituisce una versione aggiornata della nota inviata all'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti (co-fondatrice dell'Unione Nazionale degli Avvocati Amministrativisti), pubblicata sul sito della stessa associazione ([www.amministrativistiveneti.it](http://www.amministrativistiveneti.it)) e vincitrice del primo premio assoluto Gucciardi 2023 (XI edizione) *ex aequo* con C. SILVANO, *La violazione dei limiti dimensionali degli atti processuali: un monito dal giudice amministrativo. Commento a Cons. Stato, 13 ottobre 2023, n. 8928, ivi*, alla quale si rinvia per ulteriori considerazioni.

## 1. Introduzione. “Quattro cose dee osservare l’avvocato” ... o almeno cinque, inclusa la sinteticità degli atti.

Secondo la letteratura sapienziale di fine Cinquecento, «Quattro cose dee osservare l’avvocato: udir con pazienza l’avversario, considerar bene le cose udite, apparecchiare la debita risposta alle considerate, e conchiuder allegando le cose aggiunte» (1).

Oggi chi frequenta le aule giudiziarie e ha un minimo di dimestichezza con il “diritto applicato” stenterebbe a credere che l’avvocato “moderno” possa limitarsi a osservare “quattro cose”. Del resto, nel novero di ciò che egli è tenuto a rispettare, occorrerebbe aggiungere, con riguardo al processo amministrativo (e non solo (2)), quantomeno la sinteticità degli atti, che ormai si manifesta nell’imposizione di rigidi limiti dimensionali.

Negli ultimi anni, infatti, sono proliferate le norme, o meglio gli atti (3), che hanno introdotto requisiti formali/di estensione dell’atto processuale, in dichiarata attuazione del “mantra” della sinteticità (*rectius*, della celerità).

Dapprima aggiunta in via speciale, per le controversie sui contratti pubblici (4), la previsione di limiti dimensionali per gli atti processuali è stata poi generalizzata.

Si tratta, peraltro, di limiti che non sono stabiliti dalla legge, ma dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato, al quale rinviano le norme di attuazione, alle quali, a sua volta, rinvia il codice del processo amministrativo. Con buona pace del principio di legalità.

L’art. 3, comma 2, c.p.a. prevede, infatti, che «Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo

(1) O. RINALDI, *Dottrina delle virtù e fuga de’ vizii*, Padova, 1585 (ristampa, Salerno, 1990).

(2) Si v. *infra*, par. 4.

(3) Come si vedrà *infra*, in questo par.

(4) *Ex art.* 120, comma 6, c.p.a., in relazione ai limiti dimensionali individuati con Decreto del Presidente del Consiglio di Stato 25 maggio 2015, recante la “Disciplina della dimensione dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel rito appalti” (G.U. 5 giugno 2015, n. 128).

quanto disposto dalle norme di attuazione». Con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, 22 dicembre 2016, n. 167 (poi modificato dal decreto del 16 ottobre 2017), in applicazione dell'art. 13-ter ("Criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte") delle norme di attuazione del c.p.a. <sup>(5)</sup>, sono stati disciplinati i criteri di redazione e i limiti dimensionali dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel processo amministrativo.

L'art. 3, comma 1, lett. b), prevede, infatti, per i ricorsi ordinari, il limite massimo di 70.000 caratteri, al netto dell'epigrafe, delle conclusioni, della premessa riassuntiva, degli spazi e delle ulteriori parti indicate al successivo art. 4. Tale limite è derogabile con autorizzazione "preventiva" (art. 6), ossia anteriore alla notificazione del ricorso o "successiva" (art. 7), ossia dopo la notifica dello stesso, per motivi gravi e giustificati <sup>(6)</sup>.

Insomma, ormai l'avvocato amministrativista "diligente" sa che "deve osservare" i limiti dimensionali scaturenti dal gioco di rinvii appena enunciato. Il nostro sistema giuridico non gli ha permesso, però, almeno finora, di conoscere con certezza in quali conseguenze incorre se li viola.

Se è indubbio che, a seguito del secondo correttivo, l'art. 26 c.p.a. consente di tenere conto del mancato rispetto dei principi di

<sup>(5)</sup> Aggiunto dall'art. 7-bis, comma 1, lett. b), n. 2 del d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito nella l. 25 ottobre 2016, n. 197.

<sup>(6)</sup> Tra i contributi più recenti in dottrina, si v. A. CRISMANI, *L'eccesso di lunghezza degli atti processuali e l'accetta del Giudice (nota a CGARS, Sez. giur., 4 aprile 2023, n. 104)*, in *Giustizia insieme*, 6 luglio 2023; F. SAITTA, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il Processo*, 3, 2019, 539 ss., ID., *Rito appalti e dovere di sinteticità: gli scritti difensivi "obesi" esistono, ma la ..dieta è sbagliata*, in *Lexitalia.it*, 7, 2015; F. FRANCIOSI, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2018, 129 ss.; F. VOLPE, *Sui limiti all'estensione degli atti di difesa nel processo amministrativo, Note a margine del decreto del Presidente del Consiglio di Stato 25 maggio 2015 n. 40, sulla sinteticità degli atti defensionali*, in *Lexitalia.it*, 5, 2015; M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *www.federalismi.it*, 18, 2014, 32; ID., *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia*, ivi, 2012. Con riferimento alla "dottrina togata", si rinvia a M. LIPARI, *La sinteticità degli atti difensivi*, in *Libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016, 751 ss.; R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

chiarezza e sinteticità in sede di liquidazione delle spese giudiziarie <sup>(7)</sup>, maggiori criticità sono emerse dalla lettura dell'art. 13-ter, comma 5, dell'allegato 2, al c.p.a. Secondo la versione originaria di quest'ultima previsione, infatti, «Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione <sup>(8)</sup>».

La definizione degli effetti processuali derivanti dal superamento dei limiti di estensione del ricorso è, però, tutt'altro che pacifica e, anzi, nelle more della pubblicazione del presente scritto, un recentissimo intervento normativo, modificativo proprio del menzionato art. 13-ter, comma 5, sembra aver riaperto le sorti della violazione del principio di sinteticità degli atti processuali.

## **2. Il Consiglio di Stato, sezione V, 22 settembre 2023, n. 8487 e la tesi dell'inammissibilità da superamento dei limiti di estensione del ricorso.**

Di recente, il Consiglio di Stato, sez. V, 22 settembre 2023, n. 8487 ha affermato che il superamento dei limiti di estensione del ricorso comporta l'inammissibilità della parte eccedentaria.

<sup>(7)</sup> Secondo il tenore della disposizione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, lett. d), d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

<sup>(8)</sup> La disposizione non si riferisce, dunque, al numero dei caratteri, ma evoca il limite di pagine. Il rischio è, dunque, quello di generare ambiguità già sotto il profilo parametrico. Secondo Cons. Stato, sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6043, occorre evitare «una interpretazione eccessivamente rigoristica e formalistica dell'art. 13-ter, comma 5, delle Norme di attuazione, di cui all'allegato II al c.p.a., nonché dell'art. 3, comma 1, lett. b), del decreto n. 167 del 22 dicembre 2016 del Presidente del Consiglio di Stato circa il superamento del numero di pagine, in quanto lo sfioramento dei limiti dimensionali deve essere correlato prevalentemente al numero dei caratteri, il solo che abbia carattere vincolante, anziché al numero delle pagine (che ha natura orientativa), e deve essere comunque sempre valutato, secondo un canone di ragionevolezza che contemperì in modo equilibrato, e non esasperato, l'obbligo di sinteticità con la garanzia della tutela giurisdizionale, alla luce delle esigenze difensive che abbiano indotto la parte a superare il limite massimo delle pagine». Secondo Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3372, «incombe al ricorrente in primo grado la dimostrazione di aver rispettato i limiti imposti dal regolamento, mentre non si può ipotizzare che sia onere del giudice verificarlo, mediante la trasposizione del testo in caratteri diversi o in una diversa formattazione».

Nel caso di specie, la società Calcio Foggia aveva presentato due ricorsi per revocazione, poi riuniti, perché afferenti alla stessa vicenda procedimentale, vertente su un provvedimento della Federazione italiana giuoco calcio (FIGC), che, in accoglimento del ricorso del Calcio Lecco, aveva ammesso tale squadra al campionato di calcio di serie B per la stagione 2023-2024.

La fattispecie è degna di interesse, perché esemplificativa delle insidie nascoste nella disciplina dei limiti dimensionali degli atti processuali.

Il computo dei limiti di estensione varia, infatti, a seconda della natura, speciale o meno, del rito applicabile.

Di conseguenza, riveste importanza particolare comprendere se il rito sportivo speciale, risultante dal combinato disposto dell'art. 218, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto Rilancio)<sup>(9)</sup> e dell'art. 5-*quaterdecies*, d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 (sulla proroga delle disposizioni processuali per i provvedimenti relativi all'ammissione ai campionati professionistici e dilettantistici)<sup>(10)</sup>, applicato ai giudizi di primo grado e di appello, sia applicabile anche in caso di revocazione. Al riguardo, occorre evidenziare che, da un lato, gli artt. 218 e 5-*quaterdecies* disciplinano solo il giudizio di primo grado e, dall'altro, estendono espressamente l'applicazione delle relative regole al solo appello, senza menzionare le altre impugnazioni.

Il Consiglio di Stato ha affermato, tuttavia, che l'art. 400 c.p.c., disposizione sul rito del lavoro (!), ai sensi della quale in sede di revocazione si osserva il rito stabilito per il processo *a quo*, si applica anche nel processo amministrativo, in virtù del rinvio esterno, di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a. Di conseguenza, per il Collegio, il rito sportivo si estende non solo all'appello avverso le sentenze rese in applicazione del rito speciale, ma a tutti i correlati giudizi di impugnazione, inclusa la revocazione, anche perché accomunati dalle medesime esigenze di celerità.

<sup>(9)</sup> Convertito nella l. 17 luglio 2020, n. 77.

<sup>(10)</sup> Convertito nella l. 30 dicembre 2022, n. 199.

La soggezione, tutt'altro che di palmare evidenza, del rito sportivo alla revocazione comporta l'applicazione (anche) del comma 3, del citato art. 218, ai sensi del quale, «si applicano i limiti dimensionali degli atti processuali previsti per il rito elettorale, di cui all'articolo 129 del codice del processo amministrativo (...)»<sup>(11)</sup>.

Per gli atti processuali di parte nel rito elettorale, *ex art. 129 c.p.a.*, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167/2016 (DPCS n. 167/2016) ha stabilito il limite di 30.000 caratteri, spazi esclusi, calcolati al netto delle parti che non si computano (epigrafe, sintesi dei motivi, *petitum*, ecc.).

Pertanto, per effetto di una pericolosissima e incerta “catena di rinvii normativi”, la revocazione del Foggia calcio, pari a circa 77.000 caratteri, seppur quasi del tutto conforme alla misura dimensionale “standard”, ossia ai 70.000 caratteri, spazi esclusi, propri del rito ordinario, è stata dichiarata inammissibile, per la parte eccedentaria rispetto ai limiti del rito speciale.

Il Collegio ha evidenziato, infatti, che il già menzionato art. 13-*ter*, comma 5 (nella sua versione originaria, applicabile al caso di specie), «non lascia al giudice la facoltà di esaminare o meno le questioni trattate nelle pagine successive al limite massimo, ma, invece, in ossequio ai principi di terzietà e imparzialità, obbliga il giudice a non esaminare le questioni che si trovano oltre il limite massimo di pagine»<sup>(12)</sup>.

Né il Consiglio di Stato ha autorizzato “in via postuma”<sup>(13)</sup> il superamento dei limiti dimensionali, a causa della mancata «prova della impossibilità oggettiva o estrema difficoltà di chiedere e conseguire l'autorizzazione preventiva»<sup>(14)</sup>.

<sup>(11)</sup> Eppure, come evidenzia la stessa sentenza annotata, «Solo per i due riti elettorali, il c.p.a. estende espressamente le relative disposizioni al solo giudizio di appello, tacendo sulle altre impugnazioni».

<sup>(12)</sup> In termini, si v. anche Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2023, n. 8928.

<sup>(13)</sup> Si v. *supra*, par. 1.

<sup>(14)</sup> In termini, si v. anche Cons. Giust. amm Sic., (decr.) 11 febbraio 2022, n. 17 e Cons. Stato, sez. II, 26 settembre 2022, n. 8273, «i gravi e giustificati motivi che, ai sensi dell'articolo 7 del d.P.C.S. 22 dicembre 2016, n. 167, consentono al giudice di autorizzare *ex post* il superamento dei limiti dimensionali devono riferirsi anche alle ragioni per cui

Il Collegio ha aderito, dunque, alla tesi giurisprudenziale prevalente, secondo la quale, vigente il tenore originario dell'art. 13-ter, comma 5, il giudice amministrativo non deve esaminare la parte eccedentaria dell'atto processuale, che va dichiarato inammissibile *in parte qua* o (addirittura) in via "integrale" (15).

A ogni modo, si tratta di un orientamento non univoco (e, come si chiarirà a breve, nemmeno del tutto convincente (16)).

In altre occasioni, infatti, in senso opposto, il giudice amministrativo ha affermato che le regole dimensionali non hanno introdotto un (ulteriore) requisito di ammissibilità dell'atto processuale, ma hanno "degradato" la parte eccedentaria a contenuto che il giudice ha la mera facoltà di esaminare (17).

Talvolta, invece, il giudice amministrativo ha valorizzato il superamento dei limiti di estensione (solo) in punto di spese di giudizio, tramite l'applicazione del citato art. 26 c.p.a. «previsione normativa di chiusura dell'ordinamento processuale amministrativo che consente di approntare, in via generale e residuale, un'adeguata reazione alla violazione del principio internazionale e costituzionale del giusto processo». Con essa, «Si evita, altresì, la beffa di norme processuali, prescrittive di oneri ed obblighi, ma *minus quam perfectae*, ovvero prive di una sanzione» (18).

Un altro orientamento ha consentito, invece, di correggere l'atto prolioso (oltre i limiti prestabiliti), tramite l'invito alla ri-

l'autorizzazione non è stata chiesta in via preventiva». Sul punto, si rinvia anche a Cons. Giust. amm Sic., 22 maggio 2023, n. 350.

(15) Sull'inammissibilità totale si v. la pronuncia menzionata *supra*, nota 12. Sull'inammissibilità delle parti eccedentarie, si v., ad es., Cons. Stato, sez. VII, 4 ottobre 2023, n. 8664; Id., 17 dicembre 2022, n. 10123.

(16) Si v. *infra*, par. 3.

(17) Si v. Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2023, n. 3201; Id., 29 agosto 2022, n. 7508; Id., 13 febbraio 2020, n. 1164, in *Foro amm.*, 2020, 2, 247; Id., sez. IV, 5 dicembre 2018, n. 6890, *ivi*, 2018, 12, 2153; Id., sez. V, 11 aprile 2018, n. 2190, *ivi*, 2018, 4, 637; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 novembre 2023, n. 16321; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 23 dicembre 2019, n. 2730.

(18) Così Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2852 e Id., 26 luglio 2016, n. 3372. Si v. anche Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2016, n. 4636; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 giugno 2023, n. 10069; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 4 giugno 2019, n. 1279, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

formulazione degli argomenti, in forma di riassunto, da produrre in giudizio entro i termini indicati dal giudice <sup>(19)</sup>.

### **3. Critiche alla tesi dell'inammissibilità da superamento dei limiti di estensione del ricorso.**

La tesi dell'inammissibilità da superamento dei limiti di estensione del ricorso desta perplessità.

Innanzitutto, secondo l'argomento letterale, la formulazione originaria del citato art. 13-ter, comma 5, non commina(va) la sanzione dell'inammissibilità per le questioni eccedenti il perimetro dimensionale. Né vi è altra norma che protegga la sinteticità, o meglio l'esigenza di celerità del processo amministrativo, con l'inammissibilità.

La versione originaria dell'art. 13-ter, comma 5, si limita(va), infatti, ad autorizzare, ma non impone(va), l'omesso esame delle questioni esorbitanti. A meno di non voler forzare il dato letterale, quindi, l'unica conseguenza ivi prevista, in riferimento alle difese sovrabbondanti, è che il loro mancato esame non è censurabile come vizio di infra-petizione.

Del resto, se la volontà del legislatore fosse stata quella di sanzionare la parte eccedente dell'atto con l'inammissibilità, avrebbe dovuto scrivere la disposizione in termini diametralmente opposti, così da vietare la condotta processuale non ammessa (conoscere oltre i limiti dimensionali) e non limitarsi a rimuovere un obbligo esistente (pronunciare su tutta la domanda) <sup>(20)</sup>.

<sup>(19)</sup> Cons. Stato, sez. VI, (ord.) 13 aprile 2021, n. 3006; C.G.A. Regione Sicilia, ord. 9 luglio 2014, n. 534. Pare opportuno evidenziare che il Cons. Stato, sez. I, 30 aprile 2019, n. 1326, ha ritenuto applicabile il dovere di chiarezza e sinteticità degli atti anche in sede di ricorso straordinario. Secondo il Collegio, dunque, «qualora le parti non osservino il predetto dovere di sinteticità, deve spettare al Consiglio di Stato, in sede consultiva, fissare criteri e limiti dimensionali al ricorso e agli altri atti difensivi con valutazione che tenga in considerazione la controversia introdotta con ricorso straordinario e la peculiarità del rimedio straordinario stesso». Il Consiglio di Stato ha ritenuto, quindi, opportuno invitare la parte ricorrente a produrre una memoria riepilogativa.

<sup>(20)</sup> F. FRANCIOSI, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit. Si v. anche F. SAITTA, *La violazione del principio di sinteticità*, cit., 562.

Insomma, se il legislatore avesse voluto comminare l'inammissibilità per la violazione del dovere di sinteticità, *sic et simpliciter*, lo avrebbe indicato espressamente.

Interpretazione, quest'ultima, che sembra rafforzata sia dall'argomento *a contrario* sia da quello sistematico.

L'inammissibilità, così come la nullità, del ricorso sono disciplinate, infatti, (solo) dalle previsioni di cui agli artt. 40 e 44 c.p.a. Le disposizioni appena menzionate prevedono, rispettivamente, l'inammissibilità in caso di mancata indicazione specifica dei motivi di ricorso <sup>(21)</sup> e la nullità nei soli casi di mancata sottoscrizione e d'inosservanza delle altre norme indicate dallo stesso art. 40, se vi è «incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda» <sup>(22)</sup>.

Si tratta di disposizioni che non sembrano consentire un'interpretazione estensiva/analogica sia per i principi generali di conservazione degli atti processuali e di tassatività della nullità (art. 156 c.p.c.) sia per l'esigenza di perimetrare le conseguenze sanzionatorie delle condotte processuali delle parti, così da renderle prevedibili.

Del resto, la sinteticità contribuisce alla ragionevole durata del processo (111, comma 2, Cost.), ma vi è da chiedersi se essa sia un valore in sé <sup>(23)</sup> o in quanto concorra all' (o quantomeno non possa prescindere dall') intelligibilità <sup>(24)</sup> degli atti processuali (questa richiesta espressamente a pena di inammissibilità) <sup>(25)</sup>.

L'interpretazione che esclude l'inammissibilità inespresa dell'atto processuale (solo perché) prolisso pare anche quella più

<sup>(21)</sup> Così l'art. 40, comma 1, lett. d), c.p.a.

<sup>(22)</sup> Così l'art. 44, comma 1, c.p.a.

<sup>(23)</sup> CGA per la Regione Sicilia, 22 maggio 2023, n. 350 che ha richiamato Cass. civ., sez. II, (ord.) 20 agosto 2019, n. 21524: «La "sintesi" degli atti processuali costituisce oggi un vero e proprio "valore", che va assumendo importanza crescente nell'ordinamento italiano».

<sup>(24)</sup> Sul rapporto tra sinteticità e intelligibilità si v. Cons. Stato, sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6043, cit., poi richiamato da TRGA Bolzano, 5 luglio 2021, n. 211. Sul punto si v. anche Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2023, n. 3201, cit.

<sup>(25)</sup> Come desumibile dagli artt. 40, comma 1, lett. d), e 44, comma 1, c.p.a. sopra menzionati.

conforme a Costituzione, tenuto conto del diritto “inviolabile” di difesa (art. 24) che, per quanto contingentata in funzione del processo rapido, ma pur sempre “giusto”, resta garanzia ineludibile nel nostro ordinamento.

#### 4. Conclusioni.

L’inammissibilità per violazione dei limiti dimensionali desta preoccupazione.

La preoccupazione è crescente (e responsabilizza l’avvocato) se si considerano le difficoltà nella redazione di un atto rispettoso dei rigidi criteri di sinteticità nell’eventualità (frequente) in cui occorra impugnare più atti o individuare tutti i vizi in procedimenti complessi oppure neutralizzare numerose eccezioni “strumentali” o, ancora, impugnare una sentenza tutt’altro che chiara e, a sua volta, sintetica.

L’inammissibilità degli atti di parte eccedentari è, peraltro, del tutto sperequata se si considera che la violazione del giudice amministrativo del dovere di chiarezza e sinteticità sembrerebbe priva di sanzione <sup>(26)</sup>.

Nel frattempo, oltre alla previsione che «Tutti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico» (art. 121 c.p.c.) <sup>(27)</sup>, anche nel giudizio civile sono state introdotte specifiche tecniche

<sup>(26)</sup> F. FRANCIOSI, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell’atto di parte*, cit.

<sup>(27)</sup> In realtà, già prima della novità normativa prevista dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. riforma Cartabia), la Cass. civ., sez. II, 20 ottobre 2016, n. 21297, aveva precisato che “In tema di ricorso per cassazione, il mancato rispetto del dovere di chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali che, fissato dall’art. 3, comma 2, del c.p.a., esprime tuttavia un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile (...)”. Così anche Cass. civ., sez. I, 30 dicembre 2021, n. 41956, in *Guida al Diritto*, 2022, 11. L’art. 121 c.p.c. ha cambiato anche rubrica, che ora include “Libertà di forme. Chiarezza e sinteticità degli atti”. Un primo tentativo di riforma della disposizione era avvenuto nel 2013, per opera della commissione ministeriale presieduta dal prof. Vaccarella, che il Ministro della Giustizia aveva incaricato, nell’estate 2013, di “elaborare proposte di interventi in materia di processo civile e mediazione”. La commissione aveva previsto, infatti, l’inserimento di un secondo comma nell’art. 121 c.p.c., dal tenore seguente: “Il giudice e le parti redigono gli atti processuali in maniera sintetica” (senza, dunque, alcun riferimento alla chiarezza).

sulla forma e sullo schema informatico e dei criteri e limiti di redazione dell'atto<sup>(28)</sup>. L'art. 46, comma 3, disp. att. c.p.c., aggiunto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. riforma Cartabia) ha chiarito, tuttavia, che il loro mancato rispetto «non comporta invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo»<sup>(29)</sup>.

Con riferimento all'inammissibilità da sfornamento dei limiti dimensionali propria del giudizio amministrativo, lo stesso Consiglio nazionale forense ha espresso «disappunto per questa evidente lesione del diritto di difesa», perché «la richiesta di giustizia del cittadino non può essere frustrata in ragione di limiti di caratteri e pagine»<sup>(30)</sup>.

Né il tema sembra destinato a sopirsi.

Da un lato, infatti, la Relazione illustrativa<sup>31</sup> allo schema di decreto di modifica delle “Regole tecniche-operative del proces-

(28) La disciplina di riferimento è contenuta nel decreto del Ministero della giustizia, 7 agosto 2023, n. 110 (“Regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l’inserimento delle informazioni nei registri del processo, ai sensi dell’articolo 46 delle disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile”). Il decreto presenta delle differenze rispetto alle regole sui limiti dimensionali degli atti processuali amministrativi, come, ad esempio, la possibilità di superarli, senza la necessità di un’autorizzazione del giudice, «se la controversia presenta questioni di particolare complessità, anche in ragione della tipologia, del valore, del numero delle parti o della natura degli interessi coinvolti. In tal caso, il difensore espone sinteticamente nell’atto le ragioni per le quali si è reso necessario il superamento dei limiti» (art. 5). Si consideri, inoltre, la possibilità di note a piè di pagina, seppure solo con riferimento all’ «indicazione dei precedenti giurisprudenziali nonché dei riferimenti dottrinari» (art. 6).

(29) Secondo F.G. SCOCA, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all’accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1421, la correlazione tra chiarezza-sinteticità degli atti e liquidazione delle spese processuali «sembra essere l’unica razionale sanzione contro la inutile prolissità degli atti processuali».

(30) F. SPASIANO, «*Ricorso inammissibile perché supera i limiti? Così si mortifica il diritto di difesa*», in *Il Dubbio*, 19 ottobre 2023.

(31) Si v. pagina 3. Invero l’uniformazione dei modelli non è oggetto dello schema di decreto, almeno nella versione finora circolata. Lo schema di decreto di modifica delle Regole tecniche-operative del processo amministrativo telematico ha suscitato le osservazioni immediate delle “associazioni specialistiche maggiormente rappresentative”, come l’Unione Nazionale degli Avvocati Amministrativisti, la Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti e del Consiglio Nazionale Forense.

so amministrativo telematico” ha evidenziato l’opportunità di “ulteriori evoluzioni”, per realizzare l’uniformazione dei *format* degli atti processuali, secondo l’esperienza invalsa davanti alle Corti europee. Lo stesso schema di decreto non consente l’uso di «collegamenti ipertestuali o attivi», ad eccezione di imprecisate tecniche informatiche idonee alla «ricerca testuale all’interno dell’atto e dei documenti allegati, nonché la navigazione all’interno dell’atto» (32).

Dall’altro lato (e soprattutto), nelle more della pubblicazione del presente scritto, nella legge di bilancio 2025 (legge 30 dicembre 2024, n. 207), risulta una modifica, di estremo rilievo, relativa proprio all’art. 13-ter, comma 5, delle norme di attuazione del c.p.a., che (ora) prevede la possibilità di condanna al pagamento del contributo unificato, in misura fino al doppio, della parte che, in qualsiasi atto, senza autorizzazione, abbia superato i limiti di stesura stabiliti dal decreto del presidente del Consiglio di Stato (33).

La novità normativa sembra, dunque, allontanare l’atto processuale in violazione dei limiti dimensionali dalla scure dell’i-nammissibilità, con la previsione, però, di un possibile versamento di una somma commisurata all’entità del superamento e alla complessità o dimensione della sentenza o degli atti impugnati.

La perdurante attualità del tema è confermata anche dalla recentissima ordinanza (34) che, complice il mutamento normativo appena menzionato, ha rimesso alla Plenaria «i) se la previsione di cui all’art. 13-ter, comma 5, disp. att. c.p.a. vada intesa nel

(32) Si v. il tenore del comma 1-bis, da inserire nell’art. 12 del decreto.

(33) La sostituzione — per effetto dell’art. 1, comma 813, della menzionata legge 30 dicembre 2024, n. 207 è nei termini seguenti: «5. Indipendentemente dall’esito del giudizio, la parte che, in qualsiasi atto del processo, superi, senza aver ottenuto preventiva autorizzazione, i limiti dimensionali previsti dal presente articolo, può essere tenuta al versamento di una somma complessiva, per l’intero grado del giudizio, fino al massimo pari al doppio del contributo unificato previsto in relazione all’oggetto del giudizio e, ove occorra, in aggiunta a quanto già versato. 5-bis. Il giudice, con la decisione che definisce il giudizio, determina la misura della somma tenendo conto dell’entità del superamento, nonché della complessità o dimensione degli atti impugnati o della sentenza impugnata. 5-ter. Si applica l’art. 15 del presente allegato».

(34) Cons. Stato, sez. III, ord. 17 gennaio 2025, n. 352.

senso di stabilire un vero e proprio dovere del giudice di non esaminare le parti degli atti processuali eccedenti i limiti dimensionali, senza alcun margine di discrezionalità; *ii*) in caso di risposta negativa al precedente quesito, quali siano le conseguenze che il giudice deve o può ricavare dalla violazione dei suddetti limiti dimensionali; *iii*) se le modifiche introdotte al citato art. 13-ter, comma 5, disp. att. c.p.a. (...), si applichino anche ai giudizi in corso alla data della loro entrata in vigore ovvero soltanto ai ricorsi proposti dopo tale data».

L'avvocato amministrativista deve tenere a mente, intanto, che “deve osservare” i limiti dimensionali dell'atto processuale e, nonostante le incertezze che (almeno finora) li hanno connotati, preoccuparsi delle conseguenze sanzionatorie in caso di mancato loro rispetto.

GIORDANA STRAZZA

ABSTRACT: Nel processo amministrativo, gli atti di parte devono rispettare rigidi limiti dimensionali. La ricerca evidenzia, innanzitutto, le incertezze che, finora, hanno connotato le conseguenze processuali derivanti dal superamento dei limiti di estensione del ricorso. Lo studio ha, quindi, l'obiettivo di criticare la tesi della giurisprudenza amministrativa più recente, che tende ad affermare l'inammissibilità da superamento dei limiti di estensione del ricorso.

ABSTRACT: *In the administrative process, party acts must comply with strict size limits. The research highlights the uncertainties that have characterised the procedural consequences of exceeding the limits of appeal size. The study aims to criticise the thesis of the most recent administrative jurisprudence, which tends to affirm the inadmissibility of exceeding the limits of the appeal's extension.*



Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 13 ottobre 2023,

n. 8928

Pres. Mastrandrea, Est. Monteferrante

*Nel caso in cui, al netto dell'epigrafe e delle ulteriori parti escluse ai sensi dell'art. 4 del decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016, il numero massimo di 70.000 caratteri consentiti, secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 1, lett. b) del menzionato decreto, risulta utilizzato ed esaurito prima della articolazione dei motivi di appello, il giudice non è tenuto ad esaminarli, quale sanzione prevista dal legislatore per i casi di violazione del principio di sinteticità degli atti processuali previsto dall'art. 3 c.p.a. Ne consegue che, in presenza di motivi di appello che il giudice non è tenuto ad esaminare il ricorso diviene inammissibile perché, in relazione ad una parte essenziale per la identificazione della domanda — richiesta dall'art. 44, comma 1, lett. b) c.p.a. a pena di nullità —, viene meno l'obbligo di provvedere e con esso la stessa possibilità di esame della domanda (1).*

(\*) Il presente contributo si trova già pubblicato nel sito dell'Associazione Veneta Avvocati Amministrativisti unitamente allo scritto della Prof.ssa Giordana Strazza "La difesa contingentata: sull'inammissibilità da superamento dei limiti di estensione del ricorso. Nota a Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2023, n. 8487". Entrambi i commenti sono risultati vincitori del Premio Guicciardi, ed. 2023.

## (1) La violazione dei limiti dimensionali degli atti processuali: un monito dal giudice amministrativo (\*)

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sulla sinteticità e chiarezza degli atti nel processo amministrativo. — 2. Il caso di specie: la sentenza n. 8928/2023 del Consiglio di Stato. — 3. Superamento dei limiti dimensionali e inammissibilità dell'atto: una conseguenza necessaria? — 4. Conclusioni.

### 1. Brevi cenni sulla sinteticità e chiarezza degli atti nel processo amministrativo.

La regola di sinteticità degli atti processuali è stata introdotta per la prima volta nell'ambito del processo amministrativo dal d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53 <sup>(1)</sup> il quale, nel dettare una disciplina speciale per il rito in materia di appalti <sup>(2)</sup>, al fine di garantire una più celere definizione del giudizio rispetto al rito ordinario, ha previsto che: «*tutti gli atti di parte devono essere previsti sintetici e la sentenza che decide il ricorso è redatta ordinariamente in forma semplificata*» <sup>(3)</sup>.

In seguito, l'art. 3 del d.lgs. 104/2010 (d'ora innanzi c.p.a.) ha esteso l'applicazione di questa regola a qualsiasi giudizio amministrativo, elevandola al rango di vero e proprio principio generale del processo amministrativo <sup>(4)</sup>, stabilendo che: «*ogni provve-*

<sup>(1)</sup> Con tale decreto legislativo si è inteso dare attuazione alla direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

<sup>(2)</sup> Con riferimento alla sinteticità degli atti processuali nelle controversie in materia di contratti pubblici si confronti M. NUNZIATA, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *L'amministrativista.it*, 2016.

<sup>(3)</sup> Tale previsione, originariamente contenuta all'art. 8, comma 2-undecies, d.lgs. 53/2010, è stata trasposta all'art. 120, comma 10, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Si precisa tuttavia che suddetto articolo, così come modificato dall'art. 209 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, non presenta più la previsione in ordine alla sinteticità degli atti.

<sup>(4)</sup> L'art. 3 del c.p.a. è inserito nel Capo I del Libro I del codice dedicato, per l'appunto, ai principi generali. Per un commento all'art. 3 si rimanda a G.P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, in *Il nuovo processo amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXXXII, 39. Osserva correttamente F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2018, 134, come «è quindi sicuramente significativo il fatto che il legislatore abbia sentito la necessità di richiamare

*dimento decisorio del giudice è motivato. 2. Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica».*

La disciplina attuativa di questo principio, con il necessario corredo di parametri e sanzioni, è intervenuta in un secondo momento.

In particolare, il d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (c.d. secondo correttivo al c.p.a.) ha modificato l'articolo 26 c.p.a., dedicato alle spese di giudizio, prevedendo che il giudice possa disporre in merito alle spese di lite «*tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2*»<sup>(5)</sup>.

Il legislatore ha poi provveduto a individuare i parametri per la qualificazione della sinteticità dell'atto<sup>(6)</sup>, in prima battuta con riferimento al rito speciale degli appalti<sup>(7)</sup> e, in seconda battuta,

*il principio di sinteticità tra i principi generali del processo amministrativo, anche se ciò appare spiegabile più con l'intento di generalizzarne appunto l'applicazione al di fuori del rito speciale appalti, che come una considerazione in termini di principio fondamentale del processo amministrativo».*

<sup>(5)</sup> Sembra condividere questa scelta legislativa F.G. SCOCA, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2014, 1421, per il quale, con riferimento alle spese processuali, non «*sembra irragionevole che, nel liquidarle, il giudice tenga conto della chiarezza e sinteticità degli atti processuali*» e anzi «*questa sembra essere l'unica razionale sanzione contro la inutile prolissità degli atti processuali*». Molto critica invece nei confronti di questa previsione M.A. SANDULLI, *Il codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?* in *Federalismi.it*, 20/2012, 1.

<sup>(6)</sup> Il concetto di sinteticità sarà analizzato al paragrafo 4 del presente contributo al quale pertanto si rimanda.

<sup>(7)</sup> L'art. 40 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazione dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 ha modificato il comma 6 dell'art. 120 c.p.a. prevedendo che: «*al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. Con il medesimo decreto sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. Il medesimo decreto, nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti; il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello*». In attuazione di tale

in via generale per l'intero processo amministrativo.

L'estensione del campo di applicazione di queste regole, prima valide solo per il rito appalti, è stata compiuta dall'art. 7-bis del d.l. 31 agosto 2016, n. 168 convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197, il quale ha abrogato il comma 6 dell'art. 120 c.p.a. richiamato nella nota precedente e ha introdotto l'art. 13-ter all'allegato II al c.p.a. <sup>(8)</sup>.

Come acutamente osservato <sup>(9)</sup>, il disposto di tale articolo è identico a quello dell'art. 120, comma 6, c.p.a., salvo che per l'ultimo capoverso dell'ultimo comma: mentre infatti l'art. 120, comma 6, prevedeva espressamente che il giudice dovesse analizzare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti

articolo è stato emanato il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 40 del 25 maggio 2015. Per un'analisi critica di questa disciplina si confronti M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, 18/2014, in particolare 40 e ss. Con riguardo specifico al decreto di attuazione di queste misure si confronti F. VOLPE, *Sui limiti all'estensione degli atti di difesa nel processo amministrativo*, in *Lexitalia*, 5/2015, il quale, in conclusione osserva come: «si nutre il timore che ogni forma di regolamentazione della brevità degli atti sia in sé destinata a fallire, perché erroneo è il suo presupposto. Vale a dire che si possa contingentare l'esposizione degli argomenti di difesa».

<sup>(8)</sup> Art.13-ter. Criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte «1. Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, del codice, le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del presidente del Consiglio di Stato, da adottare entro il 31 dicembre 2016, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria degli avvocati amministrativisti. 2. Nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi si tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto.

3. Con il decreto di cui al comma 1 sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. 4. Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, anche mediante audizione degli organi e delle associazioni di cui al comma 1, effettua un monitoraggio annuale al fine di verificare l'impatto e lo stato di attuazione del decreto di cui al comma 1 e di formulare eventuali proposte di modifica. Il decreto è soggetto ad aggiornamento con cadenza almeno biennale, con il medesimo procedimento di cui al comma 1. 5. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione».

<sup>(9)</sup> F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità*, cit., 137.

limiti e che il mancato esame delle suddette questioni costituiva motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello, l'art. 13-ter, al suo ultimo comma specifica, a contrario, che l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non costituisce motivo di impugnazione <sup>(10)</sup>.

L'art. 13-ter dell'allegato II al c.p.a. è stato attuato dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016, il quale ha stabilito non solo i criteri redazionali <sup>(11)</sup> e i limiti dimensionali degli atti processuali <sup>(12)</sup>, ma ha anche stabilito i casi (*rectius* le modalità) attraverso cui è possibile derogare ai limiti suddetti. Infatti, l'art. 6 del suddetto decreto consente al ricorrente di presentare istanza motivata per l'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali sulla quale il Presidente o il magistrato delegato si pronuncia con decreto entro tre giorni <sup>(13)</sup>. È altresì prevista una ratifica postuma in caso di superamento dei limiti dimensionali non autorizzato preventivamente che però può avvenire solo "*per gravi e giustificati motivi*", con la possibilità per il giudice, di autorizzare in tutto o in parte il superamento dei suddetti limiti <sup>(14)</sup>.

<sup>(10)</sup> Sull'interpretazione da dare a questo comma si confronti *infra* par. 3.

<sup>(11)</sup> Cfr. art. 2 del decreto 167/2016.

<sup>(12)</sup> Cfr. art. 3 del decreto 167/2016. Tale articolo assegna un numero massimo di caratteri per ciascun atto processuale in maniera diversa a seconda del rito, differenziando tra riti dell'accesso, del silenzio, del decreto ingiuntivo, elettorale di cui all'art. 129 c.p.a. (30.000 caratteri); rito ordinario, rito abbreviato comune di cui all'art. 119, rito elettorale di cui all'art. 130 c.p.a. (70.000 caratteri).

<sup>(13)</sup> La motivazione di cui deve essere corredata l'istanza di autorizzazione avrà verosimilmente ad oggetto le ragioni di particolare complessità del caso di specie che hanno portato a superare i limiti dimensionali. Con riferimento al regime processuale proprio di questa autorizzazione si confronti M. LIPARI, *La sinteticità degli atti difensivi*, in *Treccani. Libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016, 751 le cui considerazioni, pur riferite al precedente DPCS n. 40/2015, sono perfettamente valide anche con riferimento al DPCS n. 167/2016.

<sup>(14)</sup> Con riferimento all'autorizzazione postuma, sulla parte richiedente incombe un onere di motivazione rafforzato, in quanto deve giustificare i gravi e giustificati motivi a sostegno della richiesta postuma e non preventiva di autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali. Con riguardo alla concreta valutazione che deve operare il giudice nel concedere (o meno) suddetta autorizzazione postuma si concorda con quanto affermato da

In tale quadro normativo, è interessante verificare quali siano le conseguenze che la giurisprudenza ha dedotto dalla violazione dei limiti dimensionali <sup>(15)</sup>, già puntualizzando che tali conseguenze sembrano non essere sempre pienamente allineate a quanto previsto dalla norma di legge.

Per un primo filone giurisprudenziale <sup>(16)</sup> il superamento dei limiti dimensionali comporterebbe l'inammissibilità *in parte qua* delle censure o comunque delle deduzioni difensive che superano quantitativamente suddetti limiti.

Tuttavia, come già acutamente osservato <sup>(17)</sup>, nelle sentenze sopra richiamate, l'inammissibilità dell'appello è dichiarata per il fatto che la prolissità dello stesso rende «*quasi impossibile ricostruire, attraverso la lettura dell'atto, la realtà di situazioni di fatto*

F. FRANCARIO, *Il principio di sinteticità*, cit., 167, per il quale «*il giudice deve necessariamente esaminare la domanda nella sua interezza e concederà o negherà l'autorizzazione a seconda che l'atto risulti nel suo complesso intellegibile o meno*». Sempre secondo l'Autore «*se l'autorizzazione viene invece negata, si deve nondimeno ritenere che l'atto sia stato necessariamente conosciuto nella sua interezza e che si sia giunti alla conclusione che la parte eccedente i limiti dimensionali non reca questioni formulate in maniera chiara e specifica e che il carattere prolisso pregiudica effettivamente l'intellegibilità dell'atto; se la decisione, che in ultima istanza spetta sicuramente al Collegio, si rivela sbagliata, sarà giusto consentire l'impugnazione della sentenza, che risulterà comunque viziata per tale motivo*».

<sup>(15)</sup> Per una recente e approfondita disamina in merito si confronti A. CRISMANI, *L'eccesso di lunghezza degli atti processuali e l'accetta del giudice (nota a CGARS, sez. giur., 4 aprile 2023, n. 104)*, in *Giustiziainsieme.it*, 6 luglio 2023.

<sup>(16)</sup> Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2016, n. 4636. In termini Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 295 che richiama al suo interno quale precedente conforme Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2016, n. 1268; sez. III, 21 marzo 2016, n. 1120; sez. VI, 4 gennaio 2016, n. 8; sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5459; sez. V, 30 novembre 2015, n. 5400; sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4153. Più di recente si confronti Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2023, n. 843; sez. IV, 09 gennaio 2023, n. 280 con ampi rimandi giurisprudenziali.

<sup>(17)</sup> Commentando in particolare la sentenza n. 4636/2016 (ma il ragionamento è lo stesso anche nelle altre sentenze richiamate alla nota che precede) osserva F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità*, cit. 145, come la motivazione della sentenza «*assimili il principio di sinteticità di cui all'art. 3 c.p.a., alle regole (sulla forma e sul contenuto degli atti) di cui agli articoli 40 e 101 c.p.a. e tenda a confondere e risolvere il principio di sinteticità in un indistinto coacervo con i principi di specificità e di chiarezza dei motivi nonché del giusto processo o a declinarlo in termini di mera brevità dell'atto processuale*» aggiungendo che «*non si riesce perciò a cogliere quale sia in ultima analisi la norma dalla quale sarebbe possibile trarre la conseguenza dell'irricevibilità o inammissibilità in parte qua dell'atto processuale sovradimensionato*».

*e processuali, non potendosi accettare che una parte renda oggettivamente non comprensibile le sue pretese ragioni giuridiche con la violazione del dovere di specificità dei motivi di ricorso sancito dal combinato disposto degli artt. 40, co. 1, lett. d) e 101, co. 1, c.p.a., nonché del dovere di sinteticità sancito dall'art. 3, co. 2, c.p.a.»* <sup>(18)</sup>.

Se ben si comprende il ragionamento del giudice, l'inammissibilità non è dichiarata per la sola violazione del principio di sinteticità, ma anche per quello di chiarezza e, soprattutto di specificità dei motivi (di ricorso e di appello); in altre parole, la prolissità e l'estrema lunghezza delle difese possono rendere non comprensibili *petitum* e *causa petendi* dell'atto, incorrendo così nella sanzione di inammissibilità prevista dagli art. 40, comma 1, lett. d) e 101, comma 1, c.p.a. <sup>(19)</sup>.

Accanto a questo indirizzo giurisprudenziale se ne è sviluppato un altro, per il quale la parte di atto eccedente i limiti dimensionali non sarebbe esaminabile dal giudice <sup>(20)</sup>.

In particolare, secondo questo orientamento, la violazione del limite dimensionale di sinteticità entro cui va contenuto l'atto processuale previsto dall'art. 13-*ter* dell'allegato II del c.p.a. non genera la conseguenza, a carico della parte che lo abbia superato, dell'inammissibilità dell'intero atto, ma solo il degradare della parte eccedentaria a contenuto che il giudice ha la mera facoltà di esaminare <sup>(21)</sup>.

Vi sono poi alcune sentenze che, in presenza di atti sovradimensionati, hanno invitato la parte a produrre una memoria riepilogativa che contesse una esposizione chiara e concisa di tutte le

<sup>(18)</sup> Cons. Stato n. 295/2017.

<sup>(19)</sup> In questo senso, commentando l'orientamento in esame F. SAITTA, *La violazione*, cit., 559.

<sup>(20)</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2852. In tale sentenza, in realtà, il giudice non collega l'impossibilità per il giudice di esaminare le difese che eccedono i limiti dimensionali per il solo superamento degli stessi ma per il fatto che i limiti suddetti erano stati superati senza la preventiva autorizzazione del giudice.

<sup>(21)</sup> In termini T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 15 maggio 2018, n. 5381; Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2018, n. 2190; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2018, n. 5287.

censure già proposte <sup>(22)</sup>.

Infine vi è un nutrito orientamento giurisprudenziale che sanziona la violazione del dovere di sinteticità al momento della liquidazione delle spese processuali, ai sensi dell'art. 26, comma 1, c.p.a. <sup>(23)</sup>.

In questo quadro normativo e giurisprudenziale si colloca la sentenza qui in commento che riporta quindi all'attenzione dell'interprete e del libero foro la questione delle conseguenze derivanti dal superamento dei limiti dimensionali degli atti processuali nel processo amministrativo.

## **2. Il caso di specie: la sentenza n. 8928/2023 del Consiglio di Stato.**

La questione posta davanti al Consiglio di Stato riguardava l'attuazione di un piano di lottizzazione sito in contrada Urselli in provincia di Ostuni e, in particolare la persistente o meno efficacia del piano suddetto e le modalità di attuazione dello stesso previste nella convenzione urbanistica <sup>(24)</sup>.

Contro la sentenza di primo grado, che giudicava il ricorso in parte infondato, in parte inammissibile, la società ricorrente proponeva appello con un atto di 87 pagine.

Come precisa il Consiglio di Stato nella sentenza qui in esame, il collegio aveva rappresentato in sede di camera di consiglio

<sup>(22)</sup> C.G.A.R.S. ordinanza 15 aprile 2014, n. 536; ordd. 20 novembre 2015 n. 657 e 30 novembre 2016 n. 444. Più di recente Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 2021, n. 3006.

<sup>(23)</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 1° giugno 2018, n. 6105; 24 aprile 2018, n. 4467. 4468, 4471, 4485, 4487. In queste sentenze, tuttavia, il giudice, non sanziona la violazione del dovere di sinteticità degli atti secondo quanto previsto dal comma 1, ma applica la sanzione per lite temeraria prevista dal comma 2. Si legge, infatti, nella sentenza n. 6105/2017 che: *«le spese di lite possono essere compensate in ragione della peculiarità della vicenda. La soccombenza della parte ricorrente giustifica, tuttavia, in considerazione della violazione da parte di questa del dovere di sinteticità degli atti e ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a., l'applicazione della sanzione pecuniaria pari all'importo del contributo unificato versato per il ricorso, da versarsi al bilancio della giustizia amministrativa»*. Più corretta sembra essere l'applicazione della disposizione da parte del T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 04 giugno 2019, n. 1279 il quale ritiene di compensare le spese e di non liquidare le stesse alla parte ricorrente in ragione del fatto che i suoi atti sono risultati estremamente prolissi e ripetitivi.

<sup>(24)</sup> Il caso è stato deciso in primo grado con la sentenza T.A.R. Puglia, Lecce, 21 novembre 2019, n. 1840.

alle parti appellanti il superamento dei limiti massimi di estensione del ricorso, e, non ricevendo scritti difensivi sul punto, aveva ribadito la problematica in sede di udienza pubblica, invitando le parti a trattare tale questione.

Nel decidere l'appello in questione il Consiglio di Stato lo giudica inammissibile, precisando che nel caso di specie il limite dimensionale è esaurito dall'appellante a p. 52 (su 87), prima dell'articolazione dei motivi di appello, non essendo quindi il Collegio tenuto ad esaminarli *«quale sanzione prevista dal legislatore per i casi di violazione del principio di sinteticità degli atti processuali previsto dall'art. 3 c.p.a.»* e ciò in applicazione dell'art. 13-ter, comma 5 dell'allegato II al c.p.a. per il quale: *«il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite non è motivo di impugnazione»*.

Il Collegio, in questa sede, sembra compiere un ragionamento in parte diverso dagli orientamenti giurisprudenziali in materia, specificando che: *«il ricorso, in presenza di motivi di appello che il giudice non è tenuto ad esaminare, diviene inammissibile perché, in relazione ad una parte essenziale per la identificazione della domanda — richiesta dall'art. 44, comma 1, lett. b) c.p.a. a pena di nullità — viene meno l'obbligo di provvedere e con esso la stessa possibilità di esame della domanda»*.

Infatti, il Collegio, nelle premesse del suo ragionamento, sposa quell'indirizzo per il quale il comma 5 dell'art. 13-ter non lascerebbe comunque al giudice la facoltà di esaminare l'atto oltre i limiti processuali<sup>(25)</sup>, ma invece *«in ossequio ai principi di terzietà e imparzialità obbliga il giudice a non esaminare le questioni che si trovano oltre il limite massimo di pagine»*<sup>(26)</sup>.

<sup>(25)</sup> Così invece ritengono F. FRANCIOSI, *Principio di sinteticità*, cit., 153 ss; F. SAIETTA, *La violazione*, cit., 562. Quest'ultimo osserva che: *«l'omessa pronuncia sulla parte eccedente, costituendo eccezione alla regola (rectius principio generale del processo) secondo cui il giudice è obbligato a pronunciarsi sull'intera domanda dovrebbe essere statuita esplicitamente»*.

<sup>(26)</sup> In termini C.G.A.R.S., n. 104/2023 con commento di A. CRISMANI, *L'eccesso di lunghezza*, cit.

Si tratta ora di verificare come si pone il ragionamento fatto dal giudice in questa sentenza con la cornice normativa sopra ampiamente ripercorsa e, soprattutto, rispetto al principio di sinteticità e chiarezza degli atti processuali di cui tale disciplina dovrebbe costituire attuazione.

### **3. Superamento dei limiti dimensionali e inammissibilità dell'atto: una conseguenza necessaria?**

La sentenza qui in esame presenta profili di interesse, e ciò non tanto per la “sanzione” di inammissibilità dell'appello presentato per la violazione dei limiti dimensionali, quanto per le motivazioni poste a sostegno di suddetta inammissibilità.

La sanzione di inammissibilità che colpisce l'atto di appello non deriva, come si è già visto in altre sentenze, dal fatto che l'atto in questione, anche a causa della sua prolissità, renda impossibile per il giudice comprendere i motivi di appello in quanto non specificatamente individuati, ma per il fatto che tali motivi, essenziali per l'identificazione della domanda, richiesta dall'art. 44, comma 1, lett. b) c.p.a. a pena di nullità, si trovano oltre il limite di pagine che il giudice sarebbe tenuto ad esaminare.

In primo luogo, è necessario verificare la premessa generale dalla quale parte il ragionamento del giudice, per cui l'art. 13-ter, comma 5, del II allegato al c.p.a. dovrebbe essere interpretato nel senso che, rispetto alla parte eccedente i limiti dimensionali, verrebbe meno l'obbligo di esame da parte del giudice.

Tale premessa non sembra condivisibile perché, come osservato dalla dottrina<sup>(27)</sup>, solo forzando il dato letterale si può sostenere che la norma sancisca un vero e proprio divieto per il giudice di esaminare la parte dell'atto eccedente.

Infatti, l'omessa pronuncia sulla parte del ricorso eccedente i limiti dimensionali, quale eccezione al principio generale per il

<sup>(27)</sup> F. SAITTA, *La violazione, cit.*, 561. In termini anche E.M. BARBIERI, *Il superamento dei limiti dimensionali stabiliti per i ricorsi giurisdizionali amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2022, 231.

quale il giudice ha l'obbligo di pronunciarsi sull'intera domanda (28), dovrebbe essere prevista specificatamente dalla disposizione.

Proprio alla luce dell'obbligo del giudice di conoscere gli atti delle parti nella loro interezza si ritiene che l'interpretazione costituzionalmente orientata (29) della disposizione sia quella di far permanere in capo al giudice la facoltà di esaminare l'atto oltre i limiti dimensionali suddetti.

Ancora, non si è pienamente d'accordo sulla ragione posta dal giudice alla base del (presunto) obbligo di non pronunciarsi sulla parte eccedente ai limiti dimensionali, che deriverebbe dal doveroso rispetto dei principi di imparzialità e terzietà; prendendo in prestito gli argomenti dal decreto del C.G.A.R.S n. 104/2023, tale principio escluderebbe che in un processo di parti come quello amministrativo si possa dare "benevolenza" ad una parte, tenendo in considerazione anche quanto posto oltre i limiti processuali, perché tale "benevolenza" si tradurrebbe inevitabilmente in un pregiudizio ingiusto per le altre controparti processuali.

Ora, non è chiaro quale sia il pregiudizio che le controparti processuali dovrebbero subire dal fatto che il giudice considera l'intero atto, anche nella parte eccedente i limiti processuali: è, infatti, evidente che la diligenza professionale imporrà all'avvocato di queste controparti di prendere posizione sull'intero atto dell'avversario e ciò non solo perché controparte potrebbe chiedere e ottenere

(28) Ciò in applicazione. del principio della domanda di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c., il quale opera nel processo amministrativo oltre che in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., anche in relazione al disposto degli artt. 41, co. 1, e 34, co. 1, c.p.a., a norma dei quali, rispettivamente, «le domande si introducono con ricorso» e il giudice adotta le pronunce previste dal Codice «nei limiti della domanda». Sul principio della domanda nel processo amministrativo si confronti, *ex multis*, V. DOMENICHELLI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, 1/2020, 26.

(29) Sebbene non sia mancata la dottrina che abbia fatto notare come anche la previsione di una mera facoltà per il giudice di non esprimersi su una parte dell'atto solo perché supera i limiti dimensionali sarebbe in contrasto con l'art. 24 Cost. e con l'art. 6 della C.E.D.U. Si confronti I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità degli atti processuali: il protocollo di intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 12/2016, 2782, in particolare 2783 e ss. Per la dottrina amministrativistica si confronti E.M. BARBIERI, *L'abuso del copia e incolla nel ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1582; F. VOLPE, *Sui limiti di estensione*, cit.

un'autorizzazione postuma al superamento dei limiti processuali, ma anche per l'incertezza, tutt'oggi presente in giurisprudenza, rispetto alle conseguenze di tale violazione. Inoltre, anche qualora controparte non avesse ritenuto di doversi esprimere sulla parte eccedente dell'atto, il giudice, prima di pronunciarsi sullo stesso nella sua interezza, dovrebbe assegnare a controparte ulteriori termini a difesa, assicurando così il pieno rispetto del contraddittorio tra le parti ed evitando che l'analisi del ricorso nella sua interezza generi un pregiudizio in capo alle altre controparti processuali.

In aggiunta si segnala come possa essere più utile per controparte avere una sentenza che rigetta il ricorso in quanto infondato e non in quanto inammissibile, per la maggior pregnanza del giudicato nel primo caso <sup>(30)</sup>.

Oltre a non condividere le premesse del ragionamento fatto dal Consiglio di Stato, non persuadono le conclusioni, che portano a dichiarare l'intero appello inammissibile perché la parte contenente i motivi dell'appello si trovava in una parte dell'atto che il giudice non sarebbe tenuto ad esaminare.

Tuttavia, come acutamente osservato <sup>(31)</sup>, il punto fermo dovrebbe individuarsi nell'assunto che non ci sono norme che espressamente prevedono la sanzione dell'inammissibilità per il solo fatto del superamento dei limiti dimensionali, operando l'inammissibilità solo ed esclusivamente nei casi indicati dagli artt. 40 c.p.a. <sup>(32)</sup>.

<sup>(30)</sup> A conferma di questa ricostruzione di confronti Cons. Stato, sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1450, nella quale il giudice decide di prescindere dai profili di inammissibilità del ricorso, che peraltro discenderebbe «non già per la richiamata irragionevole estensione del ricorso (la quale, nella specie, non è, ratione temporis, normativamente sanzionata), ma in quanto rischia di pregiudicare l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata (cfr. Cass. civ., n. 8009 del 2019), con conseguente violazione della regola di specificità dei motivi di appello (art. 101, comma 1, c.p.a.), imposta a pena di ammissibilità del gravame.», in quanto lo stesso sarebbe infondato nel merito.

<sup>(31)</sup> A. CRISMANI, *L'eccesso di lunghezza*, cit.

<sup>(32)</sup> La normazione in materia di giurisdizione è infatti coperta da riserva assoluta di legge ai sensi dell'art. 101 e 111 Cost. Su questo aspetto si confronti *ex multis* F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in (a cura di) F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 166.

Pertanto, per tutte le ragioni qui indicate, non si condivide pienamente il ragionamento condotto dal Consiglio di Stato nella sentenza qui in esame con riferimento alle conseguenze da ricondurre al superamento dei limiti dimensionali dell'atto processuale.

#### 4. Conclusioni.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, il dovere di sinteticità, sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a., strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2, c.p.a.), è a sua volta corollario del giusto processo, ed assume una valenza peculiare nel giudizio amministrativo caratterizzato dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica. Tale impostazione è conforme alla considerazione della giurisdizione come risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, sì da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale<sup>(33)</sup>.

Ci si chiede però se, nell'attuazione normativa di questo principio, si sia rimasti fedeli alla sua valenza strumentale alla realizzazione del giusto processo.

La risposta non sembra essere del tutto positiva, e ciò deriva da quello che sembra essere il primo equivoco del legislatore che ha trasformato il principio di sinteticità in regola di brevità.

Ora, senza scomodare la dottrina, è la stessa giurisprudenza a riconoscere che: *«L'essenza della sinteticità, prescritta dal codice di rito, non risiede nel numero delle pagine o delle righe in ogni pagina, ma nella proporzione tra la molteplicità e la complessità delle questioni dibattute e l'ampiezza dell'atto che le veicola, in quanto la sinteticità è “un concetto di relazione, che esprime una*

<sup>(33)</sup> L'idea della funzione giurisdizionale quale “risorsa scarsa” è stata sviluppata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in due recenti pronunce, 25 febbraio 2014, n. 9 e 27 aprile 2015, n. 5, e ripreso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nelle sentenze 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 e, da ultimo, nella sentenza 20 ottobre 2016 n. 21260.

*corretta proporzione tra due grandezze, la mole, da un lato, delle questioni da esaminare e, dall'altro, la consistenza dell'atto — ricorso, memoria o, infine, sentenza — chiamato ad esaminarle” (Cons. St., sez. III, 12 giugno 2015, n. 2900) ed è, si deve qui aggiungere, sul piano processuale un bene-mezzo, un valore strumentale rispetto al fine ultimo, e al valore superiore, della chiarezza e della intelligibilità della decisione nel suo percorso motivazionale»<sup>(34)</sup>.*

In altre parole, non è per niente scontato che la previsione di un limite dimensionale agli atti processuali porti alla redazione di atti sintetici (e soprattutto chiari), come invece si vorrebbe proprio in attuazione del principio di sinteticità e chiarezza<sup>(35)</sup>.

Peraltro, una rigida limitazione del numero di battute degli atti nel processo amministrativo non tiene in considerazione il fatto che spesso, la narrazione definitiva “prolissa” o “ridondante” dal giudice dipende proprio dalla necessità per il ricorrente (ma anche per chi si difende) di versare nel proprio primo atto tutte le deduzioni in fatto e in diritto per non incorrere in possibili preclusioni o eccezioni di parte. Inoltre, è fatto notorio, che il contezioso amministrativo spesso si formi su questioni caratterizzate da un alto grado di tecnicità, per i quali, può rendersi necessario, proprio per maggiore chiarezza, un “supplemento” di spiegazione.

Si dirà che la soluzione al problema sta nella possibilità di derogare a tali, a volta angusti, limiti dimensionali previa autorizzazione preventiva o successiva del giudice; si ritiene tuttavia non pienamente convincente dal punto di vista sistematico far dipendere l'esplicazione del proprio diritto di difesa da una autorizzazione del giudice, peraltro prevista da una fonte non di rango primario.

In conclusione, non si vuole certo ignorare l'importanza di avere atti chiari e sintetici per la miglior conduzione del processo; ciò che

<sup>(34)</sup> Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

<sup>(35)</sup> Chiaramente M. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2017, 464, per il quale: «rimane da dimostrare che un testo, per essere sintetico, debba anche essere breve, e che quindi il problema della sintesi possa risolversi semplicemente “dando i numeri”».

non si condivide appieno sono le conseguenze, gravi, che si riconducono alla violazione dei limiti dimensionali che possono portare, come visto, alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

Può allora rivelarsi utile un confronto con il processo civile il quale, in seguito alla riforma che lo ha recentemente interessato, prevede oggi all'art. 121 che: «*Tutti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico*»<sup>(36)</sup> e, nelle disposizioni attuative, sancisce chiaramente che: «*il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico e dei criteri e limiti di redazione dell'atto non comporta invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo*»<sup>(37)</sup>.

Si potrebbe allora auspicare che anche nel processo amministrativo il superamento dei limiti dimensionali dell'atto sia sempre considerato alla stregua di una semplice irregolarità e che le conseguenze di tale superamento siano limitate sul piano della liquidazione delle spese di lite, evitando che tale superamento sia sanzionato con l'inammissibilità dell'intero atto.

Questa peraltro sembra essere la soluzione fatta propria dal legislatore che, con l'art. 1, comma 813, della l. 30 dicembre 2024 n. 207, ha modificato il comma 5 dell'art. 13 *ter* delle norme di attuazione del processo amministrativo prevedendo che: «*Indipendentemente dall'esito del giudizio, la parte che in qualsiasi atto del processo superi, senza avere ottenuto una preventiva autorizzazione, i limiti dimensionali stabiliti ai sensi del presente articolo può essere tenuta al pagamento di una somma complessiva per l'intero grado del giudizio fino al doppio del contributo unificato previsto in relazione all'oggetto del giudizio medesimo e, ove occorra, in aggiunta al contributo già versato*». La disposizione specifica ulteriormente che l'importo da versare sarà determinato dal giudice al momento della de-

<sup>(36)</sup> Comma così modificato dall'art. 3, comma 9, lett. a), D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, a decorrere dal 18 ottobre 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 52, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 149/2022. Per l'applicabilità e l'effetto di tale disposizione vedi l'art. 35 del medesimo D.Lgs. n. 149/2022.

<sup>(37)</sup> Art. 46 disp.att. cod. proc. civ.

cisione «*tenendo conto dell'entità del superamento dei limiti dimensionali stabiliti ai sensi del presente articolo nonché della complessità ovvero della dimensione degli atti impugnati o della sentenza impugnata*».

Rispetto al regime intertemporale di questa modifica, ossia alla sua applicabilità anche ai giudizi in corso alla data della loro entrata in vigore ovvero soltanto ai ricorsi proposti dopo tale data e quindi dopo il 1° gennaio 2025 è stata investita l'Adunanza Plenaria con una articolata ordinanza di rimessione <sup>(38)</sup> avente ad oggetto proprio l'interpretazione dell'art. 13 *ter*, comma 5, disp. att. del c.p.a. prima della modifica sopra riportata.

In attesa della pronuncia chiarificatrice della Plenaria in merito alle conseguenze da ricondurre al superamento dei limiti dimensionali in forza del regime vigente prima della recentissima modifica voluta dalla legge finanziaria 2025 non può che salutarci con favore la novella normativa che prevede per il superamento dei limiti dimensionali una sanzione di tipo meramente economico <sup>(39)</sup>.

CLARA SILVANO

ABSTRACT: Partendo dall'analisi della sentenza del Consiglio di Stato n. 8928/2023, che giudica inammissibile l'appello presentato per violazione dei limiti dimensionali degli atti processuali, il contributo analizza criticamente le conseguenze che la nor-

<sup>(38)</sup> Cons. Stato, sez. III, ordinanza 17 gennaio 2025 n. 352 con la quale sono sollevate le seguenti questioni di diritto: «*i) se la previsione di cui all'art. 13-ter, comma 5, disp. att. c.p.a. vada intesa nel senso di stabilire un vero e proprio dovere del giudice di non esaminare le parti degli atti processuali eccedenti i limiti dimensionali, senza alcun margine di discrezionalità; ii) in caso di risposta negativa al precedente quesito, quali siano le conseguenze che il giudice deve o può ricavare dalla violazione dei suddetti limiti dimensionali; iii) se le modifiche introdotte al citato art. 13-ter, comma 5, disp. att. c.p.a. dalla legge 30 dicembre 2024, n. 205, si applichino anche ai giudizi in corso alla data della loro entrata in vigore ovvero soltanto ai ricorsi proposti dopo tale data*».

<sup>(39)</sup> Non si può tuttavia non evidenziare l'ampio margine di discrezionalità che la disposizione lascia al giudice per la definizione della somma dovuta dalla parte che ha superato i limiti dimensionali. Inoltre non è chiaro se la normativa debba trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui sia stata rilasciata un'autorizzazione postuma da parte del giudice competente.

mativa, così come interpretata dalla giurisprudenza, riconduce al superamento di suddetto limite. L'Autrice da ultimo confronta le proprie conclusioni con le recenti novità normative e con la ordinanza di remissione all'Adunanza Plenaria 17 gennaio 2025 n. 352 di tre distinte questioni in merito all'interpretazione dell'art. 13 *ter*, comma 5, disp. att. c.p.a.

*ABSTRACT: Starting from the analysis of the Council of State's judgment no. 8928/2023, which declares inadmissible the appeal filed for violation of the size limits of procedural acts, the contribution critically analyses the consequences that the legislation, as interpreted by the case law, attributes to the exceeding of said limit. Lastly, the author compares her conclusions with the recent legislative changes and with the order of remittal to the Plenary Assembly no. 352 of 17 January 2025 of three separate questions on the interpretation of art. 13 *ter*, paragraph 5, disp. att. c.p.a.*



Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza 16 ottobre 2023

n. 28727

Pres. F. Genovese, Rel. G. Iofrida

*In tema di crisi familiare, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 473-bis.51 c.p.c., è ammissibile il ricorso dei coniugi proposto con domanda congiunta e cumulata di separazione e di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio (1).*

### **(1) Cumulatività delle domande congiunte e rinvio pregiudiziale: il compromesso della Cassazione**

SOMMARIO: 1. Il Caso. — 2. Le gravi difficoltà interpretative prima della pronuncia in Cassazione. — 3. La pronuncia della Corte di Cassazione. — 4. Le reazioni della dottrina. — 4.1. Le opacità del ragionamento della Cassazione. — 4.2. Ricadute sul piano processuale e sostanziale: i timori della dottrina. — 4.3. Le problematiche applicative rimaste in sospenso: l'irrevocabilità del consenso. — 4.3.1. Le problematiche applicative rimaste in sospenso: il regime delle sopravvenienze. — 5. Conclusioni.

#### **1. Il Caso.**

Innanzi al Tribunale di Treviso in data 15 maggio 2023 due coniugi avevano presentato un ricorso introduttivo di separazione consensuale per ottenere la pronuncia della separazione e l'omologazione delle condizioni relative alla prole ed ai rapporti economici. Con lo stesso atto i ricorrenti avevano chiesto, inoltre, che decorso il termine dilatorio *ex art. 3, n. 2, lett. b) l. n. 898/1970* e previo passaggio in giudicato della sentenza di separazione, il Tribunale pronunciasse lo scioglimento del matrimonio alle stes-

se condizioni richieste per la separazione personale.

Il Tribunale di Treviso, ravvisando una questione pregiudiziale inerente l'ammissibilità del cumulo di tali domande congiunte, con l'ordinanza motivata del 31 maggio 2023 aveva disposto rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* alla Suprema Corte di Cassazione.

Il Primo Presidente della Corte di Cassazione, ravvisando *prima facie* la sussistenza dei requisiti indispensabili per il rinvio pregiudiziale, con decreto del 14 giugno 2023, aveva assegnato il compito di enunciare il relativo principio di diritto alla Prima Sezione Civile, la quale, dopo trattazione in pubblica udienza, il 6 ottobre 2023 ha pronunciato, con la sentenza n. 28727, il principio in epigrafe.

## **2. Le gravi difficoltà interpretative prima della pronuncia in Cassazione.**

Il rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale di Treviso è stato quanto mai opportuno poiché ha permesso di dare risposta, in tempi piuttosto celeri, alla questione della ammissibilità o meno del cumulo delle domande congiunte di separazione e divorzio, che aveva generato una vera e propria spaccatura in dottrina e giurisprudenza <sup>(1)</sup> e rischiava di determinare una fram-

(1) Occorre far rilevare che i tribunali favorevoli al cumulo delle domande congiunte erano decisamente predominanti rispetto a quelli contrari. Tra la giurisprudenza favorevole al cumulo possiamo indicare il Trib. Milano, 5 maggio 2023, n. 3542; Trib. Lamezia Terme, ord. 13 maggio 2023; Trib. Vercelli, 17 maggio 2023, n. 230; Trib. Terni, 22 giugno 2023 e, sebbene non si siano pronunciati espressamente a favore del cumulo, ma si siano limitati a comunicare i codici operativi SICIT Trib. Modena, 27 febbraio 2023; Trib. Rovigo, 31 marzo 2023; Trib. Bolzano, 21 aprile 2023; Trib. Terni, 22 giugno 2023. Nell'elenco dei tribunali favorevoli al cumulo va, inoltre, annoverato anche quello di Genova che con il Verbale riunioni *ex art. 47-quater* ord. giud. del 7 marzo 2023 recante «Prime indicazioni sul d.lgs 149/2022» alla pagina 4 espressamente ammette il cumulo delle domande congiunte e fornisce indicazioni sul relativo modo di procedere.

Invece tra la giurisprudenza contraria al cumulo è possibile indicare il Trib. Bari con nota del Presidente del Tribunale del 6 aprile 2023, in [www.osservatoriofamiglia.it](http://www.osservatoriofamiglia.it), il Trib. Padova con nota del Presidente del Tribunale del 7 aprile 2023 in [www.osservatoriofamiglia.it](http://www.osservatoriofamiglia.it), Trib. Firenze, 15 maggio 2023, n. 4458, Trib. Ferrara, 31 maggio 2023, n. 406.

mentazione nella tutela accordata dai tribunali di merito e, nel complesso, incertezza del diritto applicabile.

La diatriba si è originata dagli incerti raccordi tra due norme inserite all'interno del nuovo Titolo IV-*bis* con il d.lgs. n. 149/2022: l'art. 473-*bis*.49 c.p.c. che introduce la possibilità di cumulare le domande giudiziali di separazione di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio <sup>(2)</sup>, senza però nulla prevedere relativamente alle domande congiunte, e l'art. 473-*bis*.51 c.p.c. rubricato «procedimento su domanda congiunta» <sup>(3)</sup> che si limita a dettare una disciplina unica per tutti i procedimenti di cui all'art. 473-*bis*.47 c.p.c. laddove presentati in forma congiunta, ma non contiene richiami espressi all'art. 473-*bis*.49 c.p.c.

Proprio dall'assenza di richiami espressi tra le due norme, in applicazione del principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* <sup>(4)</sup> parte della dottrina e della giurisprudenza ha colto la volontà del legislatore di tenere distinte le due discipline e dedotto, unitamente ad altre ragioni di tipo sistematico ed ermeneutico, che

<sup>(2)</sup> Tale istituto è stato efficacemente definito da parte della dottrina «separ-orzio» Cfr. A. SIMEONE, «Separ-orzio»: arriva il primo sì del Tribunale di Milano (nota a Trib. Milano 5 maggio 2023) in senso affine G. SAPI - A. SIMEONE, in *Gli atti introduttivi*, AA.Vv., *La riforma del diritto di famiglia: il nuovo processo*, a cura di R. GIORDANO - A. SIMEONE, Milano, 2023, 32 ss.; per i dettagli della disciplina si rinvia anche a C. CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, Pisa, 2024, 146 ss.; R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, 160 ss.; M.A. LUPOI, *Art. 473-bis.49 c.p.c.*, in AA.Vv., *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, Pisa, 2023, 884 ss.; R. DONZELLI, *Art. 473-bis.49 (Cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio)*, in AA.Vv., *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, a cura di R. DONZELLI - G. SAVI, Milano, 2023, 360 s.; F. TOMMASEO, *Verso la riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Giusto proc. civ.*, 3, 2022, 645; Id., *Nuove regole per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 3, 2023, 293.

<sup>(3)</sup> Il procedimento su domanda congiunta assume come modello di riferimento quello della separazione consensuale ibridizzato con quello di divorzio su domanda congiunta. M.A. LUPOI, *Art.473-bis.51 c.p.c.*, in AA.Vv., *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, Pisa, 2023, 202 ss. Per un approfondimento ulteriore si rinvia anche a A. NERI, *Art. 473-bis.51 (Procedimento su domanda congiunta)*, in AA.Vv., *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie* a cura di R. DONZELLI - G. SAVI, Milano, 2023, 379; R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 164 ss.; C. CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 154 ss.

<sup>(4)</sup> In tal senso Trib. Firenze, 15 maggio 2023, n. 4458, cit.

la cumulabilità dei processi di separazione e divorzio non potesse estendersi alle domande congiunte.

A tale argomentazione letterale la dottrina e giurisprudenza favorevoli al cumulo<sup>5</sup> hanno replicato individuando un indizio nel senso dell'ammissibilità del cumulo proprio nell'*incipit* dell'art. 473-bis.51 c.p.c. ove la norma fa riferimento alla «domanda congiunta relativa a procedimenti di cui all'art. 473-bis.47...». Secondo parte della dottrina, se il legislatore avesse inteso escludere il cumulo delle domande congiunte, in luogo della commistione delle forme singolare per la domanda e del plurale per i procedimenti che essa introduce<sup>6</sup>, avrebbe sicuramente utilizzato il singolare anche per i procedimenti, formulando la norma in questi termini: «la domanda congiunta relativa ad uno dei procedimenti di cui all'art. 473-bis.47...».

La dottrina sostenitrice del cumulo ha, inoltre, specificato che l'argomento basato sul principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, avrebbe avuto fondatezza in assenza di cambiamenti nel sistema, ma perde consistenza se si considera il profondo mutamento attraversato dal sistema delle fonti: le norme che disciplinavano i procedimenti di separazione consensuale (artt. 711 c.p.c. e 156 c.c.) e di divorzio congiunto (art. 4, co. 16, l. n. 898/1970) sono state, infatti, abrogate con l'introduzione di un rito unico, prevedendo la sentenza come forma del provvedimento finale per tutti i procedimenti su domanda congiunta. Tale unificazione faceva propendere parte della dottrina nel senso di ammettere la cumulabilità delle domande congiunte di separazione e divorzio, già prima della pronuncia in senso favorevole della Cassazione<sup>7</sup>.

(5) F. DANOVI, *Per l'ammissibilità della domanda congiunta (cumulata) di separazione e divorzio (prime riflessioni nell'era della riforma Cartabia)*, in *Fam. e dir.*, 5, 2023, 489; ID., *Domanda congiunta di separazione e divorzio: le ragioni per il sì, in attesa di una prassi giudiziale uniforme*, in *Fam. e dir.*, 7, 2023, 657.

(6) Tra l'altro la norma può soltanto riferirsi all'eventuale cumulo tra separazione e divorzio, essendo in radice impossibile immaginare un cumulo tra una di queste due domande e quella di scioglimento dell'Unione civile o regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale di genitori non coniugati.

(7) F. DANOVI, *Domanda congiunta di separazione e divorzio: le ragioni per il sì*, cit., 659 ss.

La stessa Corte ha fatto proprio tale ragionamento, definendo l'argomento formale fondato sul silenzio della legge troppo debole e, nei fatti, privo di efficacia pregnante. Neppure ha ritenuto decisivo l'argomento letterale basato sulle modifiche apportate all'art. 3 l. n. 898/1970 dall'art. 27 d.lgs. n. 149/2022<sup>8</sup>. Infatti, a parere della Corte, tale disposizione, che riproduce sostanzialmente l'ultimo periodo del co. 1 dell'art. 473-*bis*.49 c.p.c., parrebbe tesa a dettare una disciplina del cumulo giuridico, piuttosto che a delimitarne l'ambito di applicazione.

Proseguendo con l'analisi dei profili interpretativi, che risultano sicuramente più rilevanti anche ai fini della determinazione della Cassazione, è utile ancora una volta analizzare, almeno sommariamente, le varie posizioni.

Secondo i detrattori della cumulabilità delle domande congiunte di separazione e divorzio, in assenza di richiami normativi espressi e soluzioni univoche sul piano ermeneutico, sarebbe stato necessario procedere ad un'estensione analogica dell'istituto *ex art. 473-bis.49 c.p.c.* per applicarlo anche ai procedimenti su domanda congiunta. Tuttavia l'applicazione analogica non sarebbe stata ammissibile difettando il presupposto della *eadem ratio*.

In base a tale ricostruzione, lo scopo perseguito dal legislatore con l'introduzione del rito unico per le domande congiunte, ai sensi dell'art. 473-*bis*.47 c.p.c., sarebbe stato quello di dettare una disciplina uniforme in un'ottica di semplificazione della materia<sup>9</sup>. Diversamente la Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, individua lo scopo del cumulo delle domande di separazione e divorzio nella «necessità di dettare disposizioni che possano prevedere un coordinamento tra i due procedimenti, nonché ove opportuna la loro contemporanea trattazione».

(<sup>8</sup>) Come espressamente riportato dalla Cassazione, il legislatore dopo aver indicato nel dettaglio i termini ed il relativo *dies a quo*, necessari ai fini della proponibilità della domanda di divorzio per il protrarsi della separazione prevede che: «Nei casi in cui la legge consente di proporre congiuntamente la domanda di separazione personale e quella di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, quest'ultima è procedibile una volta decorsi i termini sopra indicati».

(<sup>9</sup>) *Sic* Trib. Firenze, 15 maggio 2023, n. 4458, cit.

La dottrina ha dunque individuato due profili di rilievo <sup>(10)</sup>.

Il primo è relativo al «risparmio di energie processuali» che viene realizzato attraverso il *simultaneus processus*, ritenuto dal legislatore opportuno in virtù della perfetta sovrapponibilità di molte domande consequenziali proposte in entrambi i giudizi (affidamento dei minori, assegnazione della casa familiare, determinazione del contributo di mantenimento per la prole) e della analogia, pur nella diversità della domanda, degli accertamenti istruttori da compiere per l'assegnazione e quantificazione dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge e dell'assegno divorzile per l'ex-coniuge <sup>(11)</sup>.

Il secondo profilo di interesse, invece, è quello relativo al coordinamento delle decisioni rese nei diversi giudizi, necessario a seguito della l. n. 55/2015, c.d. legge sul divorzio breve, che aveva determinato una considerevole riduzione dei termini per l'introduzione della domanda di divorzio, senza però revisionarne i relativi presupposti e generando spesso sovrapposizioni tra i due giudizi di separazione e divorzio <sup>(12)</sup>. Tale profilo è considerato particolarmente rilevante proprio per le difficoltà pratiche e tecniche che derivano dalla contemporanea pendenza di due distinti procedimenti i quali, andando a incidere sulla medesima crisi familiare, possono dare facilmente luogo ad una sequela di decisioni, siano esse provvisorie o definitive, che dettano una dif-

<sup>(10)</sup> R. DONZELLI, *Il problema del cumulo delle domande di separazione e divorzio nel procedimento su ricorso congiunto*, in *Judicium*, 29 maggio 2023.

<sup>(11)</sup> Relazione illustrativa del d.lgs. n. 149/2022, 76, ma sul punto si veda anche A. SIMEONE, *Il cumulo delle domande di separazione e di divorzio nei procedimenti congiunti*, in *ius.giuffrè.it*, 13 febbraio 2023, nonchè N. MINAFRA, *Il cumulo delle domande di separazione e di divorzio*, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, in *Foro it.*, *Gli speciali*, 4, 22, 375 ss.

<sup>(12)</sup> Per un approfondimento sui rapporti tra separazione e divorzio precedenti alla Riforma si rinvia a F. DANOVÌ, *Al via il «divorzio breve»: tempi ridotti, ma manca il coordinamento con la separazione ma manca il coordinamento con la separazione*, in *Fam. e dir.*, 6, 2015, 607 ss; ID. *I rapporti tra separazione e divorzio: vie parallele, cumulo processuale o cessazione della materia del contendere?*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2018, 91 ss.; G. CASABURI, *Un utile passo avanti del legislatore: la l. 55/15 sul «divorzio breve»*, in *Foro it.*, 2015, 1, 2304.

forme disciplina del rapporto controverso, generando inevitabili problematiche non facilmente governabili sia sul piano sostanziale che processuale (13).

Seguendo questa linea di pensiero, il risparmio in termini di energie processuali ottenuto con il cumulo dei giudizi contenziosi non sarebbe affatto comparabile con quello conseguibile con il cumulo di domande congiunte in ragione delle forti differenze relative alla natura dei due giudizi e all'attività processuale in essi realizzata (14). Infatti il percorso contenzioso e quello su base volontaria presenterebbero caratteristiche singolari che li rendono equiparabili solo relativamente agli effetti finali prodotti e non sul modo in cui essi vengono raggiunti (15).

La dottrina contraria all'estensione del cumulo giuridico ha sostenuto inoltre l'incompatibilità del cumulo giuridico con la natura del processo volontario, la cui struttura non potrebbe tollerare una sentenza non definitiva, seguita da un rinvio per verificare la sussistenza, a distanza di sei mesi, delle condizioni di procedibilità e quindi la pronuncia di una sentenza definitiva sul divorzio. Secondo tale dottrina sarebbe una forzatura che va oltre la rottura del sistema (16).

(13) R. DONZELLI, *Il problema del cumulo delle domande di separazione e divorzio*, cit., ma anche ID., *Art. 473-bis.49*, cit., 2023.

(14) In tal senso il Trib. Firenze, cit., Trib. Bari cit., Trib. Padova cit., Trib. Ferrara cit.; C. CECHELLA, *La babele delle lingue sulla domanda condivisa di separazione e scioglimento del matrimonio formulato in un unico procedimento* in *Quotidiano giuridico*, 24 maggio 2023.

(15) R. DONZELLI, *Art. 473-bis.49*, cit., 366.

(16) C. CECHELLA, *La babele delle lingue sulla domanda condivisa di separazione e scioglimento del matrimonio*, cit. In base alla posizione di tale dottrina, ulteriormente perfezionata dopo la pronuncia della Cassazione «il rito volontario è necessariamente consequenziale: domanda congiunta, omologa o non omologa, *tertium non datur*» Cfr. ID., *Il pragmatismo della Cassazione sulla domanda congiunta di separazione e divorzio e le ricadute sul diritto civile processuale e sostanziale*, in *Quotidiano Giuridico 18 ottobre 2023*; ID., *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 149; ID., *Sul cumulo della domanda condivisa di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio*, nota a Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, in *Giur. it.*, 3, 2024, 579.

Tuttavia per una riflessione circa l'inaccettabilità del semplice rigetto della domanda «allo stato» ex art. 473-bis.51, co. 4, c.p.c. in caso di sussistenza di particolari esigenze di tutela del minore si veda R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 172.

Il cumulo di domande congiunte invece di un risparmio di energie processuali avrebbe prodotto l'effetto contrario: l'allungamento dei tempi di definizione di un procedimento che altrimenti si sarebbe concluso in pochi giorni dal deposito, determinando inoltre «problemi di complicata gestione del fascicolo che, dopo la pronuncia della sentenza di separazione dovrebbe rimanere quiescente...fino al decorso del termine per poi deliberare la domanda di divorzio» (17).

A tali argomentazioni la dottrina di senso contrario ha opposto alcune considerazioni parzialmente fatte proprie ed ampliate dalla Corte di Cassazione. Preliminarmente è stato osservato che il risparmio di energie processuali andrebbe considerato non con riferimento al singolo procedimento, bensì alla tutela effettiva dei diritti fatti valere.

Un procedimento unitario risulterebbe indubbiamente più vantaggioso per i coniugi, in quanto non vi sarebbe alcun appesantimento legato al rallentamento dei tempi, dovendo comunque le parti rispettare il termine di sei mesi previsto per legge, e anzi sin dalle prime fasi del procedimento di separazione vi sarebbe una data fissata per l'udienza di divorzio, una volta divenuto procedibile, senza la necessità di riaprire il processo e provvedere ai relativi adempimenti (18).

Senza considerare gli esiti paradossali a cui avrebbe condotto ritenere il cumulo applicabile alle sole domande giudiziali. A seguito delle novità introdotte con la Riforma, infatti, i coniugi, in sede di procedimento contenzioso di separazione, all'interno del quale sia stata proposta anche la domanda di divorzio, potrebbero giungere ad un accordo che comprenda, come avviene nella normalità dei casi,

(17) *Sic Trib. Bari, cit.* Nonostante i problemi relativi alla gestione del fascicolo di causa non siano stati presi in considerazione dalla Cassazione a parere di chi scrive possono essere un interessante spunto per chiarire l'atteggiamento della giurisprudenza contraria alla cumulatività.

(18) F. DANOVÌ, *Domanda congiunta di separazione e divorzio: le ragioni per il sì*, cit., 658; nel senso di una semplificazione apportata dal rito unico si veda anche F. TOMMASEO, *Separazione e divorzio: domande cumulate anche nel ricorso congiunto?*, in *Quotidiano Giuridico*, 24 maggio 2023.

anche le condizioni relative al futuro divorzio e alle domande ad esso consequenziali. L'accordo raggiunto in tal modo non sarebbe diverso da quello intervenuto anteriormente alla proposizione della domanda congiunta. Negare il cumulo delle domande congiunte, oltre a violare le esigenze di parità di trattamento e tutela giuridica *ex artt. 3 e 24 Cost.*, avrebbe avuto l'assurdo esito di rendere «più agevole alle parti iniziare un procedimento apparentemente contenzioso per trovare un complessivo accordo e definire entrambi gli istituti in un unico contesto processuale»<sup>(19)</sup> piuttosto che avviare due procedimenti distinti e successivi su domanda congiunta.

Si ritiene utile, per completezza di riflessione, aggiungere che una parte della dottrina dubitava fortemente che il cumulo delle domande giudiziali potesse davvero realizzare quella finalità di economia processuale tanto agognata dal legislatore.

Una vera e propria accelerazione del processo si sarebbe potuta ottenere qualora fosse stata prevista l'unificazione dell'istruttoria dei due procedimenti, ma così non era stato, in quanto il legislatore ha stabilito che le domande accessorie a quella di divorzio devono considerarsi parimenti improcedibili fino al maturare delle condizioni previste per legge.

Escludendo ogni possibilità di unificazione dell'istruttoria in merito ai presupposti sostanziali delle due domande di separazione e divorzio (astrattamente diversi) ed ammettendo una istruttoria unica per le domande di tipo accessorio, una vera e propria semplificazione la si sarebbe potuta ottenere unicamente per le domande relative all'affidamento e al mantenimento dei minori o all'assegnazione della casa familiare (per le quali gli accertamenti istruttori sarebbero i medesimi)<sup>(20)</sup>, mentre non vi sarebbe

<sup>(19)</sup> F. DANOVI, *Domanda congiunta di separazione e divorzio: le ragioni per il sì*, cit., 660.

<sup>(20)</sup> Sebbene in tali ipotesi la dottrina stenti a riconoscere una vera utilità del cumulo delle domande giudiziali di separazione e divorzio, in quanto i provvedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei minori o all'assegnazione della casa familiare sarebbero già tendenzialmente riconfermati nel passaggio dal procedimento di separazione a quello di divorzio. M. PALADINI, *Cumulo di domande di separazione e divorzio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4-5, 2023, 1197 ss.

comunque alcun vantaggio in termini di tempo ed attività istruttoria per le domande relative rispettivamente al mantenimento del coniuge in fase di separazione e all'assegno divorzile «stante l'assoluta eterogeneità dei requisiti sostanziali»<sup>(21)</sup> di tali domande.

In caso di cumulo di domande congiunte, pur sussistendo l'assenza di un'unica istruttoria, si ritiene che, almeno relativamente alle domande accessorie a contenuto economico, potrebbe rinvenirsi una reale semplificazione, in quanto, tendenzialmente, in un unico accordo i coniugi stabilirebbero condizioni uniformi per entrambi i procedimenti e rispetto alle quali il controllo del giudice sarebbe comunque di tipo esterno.

Per concludere l'ampia panoramica sulle posizioni della dottrina e della giurisprudenza è necessario disquisire, almeno sommariamente in merito alle tematiche più spinose ed ostiche sollevate dalla dottrina avversa al cumulo e che, anche dopo la pronuncia della Cassazione, continuano ad animare il dibattito dottrinale: la nullità dei patti in vista del divorzio, la revoca unilaterale del consenso ed il regime delle sopravvenienze in caso di cumulo di domande congiunte di separazione e divorzio.

In merito alla nullità dei patti in vista del divorzio ai sensi dell'art. 160 c.c., la dottrina e la giurisprudenza contrarie al cumulo hanno fatto riferimento alla granitica giurisprudenza della Corte di legittimità<sup>(22)</sup>. Si è sostenuto che a differenza delle do-

(21) M. PALADINI, *Il simultaneus processus di separazione e divorzio*, in 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, Torino, 2023, 45.

(22) La pressoché costante, posizione della Suprema Corte di Cassazione, riassumibile in queste parole «gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perchè stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c. Ne consegue che di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto necessario a soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente tali esigenze, in quanto una preventiva pattuizione potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio». Cass., 28 giugno 2022, n. 20745, che a sua volta richiama quanto stabilito in Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224. In tal senso *ex multis* si veda Cass., 28 gennaio 2008, n. 1758; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302; Cass., 12

mande cumulate nei procedimenti contenziosi — nei quali le parti si limiterebbero a richiedere una pronuncia di merito su entrambe le domande — in caso di cumulo di domande congiunte di separazione e divorzio i coniugi oltre a proporre le proprie condizioni, disporrebbero contemporaneamente di entrambi gli *status* e dei diritti ad essi collegati. Ammettere il cumulo delle domande congiunte significherebbe indirettamente derogare al principio di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale <sup>(23)</sup>.

Acutamente la dottrina favorevole al cumulo delle domande congiunte di separazione e divorzio aveva scelto di replicare a tale argomentazione non tentando di smantellare anni di precedenti della giurisprudenza di legittimità, ma piuttosto aggirando tale sbarramento e concentrando l'attenzione sugli aspetti squisitamente processuali che caratterizzano la questione del cumulo. *In primis* si è sostenuto che tra le domande proposte nei procedimenti giudiziali e quelle proposte nei procedimenti congiunti l'unica vera differenza risiederebbe nel carattere avversariale del contraddittorio nei primi, ma oltre ciò le parti in entrambi i procedimenti si limiterebbero a proporre le proprie domande e formulare le relative conclusioni. Secondo tale tesi, fatta propria dalla Suprema Corte, deve ritenersi che i coniugi non dispongano contemporaneamente di entrambi gli *status* e dei diritti consequenziali, in quanto si limiterebbero a proporre con un unico atto processuale entrambe le domande, la cui definizione, però, avverrebbe in modi e tempi differenti, in quanto sia la domanda di divorzio che quelle accessorie sarebbero improcedibili fino al maturare delle condizioni previste per legge <sup>(24)</sup>. Quindi pur per-

febbraio 2003, n. 2076; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912; ed altre che giungono indirettamente a sancire la nullità degli accordi in vista del divorzio: Cass., 4 giugno 1992, n. 6857; Cass., 20 settembre 1991, n. 9840; Cass., 1 marzo 1991, n. 2180; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080; Cass., 11 giugno 1981, n. 3777.

<sup>(23)</sup> Trib. Firenze, cit., Trib. Bari cit., Trib. Padova cit., Trib. Ferrara cit., in dottrina C. CECHELLA, *La babele delle lingue sulla domanda condivisa*, cit.

<sup>(24)</sup> Il passaggio dalla improponibilità nel precedente regime alla improcedibilità della domanda di divorzio, e di quelle ad essa accessorie, è espressamente sancito dall'art.

severando nel considerare illegittimi i patti in vista del divorzio, il cumulo delle domande congiunte, formalizzate in unica sede, influirebbe esclusivamente sulla maggiore articolazione della domanda unitaria proposta al Tribunale dai coniugi, considerando l'accordo relativo al divorzio definitivo per il solo futuro, e tenendo in debita considerazione che il Tribunale dovrà procedere ad una nuova valutazione in merito alla non contrarietà di tali accordi alle norme inderogabili e alla loro compatibilità con gli interessi dei minori <sup>(25)</sup>.

Per quanto attiene ai problemi pratici derivanti dal cumulo delle domande congiunte, quali la revoca unilaterale del consenso, ma soprattutto il regime delle sopravvenienze, la dottrina aveva rilevato che se l'adattamento del processo contenzioso ad eventuali sopravvenienze è garantito dall'art. 473-*bis*.19 c.p.c. — che riconosce alle parti la possibilità di adattare le proprie domande e difese in caso di «mutamento delle circostanze» — per il cumulo di domande congiunte nulla è stato espressamente stabilito dal legislatore.

Altra parte della dottrina, pienamente recepita dalla Casazione, ha replicato che le difficoltà, anche se evidenti, legate alla tematica della revoca del consenso e dei mutamenti delle circostanze «non possono valere quali argomenti per negare in radice l'ammissibilità della domanda congiunta di separazione e divorzio, in quanto la coerenza di una tesi rispetto al sistema si evince dal complesso dei dati che riguardano le situazioni fisiologiche e non già certamente quelle patologiche» <sup>(26)</sup>. Tuttavia, deve rilevarsi come tale posizione abbia generato ragionevoli dubbi, essendo necessario prendere atto che nonostante la natura sostanzialmente omologatoria del procedimento volontario l'ammissione del cumulo delle domande congiunte avrebbe de-

473-*bis*.49 c.p.c., oltre ad essere ribadito nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, 76-77, che parla espressamente di rapporto di pregiudizialità tra i due procedimenti.

<sup>(25)</sup> F. DANOVI, *Domanda congiunta di separazione e divorzio: le ragioni per il sì*, cit., 659.

<sup>(26)</sup> Sic F. DANOVI, *Per l'ammissibilità della domanda congiunta*, cit., 493.

terminato una dilatazione temporale tale da rendere fisiologico e non patologico l'eventuale sopraggiungere di circostanze nuove rispetto agli accordi stipulati <sup>(27)</sup>.

### 3. La pronuncia della Corte di Cassazione.

La Suprema Corte si mostra molto recettiva nei confronti delle posizioni espresse in dottrina e nel risolvere la questione interpretativa parte proprio dalla *ratio* dell'art. 473-bis.49 c.p.c. così come individuata in duplici profili di rilievo dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito. Tuttavia non condivide la posizione di chi nega la cumulabilità delle domande congiunte basandosi sulla diversa *ratio* degli istituti: come si è detto l'uno teso al risparmio di energie processuali ed al coordinamento delle decisioni e l'altro teso alla semplificazione della materia.

In realtà, secondo il ragionamento della Cassazione, il problema relativo alla *ratio* dell'art. 473-bis.49 c.p.c. avrebbe poca rilevanza e lo sottolinea individuando le due principali novità introdotte con tale disposizione nei rapporti tra i processi giudiziari di separazione e divorzio. La prima novità è la prevalenza data alle ragioni di connessione rispetto al criterio di competenza per territorio inderogabile, con la previsione dell'attrazione al foro della separazione, adito preventivamente, anche del giudizio di divorzio per il quale sia competente un altro foro ai sensi dell'art. 473-bis.47 c.p.c.; essa, però, non avrebbe rilievo per i procedimenti su domanda congiunta i quali, data la ontologica celerità che li caratterizza, non potrebbero pendere contemporaneamente presso distinti tribunali. La seconda, nella quale si individua il *focus* del ragionamento, è il riconoscimento dell'ammissibilità del cumulo oggettivo tra le domande giudiziali di separazione e divorzio.

La Corte non manca di specificare come il cumulo di domande «*non altrimenti connesse*» rappresentasse già un principio generale relativo all'azione, riconosciuto espressamente dagli

<sup>(27)</sup> R. DONZELLI, *Il problema del cumulo delle domande di separazione e divorzio*, cit.

artt. 10 e 104 c.p.c., mentre la vera novità dell'art. 473-*bis*.49 c.p.c. risiederebbe nell'aver «normativizzato» nella materia familiare il cumulo condizionale successivo. Tale cumulabilità deve ritenersi condizionata *ex lege*: infatti nel momento in cui, insieme alla domanda di separazione personale, venga proposta anche quella di divorzio, senza che la parte abbia necessità di indicarlo espressamente, la procedibilità della stessa sarà automaticamente condizionata al realizzarsi delle due condizioni previste per legge, ossia il passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa di separazione e il decorso del termine dilatorio.

Il nostro ordinamento, precisa la Suprema Corte, guarda con favore alla «concentrazione in un'unica sede processuale delle attività volte alla trattazione e decisione di diverse domande», poiché realizzerebbe un consistente risparmio di energie processuali. *Ergo*, qualunque differenza di *ratio* sussistente tra le due norme (artt. 473-*bis*.49 c.p.c. e 473-*bis*.51 c.p.c.) deve considerarsi irrilevante, poiché l'ammissibilità del cumulo delle domande congiunte, oltre a essere giustificata da ragioni di coerenza intrinseca del sistema, non è neppure strutturalmente incompatibile con i procedimenti a domanda congiunta.

In tale maniera la Corte replica indirettamente alle obiezioni di quella parte della dottrina che negava la compatibilità del cumulo giuridico con la natura del procedimento di volontaria giurisdizione, accogliendo le posizioni di altra dottrina secondo cui la compatibilità strutturale del cumulo con un determinato procedimento deve essere valutata in concreto e non in base alla qualificazione astratta della sua natura, in particolar modo tenendo in debita considerazione che, dopo la Riforma, tutti i procedimenti su domanda congiunta *ex art.* 473-*bis*.47 c.p.c. vengono definiti con sentenza, con conseguente applicabilità dell'art. 279 c.p.c.

In sostanza non vi sarebbero ostacoli, neppure di tipo sistematico, all'applicazione della disciplina prevista per il cumulo delle domande giudiziali alle domande congiunte, in quanto anche in questo caso si realizzerebbe un risparmio di energie processuali, potendo le parti in un'unica sede raggiungere un accordo

complessivo sulle condizioni di separazione e di divorzio e sulle relative domande consequenziali. Sul punto, come anticipato, la Cassazione fa propria l'osservazione della fazione sostenitrice del cumulo delle domande congiunte affermando che esso non comporterebbe alcuna dilatazione dei tempi del processo, poiché nonostante sia comunque necessario attendere il termine previsto per legge, sin dalle prime fasi del procedimento di separazione consensuale vi sarebbe una data fissata per l'udienza di divorzio, una volta che la relativa domanda sia divenuta procedibile. Inoltre un procedimento unitario determinerebbe la riduzione degli adempimenti processuali eliminando per i coniugi l'«aggravio di dover riaprire un procedimento introducendolo *ex novo*» con tutte le relative incombenze.

Proseguendo nel suo ragionamento la Corte, come detto, ritiene l'argomento formale, basato sul silenzio della legge, debole e facilmente confutabile con argomenti contrari parimenti validi, soprattutto alla luce della nuova disciplina unificatrice dei vari procedimenti congiunti, e sceglie, quindi, di concentrare maggiormente la propria attenzione sui profili problematici che approfondisce nel dettaglio.

*In primis* la Cassazione specifica che, nonostante il codice di rito preveda tra le disposizioni in generale (art. 10, co. 2 e 104, co. 1 c.p.c.) il cumulo oggettivo di domande contro la stessa persona, l'impossibilità di individuare propriamente un attore ed un convenuto nelle domande congiunte non è di ostacolo alla loro proponibilità in cumulo.

Precisa che le domande congiunte di separazione e divorzio vanno considerate connesse in relazione alla *causa petendi*, in quanto entrambe sono tese a regolare la «medesima crisi familiare» avvertita dai coniugi come irreversibile.

Il *simultaneus processus* di separazione consensuale e divorzio congiunto sarebbe favorito proprio dall'art. 473-bis.51 c.p.c. che detta un procedimento uniforme per tutti i riti su domanda congiunta *ex art. 473-bis.47 c.p.c.* e non è di ostacolo al cumulo il fatto che la domanda di divorzio divenga procedibile solo in un

secondo momento, al maturare di determinate condizioni processuali ex art. 3 l. n. 898/1970.

In merito alla concreta disciplina da applicarsi al passaggio dalla fase decisoria della domanda di separazione consensuale a quella della trattazione della domanda congiunta di divorzio, la Corte di legittimità individua nell'art. 279, co. 2, n. 5 c.p.c. il principale riferimento normativo.

Il Tribunale, dunque, deve dichiarare la separazione con sentenza parziale e con l'emanazione di separata ordinanza disporre la rimessione della causa al ruolo del giudice relatore affinché, una volta che la domanda di divorzio sia divenuta procedibile, acquisisca nuovamente la dichiarazione delle parti di non volersi riconciliare e la conferma delle condizioni relative alla domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, precedentemente formulata dalle parti, e pronunci sentenza definitiva. Tranne nel caso in cui non trovi applicazione quella che la Corte definisce come la novità più rilevante dell'art. 473-bis.51 c.p.c., ossia la sostituzione dell'udienza di comparizione con uno scambio di note di trattazione scritta purché richiesta nel ricorso introduttivo della separazione, unitamente alla dichiarazione di non volersi riconciliare ed al deposito della documentazione prevista per il rito giudiziale.

La Corte prosegue concentrandosi sulla spinosa tematica del principio di indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale ex art. 160 c.c. ed in linea con quanto sostenuto dalla dottrina ribadisce il carattere squisitamente processuale della questione del cumulo e nega che i coniugi dispongano anticipatamente degli *status* poiché sia nei procedimenti contenziosi, di separazione e divorzio, che in quelli congiunti le parti si limitano a proporre le proprie domande e formulare le relative conclusioni. Infatti il nostro ordinamento non contempla il divorzio consensuale atteso che il Tribunale non si limiterebbe a omologare le pattuizioni tra coniugi, come nella separazione consensuale, ma accerterebbe *in primis* la sussistenza delle condizioni necessarie per la pronuncia della sentenza di divorzio. La Suprema Corte è intervenuta più volte sul punto pre-

cisando che l'accordo tra le parti assume una duplice valenza: da una parte avrebbe un valore meramente ricognitivo relativamente all'accertamento della sussistenza dei presupposti sostanziali indicati nell'art. 3 l. n. 898/1970, per la cui verifica il giudice non è condizionato dal consenso dei coniugi, dall'altra assumerebbe un valore negoziale per quanto concerne le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici e su di essi il Tribunale potrebbe intervenire qualora tali accordi risultassero in contrasto con l'interesse dei minori (con riferimento al dato normativo) o contrari alle norme inderogabili (secondo gli orientamenti giurisprudenziali). A tal proposito la Cassazione ribadisce che deve considerarsi principio di ordine pubblico la tutela inderogabile a vantaggio della parte economicamente più debole.

La Suprema Corte si mostra, inoltre, consapevole che assumere una posizione di chiusura nei confronti del cumulo delle domande congiunte di separazione e divorzio avrebbe condotto agli esiti paradossali già individuati dalla dottrina, ben potendo le parti proporre domanda di divorzio all'interno di un procedimento contenzioso di separazione e successivamente giungere ad un accordo su entrambe le domande e i diritti consequenziali.

In base a queste necessarie premesse può ammettersi il cumulo delle domande congiunte di separazione e divorzio senza mettere in dubbio il carattere indisponibile dei «patti futuri» in quanto tale accordo, inserito nella domanda di separazione, pur se teso a dettare condizioni oltre la fase di crisi per la vita futura delle parti è sempre sottoposto al successivo vaglio del Tribunale.

La Corte, tuttavia, chiude sul punto sottolineando come in futuro gli orientamenti pregressi dovranno confrontarsi con l'attuale assetto dettato dalla Riforma ed evidenzia come sia in atto un «costante processo di privatizzazione del regime matrimoniale»<sup>(28)</sup> che incide in maniera significativa sulla caduta del «dogma

<sup>(28)</sup> Processo di privatizzazione avviato con l'introduzione del divorzio e con la separazione per cause oggettive, e proseguito sempre più speditamente con gli interventi in materia di negoziazione assistita, seguita dall'introduzione del divorzio breve ed in ultimo con l'intervento di Riforma.

dell'indisponibilità degli *status*» (29).

L'ultimo aspetto affrontato dalla Cassazione attiene alla questione della revocabilità unilaterale del consenso ed al regime delle sopravvenienze: tematiche tra loro strettamente connesse.

La Corte, recependo ancora una volta le posizioni della dottrina favorevole al cumulo, afferma che le incertezze relative al regime delle sopravvenienze non rappresenterebbero un impedimento giuridico all'ammissibilità del cumulo delle domande congiunte, che non vale ad alterarne la sostanza, in quanto esse sussisterebbero anche qualora tali domande fossero proposte disgiuntamente.

Per tale motivo la Corte con riferimento «all'intervento di sopravvenienze rilevanti, la revoca del consenso da parte del coniuge, la modifica unilaterale delle condizioni patrimoniali o riguardanti i figli» si limita a richiamare «con il dovuto adattamento» i propri orientamenti giurisprudenziali in ordine all'inefficacia della revoca unilaterale del consenso alla domanda di divorzio «in senso stretto», e disposizioni normative specifiche quali l'art. 473-*bis*.19 c.p.c. che ammette la modifica delle domande di contributo economico in favore proprio o dei figli maggiorenni, solo in caso di «mutamenti di circostanze», oppure l'art. 473-*bis*.51 c.p.c. che prevede, in caso di mancato recepimento dei suggerimenti di modifica da apportare agli accordi, il rigetto «allo stato» della domanda in caso di incompatibilità delle condizioni stabilite dai coniugi con l'interesse della prole.

#### **4. Le reazioni della dottrina.**

La pronuncia della Cassazione è stata accolta dagli operatori del diritto con grande entusiasmo. Tuttavia il pragmatismo mostrato dalla Corte ha suscitato dubbi in dottrina principalmente,

(29) La corte mutua tale espressione, così come l'intera riflessione sul processo di privatizzazione da E. AL MUREDEN, *La domanda congiunta di separazione e divorzio tra privatizzazione del matrimonio e tutela inderogabile della parte debole*, in *Fam. e dir.*, 7, 2023, 663.

ma non esclusivamente, in merito alle problematiche applicative derivanti dal cumulo di separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta, nei confronti delle quali la Cassazione ha mancato di dettare una chiara disciplina. Inoltre quella parte della dottrina in principio sfavorevole all'estensione del cumulo anche alle domande congiunte non ha mancato di esprimere le proprie perplessità legate alla correttezza del ragionamento seguito ed alle possibili ricadute di tale decisione sul piano processuale e sostanziale.

#### ***4.1. Le opacità del ragionamento della Cassazione secondo la dottrina.***

Parte della dottrina contesta lo scarso rilievo attribuito nella pronuncia all'argomento letterale.

La Cassazione non avrebbe tenuto in debita considerazione che la mancata previsione del cumulo delle domande congiunte o l'assenza di raccordi tra le norme non fosse frutto di una svista o di un mancato coordinamento, bensì una scelta consapevole del legislatore delegato. Al silenzio del legislatore si sarebbe dovuto attribuire, dunque, un significato maggiormente pregnante valorizzando il fatto che la legge n. 206/2021 delegava il governo a creare un rito unitario per tutti i procedimenti su istanza congiunta, ma senza alcun riferimento al cumulo delle domande congiunte, che era stato invece espressamente previsto per le domande giudiziali, sicché una diversa formulazione dell'art. 473-bis.51 c.p.c. avrebbe condotto ad un eccesso di delega.

La dottrina specifica, inoltre, che la volontà del legislatore era diretta a creare un vero e proprio codice nel codice, disciplinando il nuovo processo in materia di famiglia e determinando il tramonto del rito camerale e dei suoi spazi di incertezza che, nel corso degli anni, erano stati fisiologicamente riempiti dalla giurisprudenza.

Quindi la Corte, cedendo alla nostalgica tentazione di creare norme nel silenzio del legislatore ed ammettendo il cumulo delle domande congiunte mossa da ragioni di pragmatismo, avrebbe

contribuito a creare «un processo che non esiste nella norma» in contraddizione con le intenzioni del legislatore delegante e delegato oltre che contro la lettera della legge, in quanto non sussisterebbe alcuna possibilità di dialogo tra le forme contenziose e quelle volontarie al di fuori di quelle espressamente previste dal legislatore<sup>(30)</sup>.

Purtuttavia si ritiene utile rilevare che, a seguito della riforma, la separazione tra i due tipi di rito sembra essersi assottigliata. Da un lato in sede contenziosa si tende a favorire il raggiungimento di un accordo tra le parti, anche con l'ausilio del giudice il quale può formulare proposte di tipo conciliativo. Dall'altro, non è più necessario procedere alla conversione del rito da contenzioso a consensuale in caso di raggiungimento di un accordo, anche parziale, in ragione di quanto previsto dall'art. 473-*bis*.21, comma 3, c.p.c. — che in tal caso dispone la semplice rimessione in decisione — nonché della previsione della sentenza come forma del provvedimento finale anche nel procedimento su domanda congiunta. Dunque l'ambiente processuale contenzioso disposto dal legislatore, sembra concepito in maniera elastica, capace di adattarsi ai tratti concreti della lite e di accogliere parimenti una sentenza a carattere dichiarativo-decisorio, o una sentenza di natura omologatoria senza dare luogo ad una vera e propria conversione<sup>(31)</sup>.

Altra parte della dottrina dubita della correttezza del ragionamento seguito dalla Cassazione quando nel superare l'impossibilità di estensione analogica del cumulo per difetto della *eadem ratio* tra

<sup>(30)</sup> C. CECHELLA, *Cumulo di separazione e divorzio: condivisibile la scelta della Cassazione?*, in *Quotidiano Giuridico*, 15 gennaio 2024, ivi ribadisce, inoltre, la necessità di distinguere la giurisdizione contenziosa da quella volontaria, poiché nonostante sia stata prevista la sentenza come forma del provvedimento finale di tutti i procedimenti su domanda congiunta, ciò è stato fatto al solo scopo di favorire la circolazione della pronuncia oltralpe. Se la legge delega ha diversificato le forme del processo contenzioso e del processo volontario, è solo il legislatore a dover esplicitamente prevedere il cumulo. In senso conforme Cfr. C. CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 148 ss., ID, *Sul cumulo della domanda condivisa di separazione e scioglimento*, 577 ss. ma anche ID, *La babele delle lingue sulla domanda condivisa*, cit.

<sup>(31)</sup> R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit, 120 e 173.

gli artt. 473-*bis*.49 e 473-*bis*.51 c.p.c. aveva applicato una logica di sistema più generale. Affermando la sussistenza di un *favor* normativo dell'ordinamento nei confronti del cumulo di domande, la Corte aveva, infatti, ridimensionato la portata innovativa dell'art. 473-*bis*.49 c.p.c. che avrebbe unicamente «normativizzato» in materia di famiglia il cumulo condizionale c.d. successivo.

Tuttavia la regola generale prima dell'introduzione del cumulo delle domande giudiziali era l'improponibilità della domanda di divorzio in assenza delle condizioni previste per legge, anche nel caso in cui queste fossero sopravvenute nel corso di giudizio. Con l'art. 473-*bis*.49 c.p.c. e la modifica dell'art 3. l. n. 898/1970 di fatto la pronuncia di separazione ha cessato di essere presupposto processuale della domanda di divorzio ed è divenuta sua condizione di procedibilità <sup>(32)</sup>.

Ragionando in questo modo, poiché l'art. 473-*bis*.49 c.p.c. andrebbe sicuramente considerato norma a carattere eccezionale, senza la quale non sarebbe stato possibile nemmeno il cumulo delle domande giudiziali, l'assenza di un'espressa previsione per legge non sarebbe stata superabile da una pronuncia giurisprudenziale, neppure della Corte di Cassazione <sup>(33)</sup>.

Da questo punto di vista è difficile non concordare con la posizione *de qua*. In effetti il legislatore sembra aver voluto introdurre un «rito eversivo» <sup>(34)</sup> caratterizzato da una procedibilità condizionata della domanda di divorzio proponibile in cumulo subordinato rispetto a quella di separazione.

Proprio in considerazione della specialità della materia di famiglia in base alla normativa previgente, sarebbe stato necessario prevedere disposizioni specifiche per coordinare eventuali procedimenti paralleli di separazione e divorzio <sup>(35)</sup>. Inoltre la loro

<sup>(32)</sup> In tal senso A. SIMEONE, *Il cumulo delle domande di separazione e di divorzio nei procedimenti congiunti*, cit.

<sup>(33)</sup> R. DONZELLI, *La revoca del consenso e le sopravvenienze nel cumulo "consensuale" ammissibile di separazione e divorzio*, in *Giusto proc. civ.*, 4, 2023.

<sup>(34)</sup> M.A. LUPOI, *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di F. DE SANTIS E A. DIDONE, Padova, 2023, 573.

<sup>(35)</sup> Ipotesi che, come detto, era divenuta decisamente più frequente a seguito della

riunione, anche in caso di pendenza innanzi al medesimo ufficio giudiziario, era spesso impedita dal diverso stato di trattazione dei due procedimenti <sup>(36)</sup>.

Ciononostante non sembra che gli scopi individuati dalla dottrina, che pure hanno spinto legislatore ad introdurre il cumulo della domanda di separazione e divorzio, si pongano in rapporto di alternatività rispetto agli altri obiettivi parimenti perseguiti, in maniera diretta o riflessa.

Infatti sia analizzando la Relazione Illustrativa al d.lgs n. 26 del 2022 <sup>(37)</sup>, sia ponendo uno sguardo ai lavori preparatori della relativa legge delega <sup>(38)</sup> sembra innegabile che la ragione che ha indotto il legislatore ad ammettere il cumulo risieda parimenti in esigenze di coordinamento e di risparmio di energie processuali comportando, oltre ad effetti di accelerazione (almeno per alcune domande consequenziali), anche effetti deflattivi <sup>(39)</sup>, sempre ben accolti dal legislatore.

In base a tale assunto a chi scrive appare perfettamente ragionevole la scelta della Cassazione di estendere l'applicazione del cumulo anche alle domande congiunte.

introduzione del c.d divorzio breve ai sensi della legge n. 55 del 2015.

<sup>(36)</sup> G. CASABURI, *Un utile ircocervo: la domanda cumulativa di separazione e di divorzio (art. 473 bis.49 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 6, 2023, 1938.

<sup>(37)</sup> Relazione Illustrativa al d.lgs n. 26 del 2022, cit., 76-77.

<sup>(38)</sup> La Relazione Illustrativa della Commissione Luiso al disegno di legge delega a.s. 1662, alle pagine 124 e 132, evidenzia, in termini generali, come i criteri di delega enunciati siano destinati a produrre effetti positivi sulla riduzione del numero complessivo dei procedimenti giudiziari e sui tempi di loro definizione. In particolare, con riferimento al criterio di delega relativo alla futura introduzione del cumulo originario o successivo delle domande di separazione e divorzio, viene specificato che tale istituto, oltre a rappresentare uno strumento di accelerazione e di risparmio di energie processuali, costituisce una misura potenzialmente idonea dimezzare tali procedimenti. Si stima, inoltre, che tale effetto è destinato a riverberarsi anche sul contenzioso complessivo dinanzi alle giurisdizioni superiori, in quanto la previsione di un'unica pronuncia, contenente più capi decisorii, comporta l'instaurazione di un unico eventuale giudizio di appello e, in caso di successiva impugnazione, di un unico procedimento davanti alla Corte di Cassazione.

<sup>(39)</sup> Si veda N. MINAFRA, *Il cumulo delle domande di separazione e di divorzio*, cit.; G. CASABURI, *Un utile ircocervo*, cit., 1939; M.A. LUPOI, *Art.473-bis.49 c.p.c.*, cit., 886.

#### **4.2. Ricadute sul piano processuale e sostanziale: i timori della dottrina.**

Parte della dottrina<sup>(40)</sup> individua nella sentenza n. 28727/2023 l'inizio di una nuova stagione di apertura al cumulo di domande nel procedimento di separazione basate unicamente sulla connessione soggettiva, in contrasto con un atteggiamento di chiusura tenuto per decenni e legato alla specialità del rito familiare. Tale cumulo indiscriminato rischierebbe di rallentare, e non poco, il procedimento.

Al riguardo sommessamente si osserva che tale preoccupazione sarebbe stata, legittima in relazione non tanto alla sentenza *de qua*, quanto piuttosto all'atteggiamento nuovo del legislatore nei confronti del cumulo di domande giudiziali di separazione e divorzio che ha portato al superamento di un vero e proprio tabù. In effetti prima della Riforma, proprio in virtù della specialità del rito, non era posto in dubbio che nel procedimento di crisi matrimoniale potessero trovare ingresso solo domande connesse alla separazione ed al divorzio in via qualificata. Invece la riduzione, «sul piano strutturale, degli elementi di specialità del processo di famiglia rispetto all'ordinario»<sup>(41)</sup> aveva portato parte della dottrina a domandarsi se ciò non potesse condurre ad orientamenti maggiormente permissivi della giurisprudenza nei confronti del cumulo di domande in caso mera connessione soggettiva ex artt. 33, 103, 104 c.p.c.<sup>(42)</sup>

Tale preoccupazione, in realtà, non risulta del tutto convincente, in quanto la Corte, dopo una premessa di ordine generale volta a superare l'obiezione della incompatibilità di *ratio* tra gli

<sup>(40)</sup> Cfr. C. CECHELLA, *Sul cumulo della domanda condivisa di separazione e scioglimento*, cit., 580; ma anche ID., *Il pragmatismo della Cassazione sulla domanda congiunta di separazione e divorzio*, cit.; ID., *Cumulo di separazione e divorzio: indivisibile la scelta della Cassazione?*, cit.

<sup>(41)</sup> M.A. LUPOI, *I procedimenti speciali*, cit., 575.

<sup>(42)</sup> Per una riflessione più articolata sul punto si veda M. PALADINI, *Il cumulo delle domande di separazione e divorzio*, in AA.VV., *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minori e le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECHELLA, Torino, 2023, 75 ss., ma anche M.A. LUPOI, *I procedimenti speciali*, cit.

artt. 473-*bis*.49 e 473-*bis*.51 c.p.c., ha specificato che tra la separazione e il divorzio, sussiste una connessione oggettiva posto che entrambi gli istituti si fondano su una identica *causa petendi* rappresentata dalla medesima crisi familiare <sup>(43)</sup>. In tal modo, anzi, la pronuncia della Cassazione dissiperebbe i dubbi espressi in precedenza dalla dottrina.

In merito alle possibili ricadute sul piano sostanziale si deve, inoltre, segnalare che la pronuncia della Cassazione non è bastata a dissolvere i dubbi di parte della dottrina in merito alla contrarietà del cumulo al principio di indisponibilità dei patti in vista del divorzio.

Mentre la dottrina fautrice del cumulo concorda nel ritenere la questione strettamente processuale e nega ogni deviazione rispetto al diritto sostanziale <sup>(44)</sup>, altra parte della dottrina sostiene che la Prima Sezione Civile della Corte avrebbe operato una vera e propria revisione degli orientamenti consolidati, tramite l'affermazione di una regola processuale, sovvertendo il naturale ordine secondo il quale il processo è meramente servente rispetto al diritto sostanziale <sup>(45)</sup>.

Per la verità, poiché la linea di demarcazione tra disponibilità processuale e disponibilità sostanziale di determinati diritti risulta essere sottile e talvolta incerta <sup>(46)</sup>, si ritiene difficile so-

<sup>(43)</sup> In tal senso si veda anche F. DANOVÌ, *La cassazione conferma l'ammissibilità del cumulo di separazione e divorzio su domanda congiunta*, in *Fam. e dir.*, 1, 2024, 13 ss.

<sup>(44)</sup> Danovì, proprio alla luce della scansione temporale che separa i diversi accertamenti, in fase di separazione prima e divorzio poi, e valorizzando la centralità del giudice, nega completamente ogni ricaduta sul piano sostanziale di tale regola processuale, poiché, come detto, non vi sarebbe una disposizione anticipata degli *status*. F. DANOVÌ, *La cassazione conferma l'ammissibilità del cumulo di separazione e divorzio su domanda congiunta*, cit., 17 ss.

<sup>(45)</sup> C. CECHELLA, *Il pragmatismo della Cassazione sulla domanda congiunta di separazione e divorzio e le ricadute sul diritto civile e sostanziale*, cit., ma anche ID., *Cumulo di separazione e divorzio: condivisibile la scelta della Cassazione?*, cit., ID., *Sul cumulo della domanda condivisa di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio*, cit., 582; ID., *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 152.

<sup>(46)</sup> Ed in effetti come correttamente esplicitato da C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio e l'odore di zolfo che anticipa l'arrivo del demonio*, in *Giur. it.*, 7, 2024, 1539: «Si

stenere che la decisione della Corte non determini ricadute anche sul piano sostanziale, sebbene esse nulla tolgano alla validità del ragionamento ivi condotto.

A tal proposito si ritiene opportuno interrogarsi sulla concreta tenuta del divieto di patti in vista del divorzio proprio facendo partire la riflessione da considerazioni di altra parte della dottrina che attengono più strettamente alla struttura dell'art. 473-bis.49 c.p.c.

Risulta infatti pacifico che, sebbene la relativa istruttoria si svolgerà solo al maturare delle condizioni di procedibilità della domanda di divorzio (47), il cumulo delle domande comporta un maggiore articolazione delle richieste formulate dalle parti all'inizio del procedimento di separazione, imponendo la formulazione di tutte le domande relative alla pronuncia di divorzio con le relative richieste istruttorie (48). In tal caso, poiché anche attraverso il semplice meccanismo della non contestazione, sarebbe possibile convenire, seppur parzialmente, con le richieste effettuate dalla controparte, sembra possibile affermare che se il legislatore non ha inteso definitivamente eliminare il divieto dei patti predivorzili, lo ha sicuramente scalfito (49). Ci sia consentito portare ad ulteriori conseguenze le riflessioni già delineate.

può obiettare che una cosa è considerare il diritto all'assegno divorzile come disponibile dal punto di vista processuale, nel senso di affermare che su di esso operano — anche in vista di un divorzio i cui presupposti non sono ancora maturi — le preclusioni processuali che operano per i diritti disponibili; altra cosa è affermare che il diritto è disponibile dal punto di vista sostanziale, nel senso di ammettere la validità di un accordo fra le parti in vista di un divorzio futuro».

(47) Parafrasando quanto efficacemente espresso in dottrina, in effetti, nonostante la norma non fornisca particolari spunti in merito all'articolazione del procedimento, risulta in dubbio che *l'iter* della cognizione debba subire alcune variazioni. La fase introduttiva e quella di trattazione scritta saranno comuni ad entrambe le domande, ed, invece, le successive fasi istruttorie e decisorie, relative ai due distinti gruppi di pretese saranno sfalsate; dunque si procederà prima alla pronuncia della sentenza non definitiva sullo *status*, ai sensi dell'articolo 473-bis. 22, co. 4, c.p.c., e poi una volta che la domanda sia divenuta procedibile, si procederà similmente con le questioni attinenti al divorzio. Cfr. R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 161 ss.

(48) M.A. LUPOLI, *Art.473-bis.49 c.p.c.*, cit., 885.

(49) G. CASABURI, *Un utile ircocervo*, cit., 1940.

Secondo un orientamento dottrinale risalente, ma straordinariamente attuale, l'ambito applicativo dell'art. 160 c.c. dovrebbe essere rivisitato, tenendo in debita considerazione sia la sua collocazione sistematica tra le norme dedicate al regime patrimoniale della famiglia, sia il contesto storico-giuridico in cui tale disposizione è stata concepita. Occorre infatti evidenziare che l'art. 160 c.c. è stato introdotto in un periodo storico in cui il principio della inscindibilità del vincolo matrimoniale era ancora assoluto, a differenza del quadro normativo odierno, che conosce l'istituto del divorzio sin dal 1970<sup>(50)</sup>.

L'introduzione della possibilità di scioglimento del matrimonio pare imporre, pertanto, una revisione critica del concetto stesso di inderogabilità degli obblighi nascenti dal matrimonio<sup>(51)</sup>.

A ciò si aggiunga una considerazione sistematica. In un ordinamento che privilegia in ogni modo la composizione consensuale, sia giudiziale che stragiudiziale, dei conflitti familiari, appare contraddittorio negare ai coniugi la possibilità di regolare consensualmente l'intero assetto dei propri interessi personali ed economici, anche in vista della cessazione del vincolo matrimoniale, persino in sede di separazione, ove sussiste una controver-

<sup>(50)</sup> Dalla introduzione dell'art. 160 c.c., già allora destinato specificamente a regolare il regime della famiglia, gradatamente, ma con fermezza, si è passati da una concezione istituzionale o pubblicistica della famiglia, che considerava principio di ordine pubblico l'inscindibilità del vincolo matrimoniale — vincolo che in ipotesi tassative poteva allentarsi, ma mai sciogliersi — ad una concezione costituzionale della famiglia, intesa ai sensi dell'art. 29 Cost. come una società naturale fondata sul matrimonio e dell'art. 2 Cost. come spazio di sviluppo dell'individuo. In tal senso G. OBERTO, *L'autonomia in materia patrimoniale nei rapporti familiari*, in *Materiali per una revisione del codice civile, Vol I* a cura di V. CUFFARO - A. GENTILI, Milano, 2021.

<sup>(51)</sup> Risulta quanto mai incisivo quanto affermato in dottrina a proposito dell'art. 160 c.c.: «La caduta del principio della indissolubilità del matrimonio impone di ripensare, secondo i dati positivi, lo stesso concetto di inderogabilità degli effetti proprio del matrimonio. La inderogabilità degli effetti nascenti dal matrimonio riposa sull'idea, connessa ma logicamente distinta, della indissolubilità del vincolo. Poiché il matrimonio è indissolubile, gli effetti che derivano dal matrimonio sono inderogabili, in quanto ogni loro modificazione incide, in una qualche misura, sul principio fondamentale ed intangibile della indissolubilità del vincolo coniugale». Così testualmente citato G. DORIA da G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Tomo I, *Ammissibilità e fattispecie*, Milano, 1999, 458.

sia familiare dai contorni ben definiti, le parti sono assistite dai rispettivi avvocati ed il procedimento è instaurato innanzi ad un giudice, chiamato a verificare ed, eventualmente, omologare gli accordi raggiunti <sup>(52)</sup>.

In tale prospettiva, si può ragionevolmente sostenere che l'art. 160 c.c. debba trovare applicazione esclusivamente nella fase fisiologica dell'unione coniugale, mentre non potrebbe trovare applicazione in una fase patologica o di crisi del rapporto.

Del resto anche tenendo in considerazione che la pronuncia della Corte fa riferimento alla gestione della medesima crisi familiare ed in virtù del processo costante di privatizzazione del regime matrimoniale dalla stessa evidenziato, i tempi potrebbero essere maturi per un ripensamento in ordine alla disciplina dei c.d. patti in vista del divorzio e tentare un definitivo superamento della loro indisponibilità, almeno relativamente a quelli stipulati quando la crisi sia già conclamata, delimitando l'illegittimità alle sole ipotesi di patti prematrimoniali <sup>(53)</sup>. Tuttavia pur ragionando in tali termini non può essere trascurata la preoccupazione che ha spinto parte della dottrina ad assumere un atteggiamento restrittivo nei confronti del cumulo delle domande congiunte, nonostante la pronuncia della Cassazione.

Infatti, secondo tale orientamento l'eliminazione di ogni autonomia tra i due procedimenti potrebbe determinare lo svuotamento del vincolo matrimoniale e del principio solidaristico, facendo venir meno l'indisponibilità di alcuni diritti <sup>(54)</sup> che, si è

<sup>(52)</sup> C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., 1546.

<sup>(53)</sup> Sulla tematica dei patti in vista del divorzio oltre agli autori già indicati si veda anche G. OBERTO, "Prenuptial agreements in contemplation of divorce" e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1999; F. TOMMASO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e "degiurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. giur.*, 8-9, 2015, 1141 ss.; per una analisi del rapporto tra l'autonomia dei coniugi e l'autorità giudiziaria Cfr. Id., *La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Fam. e dir.*, 11, 2015, 1053 ss.; M. SESTA, *Negoziato assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 3, 2015, 295 ss.

<sup>(54)</sup> Intesi sia come diritti nascenti dalla genitorialità e che fanno capo anche ai minori che sono disponibili solo in ipotesi tipizzate, sia come i diritti economici tra i

consapevoli, è considerata l'ultimo baluardo della tutela dei soggetti deboli del rapporto, quali il figlio minore ed il coniuge privo di mezzi di sostentamento e patrimonio.

In tale prospettiva, pur accogliendo i benefici derivanti dal nuovo modello processuale improntato ad una maggiore autonomia negoziale, si concorda con quella dottrina che ritiene indispensabile prevedere dei correttivi volti a garantire un adeguato bilanciamento tra l'autonomia *de qua* e la tutela degli interessi fondamentali, eventualmente anche facendo riferimento ai modelli provenienti da altri ordinamenti che da tempo ammettono i patti in vista del divorzio <sup>(55)</sup>.

Un primo correttivo imprescindibile consisterebbe nella valorizzazione della valutazione equitativa del giudice in un'ottica di garanzia dell'equo bilanciamento tra gli interessi delle parti. Allo scopo di rafforzare tale controllo giudiziale, inoltre, dovrebbe essere imposta una trasparenza informativa relativa alla situazione patrimoniale e reddituale dei coniugi. Ed infine tali patti dovrebbero avere necessariamente lo stesso limite del giudicato, quindi tendenzialmente dovrebbero avere una efficacia *rebus sic stantibus* <sup>(56)</sup>.

### **4.3. Le problematiche applicative rimaste in sospeso: l'irrevocabilità del consenso.**

L'ultimo aspetto di rilievo riguarda le tematiche della revocabilità unilaterale del consenso e del regime delle sopravvenienze nei confronti delle quali la dottrina ha manifestato generale insoddisfazione di fronte l'atteggiamento della Cassazione ritenuto

componenti delle relazioni familiari (quale l'assegno divorzile) disponibili solo quando siano sorti e non in via preventiva. Cfr. C. CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 152 ss., Id. *Sul cumulo della domanda condivisa*, cit., 582.

<sup>(55)</sup> Per un confronto di tipo comparatistico si rinvia a E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam e dir.*, 2005, 545 ss.; G. GIAIMO, *Riflessioni sparse, in chiave comparatistica, sugli accordi prematrimoniali*, *Dir. Fam. Pers.*, 2021, 274 ss.

<sup>(56)</sup> Per un approfondimento sul tema ed ulteriori riferimenti dottrinali sul tema si rinvia a C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., 1548.

non proprio cristallino. La Corte, come anticipato, senza tracciare una disciplina completa, si è limitata a richiamare «con i dovuti adattamenti» i propri precedenti giurisprudenziali, relativamente alla irrevocabilità del consenso, e gli artt. 473-*bis*.19 e 473-*bis*.51 c.p.c. affidando, nei fatti, la questione al buon senso dei giudici di merito ed all'interpretazione della dottrina.

Pur convenendo che il quesito rimesso alla Corte attenesse alla sola cumulabilità delle domande congiunte di separazione e divorzio, al fine di dare soluzione alla questione rilevante per il procedimento *a quo*, attenta dottrina non ha mancato di sottolineare che il vero «significato del rinvio pregiudiziale, pur in assenza di un vincolo formale è indiscutibilmente quello di dettare una regola che eviti futuro disorientamento giurisprudenziale»<sup>(57)</sup> in un'ottica pienamente nomofilattica<sup>(58)</sup>.

Nonostante si apprezzi la linearità della ricostruzione operata da acuta dottrina, che individua nei richiami dalla Corte ai propri orientamenti pregressi ed agli artt. 473-*bis*.19 e 473-*bis*.51 c.p.c.,

<sup>(57)</sup> R. DONZELLI, *La revoca del consenso e le sopravvenienze nel cumulo "consensuale" ammissibile di separazione e divorzio*, in *Giusto proc. civ.*, 4, 2023, 1220.

<sup>(58)</sup> Donzelli, in un lavoro più recente, denuncia la contraddittorietà delle prassi adottate da parte della giurisprudenza rispetto al principio della irrevocabilità unilaterale del consenso *ad nutum*, ove in molti tribunali, in assenza di una chiara pronuncia della Cassazione in merito, prima di procedere alla valutazione delle condizioni di divorzio viene chiesto alle parti di confermarle. R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 176.

Ed in effetti già prima della pronuncia *de qua* la giurisprudenza di merito favorevole al cumulo aveva iniziato ad adottare soluzioni difformi sul punto. Si considerino, ad esempio, le prassi adottate dai Tribunali di Genova (seguito dal tribunale di Vercelli) e di Milano. Da una parte il primo aveva dato spazio ad ipotesi di revocabilità *ad nutum* del consenso disponendo: «In ogni caso, quando diventa procedibile la domanda di divorzio, i coniugi dovranno essere riconvocati per confermare le condizioni precedentemente proposte ed in caso di mancata conferma delle condizioni non potrà essere pronunciata sentenza di divorzio congiunto» (Cfr. Verbale riunioni *ex art. 47-*quater** ord. giud. del 7 marzo 2023, recante «Prime indicazioni sul d.lgs 149/2022» p. 4). Dall'altra il tribunale ambrosiano aveva ammesso la revocabilità *ex uno latere* del consenso agli accordi di divorzio solo in caso di allegazione di sopravvenienze ed in tale ipotesi, qualora le parti non avessero raggiunto un nuovo accordo depositando rinnovate condizioni congiunte, la domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio sarebbe stata rigettata difettando il requisito della indicazione congiunta delle condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici di cui all'art. 473-*bis*.51, co. 2 c.p.c.

rispettivamente la conferma della irrevocabilità del consenso unilaterale *ad nutum*, e la riaffermazione del principio *rebus sic stantibus* con l'autorizzazione alla spendita delle sopravvenienze incidenti sulla fattispecie <sup>(59)</sup>, essa omette di affrontare le numerose problematiche concrete che il silenzio della Cassazione ha lasciato insolute e che altra dottrina ha cercato di dirimere.

In merito alla tematica della revocabilità del consenso, parte della dottrina, con velata polemica, ha sostenuto che se davvero, come affermato dalla Cassazione, il cumulo giuridico delle domande congiunte non costituisce una deroga all'art. 160 c.c., essendo gli accordi cristallizzati nel ricorso di separazione destinati ad operare solo una volta che il divorzio sia divenuto procedibile, allora dovrebbe ammettersi, in coerenza con una interpretazione restrittiva del predetto articolo, il recesso *ad nutum* <sup>(60)</sup>.

In linea diametralmente opposta altra parte della dottrina ha intravisto, invece, nella nuova normativa, che ha unificato i riti su domanda congiunta *ex art. 473-bis.47 c.p.c.*, e nella pronuncia della Cassazione confermativa dei precedenti orientamenti <sup>(61)</sup>,

<sup>(59)</sup> F. DANOVÌ, *La cassazione conferma l'ammissibilità del cumulo di separazione e divorzio su domanda congiunta*, op. cit., 18.

<sup>(60)</sup> «In conclusione delle due l'una o non si dà rilievo obbligatorio agli accordi di divorzio in sede di separazione, ammettendo il recesso unilaterale (ma allora mi si deve spiegare l'utilità della anticipazione) oppure si è costretti ad ammettere patti preventivi sui diritti nascenti dalle relazioni familiari». C. CECHELLA, *Il pragmatismo della Cassazione sulla domanda congiunta di separazione e divorzio e le ricadute sul diritto civile e sostanziale*, cit.; nello stesso senso ID., *Cumulo di separazione e divorzio: condivisibile la scelta della Cassazione?*, cit.; ID., *Sul cumulo della domanda condivisa di separazione e scioglimento*, cit., 581; ID., *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 152 ove l'A. si mostra consapevole del fatto che l'irrevocabilità del consenso è inevitabile.

<sup>(61)</sup> La Corte in tema di revoca del consenso ha ribadito gli orientamenti pregressi che, come anticipato, relativamente alla doppia natura dell'accordo sotteso alla domanda congiunta in sede divorzile — meramente ricognitiva da una parte e propriamente negoziale dall'altra — stabiliscono rispettivamente l'irrelevanza della revoca ai fini della verifica delle condizioni per la pronuncia sullo status e la inammissibilità della revoca relativamente agli accordi concernenti la prole e i rapporti economici, sottratti alla possibilità di ripensamenti unilaterali in quanto la fattispecie si configura «non già come la somma di distinte domande di divorzio o come adesione di una delle parti alla domanda dell'altra, ma come iniziativa comune e paritetica, rinunciabile soltanto da parte di entrambi i coniugi» Cass. 7 luglio 2021, n. 19348.

la possibilità di estendere irrevocabilità del consenso anche alla separazione successivamente alla sottoscrizione personale del ricorso ed il suo deposito <sup>(62)</sup>.

Né vale a mettere in dubbio la posizione assunta dalla Corte circa l'irrevocabilità del consenso prestato agli accordi di divorzio la lamentata ambiguità della pronuncia ove da una parte prevede la riconferma delle condizioni già formulate <sup>(63)</sup> e dall'altra richiama con il dovuto adattamento i propri precedenti giurisprudenziali. Il contrasto tra i due passaggi sarebbe solo apparente per una serie di ragioni <sup>(64)</sup>.

a) La collocazione e lo scopo dei due passaggi messi a confronto. Il procedimento tracciato dalla Cassazione avrebbe lo scopo precipuo di smontare l'obiezione secondo la quale il cumulo non avrebbe prodotto alcun risparmio di energie processuali, mentre i richiami effettuati alla giurisprudenza pregressa sarebbero tesi a dettare una disciplina della revoca del consenso, per quanto sommaria essa sia.

b) La struttura processuale alla quale farebbe riferimento la Cassazione è stata superata dall'art. 473-*bis*.51 c.p.c. il quale non prevede assolutamente la riacquisizione del consenso dei coniugi

<sup>(62)</sup> Sul punto si rinvia a A. SIMEONE, *I procedimenti congiunti e il cumulo di domande: problemi applicativi e (tentativi di) soluzione*, in *AIAF*, 3, 2023, 192-193, ed anche al diverso approccio ma sulla stessa linea di R. DONZELLI, *La revoca del consenso e le sopravvenienze nel cumulo "consensuale"*, cit., 1203-1207; ID., *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 176.

<sup>(63)</sup> «Il Tribunale, all'esito del positivo esame della domanda di separazione personale, con sentenza (che non definirà, quindi, tutte le domande proposte, il cui dispositivo, una volta passata in giudicato, sarà trasmesso in copia autentica all'Ufficiale di Stato civile per le debite annotazione e gli ulteriori incombeni di legge), provvederà, in relazione alla congiunta domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, non ancora procedibile, prima che sia decorso il termine indicato dall'art.3, n. 2, lett. b), l. n. 898/1970, a rimettere la causa, con separata ordinanza, dinanzi al giudice relatore perché questi acquisisca la dichiarazione delle parti di non volersi riconciliare e la conferma da parte delle stesse delle condizioni già formulate con riferimento allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio».

<sup>(64)</sup> A. SIMEONE, *I procedimenti congiunti e il cumulo di domande: problemi applicativi e (tentativi di) soluzione*, cit., ma nel senso di un contrasto solo apparente si è espresso anche R. DONZELLI, *La revoca del consenso e le sopravvenienze nel cumulo "consensuale"*, cit.

come invece avveniva nel precedente rito di separazione consensuale.

c) Il d.lgs. n. 149/2022 non ha apportato alcuna innovazione all'art. 1 l. n. 898/1970 il quale comunque prevede unicamente che il giudice, investito della richiesta di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, debba prendere atto della mancata conciliazione e verificare la sussistenza delle condizioni di legge per la pronuncia, senza necessità di controllare la persistenza del consenso prestato agli accordi divorzili.

In sostanza, in uno sforzo interpretativo teso ad armonizzare tra loro i vari passaggi della sentenza e contemporaneamente coordinarli con la normativa vigente, parte della dottrina ha ritenuto che la conferma prevista dalla Cassazione comporti unicamente una apertura ad ipotesi «di modifica o revoca parimenti consensuale — e non unilaterale — delle condizioni sottoposte al giudice col ricorso introduttivo» (65).

#### **4.3.1. *Le problematiche applicative rimaste in sospenso: il regime delle sopravvenienze.***

Nel momento in cui si nega la revocabilità *ad nutum* del consenso prestato si pone il problema di stabilire con esattezza a quali condizioni alla parte sia consentito sottrarsi all'accordo.

Come anticipato, la cumulabilità delle domande congiunte di separazione e divorzio non muta la sostanza del problema relativo alla gestione delle eventuali sopravvenienze. Tuttavia la cristallizzazione del consenso prestato agli accordi di divorzio in un tempo anche molto anteriore rispetto al maturare della condizione di procedibilità del giudizio di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, contribuisce ad aggravare i profili problematici già presenti nel regime delle sopravvenienze.

Di questo la Corte dimostra di essere consapevole quando, pur senza dettare una chiara disciplina per le sopravvenienze nel

(65) R. DONZELLI, *La revoca del consenso e le sopravvenienze nel cumulo "consensuale"*, cit., 1207; Id. *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 176.

procedimento su domanda congiunta, effettua rinvio agli artt. 473-*bis*.51 e 473-*bis*.19 c.p.c., intendendo chiaramente aprire tale rito alle circostanze sopravvenute, anche nel rispetto del principio *rebus sic stantibus* che permea tutto l'ambito familiare.

Tale apertura si impone per evidenti considerazioni di giustizia. Una pronuncia basata su condizioni che, a causa di modifiche fattuali rilevanti, non sono più ritenute congrue dal coniuge, ma dalle quali non è concesso discostarsi, risulta formalmente una sentenza emessa su richiesta congiunta dei coniugi, dunque non impugnabile per difetto di interesse. Tuttavia rimarrebbe dubbia l'esperibilità di un successivo giudizio di modifica delle condizioni di divorzio <sup>(66)</sup> in quanto tecnicamente concepito per far valere il sopraggiungere di circostanze rilevanti e successive alla pronuncia di cui si vuole ottenere la rettifica <sup>(67)</sup>. Inoltre gli effetti dell'eventuale provvedimento di revisione delle condizioni di divorzio avrebbero effetto dal momento della proposizione della domanda e non da quello della sopravvenienza <sup>(68)</sup>.

Si rende evidente la necessità di adeguare il procedimento su domanda congiunta al mutare delle circostanze nel tempo, ma tanto non è sufficiente a sciogliere i nodi relativi alla concreta disciplina da applicare in merito all'eventuale accertamento delle sopravvenienze, ed alle conseguenze che ne deriverebbero.

È da escludersi che la mera deduzione di sopravvenienze possa determinare la pronuncia di non luogo a procedere, in quanto determinerebbe *de facto* la revocabilità del consenso *ad nutum*.

<sup>(66)</sup> Tale soluzione era stata ipotizzata dalla dottrina favorevole al cumulo prima della pronuncia della Cassazione F. DANOVI, *Per l'ammissibilità della domanda congiunta (cumulata) di separazione e divorzio*, cit.; Id., *Domanda congiunta di separazione e divorzio: le ragioni per il sì*, cit.

<sup>(67)</sup> In tal senso M.A. LUPOI, *Cumulo di separazione e divorzio: condivisibile la scelta della Cassazione?*, in *Quotidiano Giuridico*, 15 gennaio 2024.

<sup>(68)</sup> Ed anche se tale giudizio successivo di modifica delle condizioni di divorzio fosse esperibile, permarrebbero delle criticità. Si pensi all'ipotesi in cui l'accordo disponga trasferimenti immobiliari o assegnazioni *una tantum* al posto dell'assegno di mantenimento o divorzile, che, se ritenuti equi dal giudice ed omologati, sarebbero sottratti al principio *rebus sic stantibus*. Sicché una sentenza del giudice di merito che ignori il venir meno del consenso precedentemente accordato dal coniuge potrebbe disporli con effetti non reversibili.

Né appare convincente ipotizzare che tale allegazione determini il passaggio dal rito su domanda congiunta a quello contenzioso, come avveniva in precedenza ai sensi dell'abrogato art. 4, co. 16 l. n. 898/1970 <sup>(69)</sup>. Tale soluzione, che ha indubbiamente il pregio di preservare gli effetti della domanda iniziale e perseguire l'economia processuale <sup>(70)</sup>, era quella che la Cassazione aveva prospettato nella Relazione del Massimario e dalla quale si è successivamente discostata nella propria pronuncia su rinvio pregiudiziale. La dottrina non manca di sottolineare che, pur in assenza di un esplicito divieto normativo, tale soluzione appare poco praticabile in quanto, dato l'attuale assetto delle fonti, è priva di qualunque aggancio normativo, ed anzi appare contraria all'art. 473-bis.51, co.4 c.p.c. che, anche nell'ipotesi in cui in precedenza era disposto il mutamento del rito, prevede la pronuncia di una sentenza di rigetto allo stato degli atti <sup>(71)</sup>. Tuttavia, in base alle considerazioni anticipate, deve escludersi che l'accertamento delle sopravvenienze possa avvenire in un successivo e separato giudizio di modifica delle condizioni di divorzio *ex art. 473-bis.29 c.p.c.*, nonostante la piena aderenza di tale soluzione al disposto dell'art. 473-bis.51, co. 4 c.p.c. ed al principio di irrevocabilità del consenso.

Appare dunque maggiormente rispondente al principio di economia processuale ed effettività della tutela giurisdizionale ammettere una seppur limitata attività istruttoria del giudice tesa a valutare la veridicità, ma soprattutto la rilevanza, delle allegazioni di circostanze sopravvenute, da effettuarsi, e ciò appare abbastanza pacifico, entro l'udienza di comparizione o le note in sostituzione della stessa.

Anche in questo caso potrebbero configurarsi più strade percorribili.

<sup>(69)</sup> Nel precedente regime del divorzio su domanda congiunta il mutamento del rito era disposto su ordine del collegio qualora avesse ritenuto gli accordi tra i coniugi non rispondenti all'interesse della prole.

<sup>(70)</sup> M.A. LUPOLI, *Cumulo di separazione e divorzio*, cit.

<sup>(71)</sup> R. DONZELLI, *La revoca del consenso e le sopravvenienze*, cit., 1208.

La prima soluzione ipotizzata dalla dottrina è quella secondo la quale il giudice potrebbe procedere ad un'istruttoria sommaria, in contraddittorio tra le parti. Tale sommario accertamento sarebbe coerente con l'assetto del sistema, anche precedente rispetto alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 149/2022, in quanto nel rito su domanda congiunta permangono in capo al giudice limitati poteri istruttori <sup>(72)</sup>. La sussistenza di un potere istruttorio in capo al giudice <sup>(73)</sup>, tra l'altro, è stata ulteriormente confermata dall'art. 473-bis.51 c.p.c. il quale prevede che «Il giudice può sempre chiedere i chiarimenti necessari e invitare le parti a depositare la documentazione di cui all'articolo 473-bis.12, terzo comma».

L'allegazione di sopravvenienze, dunque, potrebbe avere l'effetto di sollecitare una modifica consensuale degli accordi, ed in mancanza potrebbe imporre l'accertamento delle nuove circostanze in via preliminare rispetto al sindacato di carattere omologatorio delle intese tra coniugi <sup>(74)</sup>.

A seconda dell'esito di tale accertamento la dottrina distingue due ipotesi.

Qualora le circostanze sopravvenute non risultino confermate o non siano ritenute rilevanti, il giudice dovrebbe pronunciarsi in base alle originarie condizioni stabilite nel ricorso congiunto, con una sentenza appellabile <sup>(75)</sup>.

Invece, in caso di accertamento positivo delle sopravvenienze, fermo restando il suo potere di convocare le parti e suggerire

<sup>(72)</sup> Il Tribunale, infatti, in sede di sindacato a carattere omologatorio degli accordi tra coniugi, deve preliminarmente verificare la non contrarietà all'ordine pubblico, – quindi indirettamente l'«equità» delle pattuizioni a tutela del coniuge più debole – e procedere al controllo, decisamente più incisivo, circa la compatibilità delle condizioni stabilite con il superiore interesse del minore.

<sup>(73)</sup> Su questa linea R. DONZELLI, *La revoca del consenso e le sopravvenienze*, cit., 1209 ma si veda in merito alla permanenza di una «limitata inquisitorialità» anche nel divorzio su domanda congiunta F. TOMMASEO, *Sub art 4*, in AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI, VI, 1, 1993, 261.

<sup>(74)</sup> Sic R. DONZELLI, *La revoca del consenso e le sopravvenienze*, cit., 1209.

<sup>(75)</sup> Nel senso dell'appellabilità di tale sentenza si esprime M.A. LUPOLI, *Cumulo di separazione e divorzio*, cit.

eventuali modifiche agli accordi <sup>(76)</sup>, il giudice dovrebbe pronunciare *ex art. 473-bis.51*, co. 4 c.p.c. una sentenza di non luogo a procedere, per il venir meno degli accordi congiunti, anch'essa appellabile secondo parte della dottrina <sup>(77)</sup>.

Sarebbe, invece, da escludere, in base alle considerazioni già espresse, l'altro possibile esito suggerito da parte della dottrina in caso di accertamento positivo di circostanze sopravvenute, secondo la quale si potrebbe anche procedere, «con un accettabile grado di ingegneria procedurale» <sup>(78)</sup> alla conversione del procedimento da consensuale a giudiziale <sup>(79)</sup>.

La dottrina ha suggerito un'altra strada praticabile per verificare l'effettiva sussistenza e rilevanza delle circostanze sopravvenute che sarebbe maggiormente rispondente «alle esigenze di concentrazione della decisione, di speditezza del processo e di riduzione delle energie processuali cui tutta la Riforma è ispirata» <sup>(80)</sup>. Valorizzando entrambi i richiami alla normativa vigente effettuati dalla Cassazione si potrebbe ipotizzare che a fronte della allegazione di sopravvenienze rilevanti il giudice possa aprire un sub-procedimento *ex art. 473-bis.29* c.p.c. concedendo alle parti un termine per articolare le proprie difese di merito ed istruttorie e all'esito decidere con sentenza sulle domande proposte.

Tale ultima soluzione, che appare quella maggiormente praticabile, in effetti, sembra porsi in linea con quanto sottolineato da altra dottrina, in base alla quale l'art. 473-bis.19 c.p.c. <sup>(81)</sup>, che permette la modifica delle domande a contenuto economico proposte nel procedimento contenzioso a fronte di mutamenti

<sup>(76)</sup> A. SIMEONE, *I procedimenti congiunti e il cumulo di domande*, cit., 194-195.

<sup>(77)</sup> M.A. LUPOI, *Cumulo di separazione e divorzio*, cit.

<sup>(78)</sup> Sic M.A. LUPOI, *Cumulo di separazione e divorzio*, cit.

<sup>(79)</sup> In senso negativo si veda anche C. CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 154.

<sup>(80)</sup> A. SIMEONE, *I procedimenti congiunti e il cumulo di domande*, cit., 194.

<sup>(81)</sup> Per una analisi più diffusa dell'istituto si vedano: M.A. LUPOI, *Art. 473-bis.19 c.p.c. Nuove domande e nuovi mezzi di prova*, in AA.VV., *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, Pisa, 2023, 810 ss; C. CEA, *Art. 473-bis.19, (Nuove domande e nuovi mezzi di prova)*, in AA.VV., *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, a cura di R. DONZELLI - G.SAVI, Milano, 2023, 154 ss.

di circostanze, non si adatterebbe perfettamente al contesto dei procedimenti su domanda congiunta. Questo perché nel giudizio contenzioso il Tribunale dispone di pieni poteri di trattazione ed istruttori per verificare la fondatezza delle pretese delle parti e tutte le circostanze nuove contribuiscono a formare il materiale di cognizione utile ai fini della decisione.

Ritenendo, invece, vincolanti gli accordi tra le parti fissati nel ricorso congiunto depositato <sup>(82)</sup>, l'art. 473-bis.29 c.p.c. <sup>(83)</sup>, che disciplina la modifica di provvedimenti in forza di «giustificati motivi» — la cui portata innovativa si configura diversamente, anche in termini di valutazione della loro rilevanza — sembrerebbe maggiormente rispondente alle esigenze della fattispecie <sup>(84)</sup>.

## 5. Conclusioni.

La disamina effettuata ha inteso ricostruire in maniera quanto più possibile completa le posizioni di dottrina e giurisprudenza antecedenti alla sentenza n. 28727/2023 e delle reazioni alla stessa, con l'intento di mostrare la forza dirompente di una questione che pur essendo squisitamente processuale ha generato una fortissima eco in quanto strettamente connessa con tematiche molto più ampie e in genere con la concezione del diritto processuale e del ruolo della giurisprudenza.

Può dunque lasciare interdetti il fatto che il legislatore con il recente d.lgs. 31 ottobre 2024 n. 164 (il c.d. Correttivo della Riforma Cartabia al Processo Civile) nonostante sia intervenuto

<sup>(82)</sup> Operando dunque una assimilazione tra gli effetti della sentenza e quelli dell'accordo, in una applicazione analogica di quanto previsto in materia di negoziazione assistita nell'art. 6 l. n. 164/2014. Cfr. C. CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 152.

<sup>(83)</sup> Ancora per un approfondimento mirato si rinvia a M.A. LUPOI, *Art. 473-bis.29 c.p.c. Modificabilità dei provvedimenti*, in AA.VV., *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R.TISCINI, Pisa, 2023, 831 ss.; R. DONZELLI, *Art. 473-bis.29 c.p.c. (Modificabilità dei provvedimenti)*, in AA. VV., *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, a cura di R. DONZELLI - G.SAVI, Milano, 2023, 232 ss.

<sup>(84)</sup> R. DONZELLI, *La revoca del consenso e le sopravvenienze nel cumulo "consensuale"*, cit., 1208.

sull'articolo 473-*bis*.51 c.p.c., seppur con modifiche marginali, non ha ritenuto opportuno recepire l'orientamento della Cassazione ed introdurre in maniera definitiva un coordinamento con l'articolo 473-*bis*.49 c.p.c..

Innanzi a tale silenzio riecheggiano le parole della dottrina e di parte della giurisprudenza che avevano dato un rilievo pregnante all'assenza di richiami tra le due norme, dovuta non ad una mera dimenticanza, bensì alla necessità di non incorrere in un eccesso di delega rispetto quanto disposto nella L. 206/2021.

A tal proposito si ritiene che occorra tenere in debita considerazione che anche il d.lgs. n. 164/2024 si inserisce nell'ambito della riforma del processo civile promossa dalla Legge 26 novembre 2021, n. 206, ove all'articolo 1 comma 3 è stato previsto che il governo entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della riforma Cartabia avrebbe potuto adottare disposizioni integrative e correttive di tali decreti nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi fissati nella legge delega.

Ragionando in tali termini difficilmente il legislatore avrebbe potuto modificare la precedente disciplina senza rischiare nuovamente di incorrere in un eccesso di delega.

Tuttavia se l'interpretazione fornita dalla Cassazione fosse stata davvero difforme da quanto realmente inteso e non meramente omesso per limiti di delega, sarebbe rientrato sicuramente nelle facoltà del legislatore — nel suo intento di «sciogliere alcuni dubbi interpretativi sorti nella fase di prima attuazione»<sup>(85)</sup> della riforma — esplicitare la non estensibilità del cumulo alle domande congiunte. Da tale presupposto in un ragionamento *a contrario* sembra possibile dedurre un *favor* del legislatore nei confronti del cumulo delle domande congiunte, o almeno un atteggiamento di tolleranza verso lo stesso.

<sup>(85)</sup> Cfr. Dossier XIX Legislatura del 18 marzo 2024: «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.» pag. 3. reperibile al seguente indirizzo: <https://temi.camera.it/leg19/dossier/OCD18-19766/disposizioni-integrative-e-correttive-al-d-lgs-149-2022-riforma-del-processo-civile.html>

In conclusione che lo si ritenga corretto o meno si può essere certi che la riforma Cartabia, anche se in maniera indiretta ed implicita, ha contribuito a sconvolgere gli equilibri pregressi, rimettendo in discussione vecchi tabù e persino distinzioni giuridiche date per acclarate (quali la differente disciplina della revoca del consenso nella separazione e nel divorzio). Tali novità conducono inevitabilmente a nuovi dubbi interpretativi ed applicativi, e, poichè il silenzio del legislatore nulla aggiunge o sottrae alla pregnanza delle questioni riportate e lasciate in sospeso dalla Cassazione con la sua pronuncia, si può ragionevolmente prevedere che esse in futuro costituiranno oggetto di autonomo rinvio pregiudiziale.

VALENTINA CICCHELLI

ABSTRACT: Lo scritto affronta il tema del cumulo delle domande congiunte di separazione e divorzio, con particolare attenzione alle posizioni della dottrina ed alle problematiche lasciate irrisolte dalla pronuncia favorevole della Corte di Cassazione sul rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale di Treviso.

ABSTRACT: *The paper goes into detail about the topic of accumulation of joint applications for separation and divorce, with particular attention to the positions of the doctrine and the problems left unresolved by the favorable ruling of the Court of Cassation on the preliminary ruling from the Court of Treviso.*



### **L'onere della prova nel sistema giurisdizionale: cronaca di un convegno (Chieti, 5 e 6 dicembre 2024, Università "G. d'Annunzio" di Chieti - Pescara) (\*)**

di ADRIANA CIAFARDONI - PAOLA MILIOTO - ANTONIO ROMANO -  
FRANCESCO TRAPPELLA

SOMMARIO: 1. Premessa (A. Romano). — 2. Introduzione ai lavori e relazione generale (A. Romano). — 3. L'onere della prova nel processo civile (A. Romano). — 4. L'onere della prova nel processo penale (F. Trapella). — 5. L'onere della prova nel processo amministrativo e contabile (A. Ciafardoni). — 6. L'onere della prova nel processo tributario (P. Milioto). — 7. Relazione conclusiva (A. Ciafardoni).

#### **1. Premessa (A. Romano).**

Nei giorni 5 e 6 dicembre 2024, si è tenuto presso l'elegante auditorium dell'Università G. d'Annunzio di Chieti-Pescara un interessante convegno di studi interdisciplinare su "L'onere della prova nel sistema giurisdizionale", organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali dell'Università G. d'Annunzio. Nelle due proficue giornate di lavoro è stata affrontata la complessa, delicata e attuale tematica dell'onere della prova nei diversi processi: nel processo civile (prima sessione della prima giornata), in quello penale (seconda sessione della prima giornata).

(\*) Nel presente contributo viene esposto il resoconto dei lavori del convegno di studi interdisciplinare su "L'onere della prova nel sistema giurisdizionale", svoltosi a Chieti il 5 e 6 dicembre 2024 ed organizzato dall'Università "G. d'Annunzio" di Chieti - Pescara.

In questo stesso fascicolo, nella sezione Saggi, viene pubblicata la relazione generale tenuta dal prof. Giovanni Verde. Gli Atti del convegno saranno pubblicati integralmente in un numero speciale della Rivista, di prossima edizione (R. Martino).

ta), nel processo amministrativo e contabile (prima sessione della seconda giornata) e in quello tributario (seconda sessione della seconda giornata). In ogni sessione sono intervenuti illustri e autorevoli relatori appartenenti al mondo dell'accademia, tra cui diversi professori emeriti, della magistratura e dell'avvocatura con l'obiettivo di indagare a trecentosessanta gradi, attraverso un confronto tra le diverse sensibilità scientifiche e professionali dei prestigiosi relatori intervenuti, una tematica che non solo assume centrale rilevanza in ambito scientifico, ma ha anche importantissimi risvolti pratici nelle aule giudiziarie.

## **2. Introduzione ai lavori e relazione generale (A. Romano).**

Nella mattinata di giovedì 5 dicembre 2024, dopo i saluti istituzionali da parte del Magnifico Rettore, Prof. Liborio Stuppia, del Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali, Prof. Federico Briolini, e dei Presidenti dei Consigli degli Ordini degli Avvocati di Chieti, Avv. Goffredo Tatozzi, e di Pescara, Avv. Federico Squartecchia, i lavori sono stati introdotti dal **Prof. Roberto Martino**, Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università G. d'Annunzio di Chieti-Pescara.

Nella relazione introduttiva, il Prof. Martino ha evidenziato la centralità della disciplina processualcivile sulla onere della prova, che rappresenta un punto di riferimento anche per il processo amministrativo e tributario, precisando, tuttavia, che la portata espansiva della predetta disciplina si è notevolmente ridotta nel tempo dato che c'è stato un incremento di norme specifiche sull'onere della prova nei processi amministrativi e tributari (da ultimo il comma 5-*bis* dell'articolo 7 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546) e non si può non tenere conto della particolare natura impugnatoria del processo amministrativo e di quello tributario. Per quanto concerne il processo penale, il Prof. Martino ha rilevato che il riferimento alla disciplina civile sulla onere della prova viene meno in virtù degli interessi in gioco, che sono di carattere generale e trascendono le persone coinvolte nel processo. Tuttavia, pur con queste precisazioni, il Prof. Martino ha sottolineato

che per affrontare il tema relativo all'onere della prova non si può non partire dall'articolo 2697 del codice civile e dalla monografia del Prof. Giovanni Verde, pubblicata nel 1974 (che è stata oggetto di ristampa), che mette al centro l'onere della prova con riferimento alla fattispecie legale. Studio monografico che rappresenta un punto di partenza anche in un tempo, come quello attuale, in cui si parla di giurisprudenza creativa e, in sempre più occasioni, i magistrati assumono i panni della dottrina.

Inoltre, il Prof. Martino ha messo in risalto l'ulteriore filo rosso che lega il tema dell'onere della prova nei diversi processi: il collegamento tra l'onere della prova e il convincimento del giudice. Nel processo civile, oggi c'è una ricerca degli standard probatori; quindi, il prudente apprezzamento, *ex* articolo 116 c.p.c., lo si vuole ricollegare a parametri, a standard che consentano di stabilire se si raggiunga o meno il convincimento sulla certezza del fatto. Ma anche nel codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) c'è una disposizione (l'articolo 64) in cui si fa riferimento al prudente apprezzamento. All'opposto, c'è il modello penale, in cui vige il principio "oltre ogni ragionevole dubbio" che, evidentemente, orienta in maniera più rigorosa la soluzione della questione del convincimento del giudice. Per quanto riguarda il processo tributario, il novellato comma 5-*bis* dell'articolo 7 del d.lgs. n. 546/1992 sembra andare verso il modello penale, allontanandosi dal modello del processo civile e anche da quello del processo amministrativo.

Nella relazione introduttiva, il Prof. Martino ha, pertanto, posto in risalto le tante connessioni tra i diversi processi che caratterizzano il tema oggetto del convegno e che, quindi, hanno reso necessario organizzare un convegno, strutturato in quattro sessioni dedicate ai diversi processi, in cui affrontare l'onere della prova nel processo civile, in quello penale, nel processo amministrativo e contabile e in quello tributario.

Il **Prof. Giovanni Verde**, Emerito di Diritto processuale civile nell'Università LUISS G. Carli di Roma, ha tenuto la relazione generale del convegno, intitolata *Attualità del principio dell'onere della prova*.

Il Prof. Verde ha iniziato la sua magistrale relazione con un'avvertenza: non lasciarsi sopraffare dalle parole trasformandole in idoli. Ciò vale per la parola "verità" riferita al processo ma anche per la parola "fatto" di cui non si ha conoscenza diretta ma si può avere conoscenza solamente per descrizione. Quindi, la "verità di un fatto", che è alla base della decisione giudiziale, si concretizza in una sorta di attestato di conformità dell'accadimento del passato alle proposizioni che lo rappresentano; attestato che il giudice rilascia a seguito di un procedimento di validazione definito accertamento. Pertanto, l'affidabilità del processo statale passa necessariamente attraverso l'affidabilità del procedimento di validazione.

Il Prof. Verde ha evidenziato che, in passato, dalla natura pubblica del processo statale si faceva derivare l'esigenza che il giudice fosse fornito di tutti gli strumenti di ricerca della verità c.d. materiale (era scontata l'esistenza di due verità: quella materiale e quella formale). Tuttavia, nel tempo ci si è resi conto che questa impostazione non teneva in debita considerazione dei diritti di libertà, di privatezza e di autonomia dei soggetti coinvolti nel processo e, quindi, si è cercato un punto di equilibrio tra i poteri del giudice e i diritti della persona. Invero, la modulazione dei poteri del giudice avviene non solo in funzione della natura degli interessi in gioco, ma anche con riferimento alla sensibilità che l'ordinamento ha per questi ultimi. Nei regimi autoritari i poteri giudiziari sono assai estesi, in quanto la sensibilità nei riguardi dei diritti delle persone è scarsa o nulla, mentre negli Stati democratici si va alla continua ricerca di soluzioni per i delicati problemi di equilibrio tra i diritti delle persone e i poteri del giudice. Dunque, il Prof. Verde ha sottolineato che, a ben vedere, ciò che rileva non è la natura pubblica del processo ma la diversità delle situazioni dedotte nei diversi processi (civile, penale, amministrativo, tributario). È evidente, infatti, che dinanzi ai giudici penali, amministrativi e tributari non si celebrano processi "più pubblici" rispetto ai processi civili, ma vengono in rilievo situazioni in cui sono in gioco, seppur in misura diversa (che, naturalmente, è massima

nel processo penale), interessi che trascendono i singoli soggetti coinvolti nel processo. Le situazioni dedotte nei diversi processi (civile, penale, amministrativo, tributario) hanno diversa importanza e giustificano, quindi, diversi procedimenti di validazione.

Con riferimento all'articolo 2697 del codice civile, il Prof. Verde ha evidenziato che un'interpretazione "positivista", seppur "temperata", della predetta disposizione si inseriva nel clima culturale della metà degli anni '70 del secolo scorso (periodo in cui il Prof. Verde ha pubblicato la monografia sull'onere della prova nel processo civile), in cui il positivismo era ancora un valore, in quanto la legge, la "forma", assumeva un ruolo centrale (era considerata lo strumento migliore per garantire l'eguaglianza nella libertà) e non si era ancora metabolizzato a sufficienza ciò che comportava la penetrazione nel sistema vivente di una legge sovraordinata, intrisa di valori, come la Costituzione.

Tuttavia, il Prof. Verde ha sottolineato che nel tempo c'è stata un'inevitabile erosione della "forma" per la quale la legge è evaporata in diritto, sostituendo alla sua oggettività il soggettivismo di chi non interpreta la legge ma le dà significato. Al riguardo, il Prof. Verde, nella sua relazione, ha chiaramente individuato il momento in cui si è dato inizio al nuovo ciclo: la sentenza della Sezione Unite della Corte di cassazione n. 13533 del 2001 che, in un'azione di risoluzione contrattuale, ha imposto sul convenuto l'onere di provare l'adempimento precisando che l'operare della regola dell'onere della prova va ricondotto non ad astratti criteri di costruzione della fattispecie, ma a criteri di ragionevolezza. All'inizio degli anni duemila, si è inaugurato, quindi, un nuovo percorso che ha, poi, trovato applicazione giurisprudenziale non solo nelle controversie aventi ad oggetto la responsabilità del professionista, in particolare del medico, ma anche nelle controversie di lavoro e in quelle in cui in giudizio c'è una parte svantaggiata (ad esempio consumatore, utente), utilizzando, in tal modo, il riparto dell'onere della prova in una funzione assai simile alla "protezione" della parte debole nel processo. Con particolare riferimento alle controversie relative alla responsabilità del medico,

il Prof. Verde ha evidenziato che la giurisprudenza, inaugurando una stagione di forte protezione del paziente, ha statuito che al paziente sarebbe bastato provare il danno patito “dopo” un trattamento sanitario addossando, quindi, in capo al professionista l’onere di provare l’esatto adempimento. In seguito, la giurisprudenza ha modificato i criteri di giudizio stabilendo che il paziente non poteva limitarsi a provare che il pregiudizio si era realizzato “dopo” il trattamento ma doveva provare che si era verificato “a causa” del trattamento. Sul punto, il Prof. Verde ha sottolineato che, in realtà, la giurisprudenza, in tal modo, ha dato vita ad ulteriori incertezze, dal momento che il “nesso causale” non è un accadimento, la cui rappresentazione in giudizio può essere descritta in termini di conformità, ma una “valutazione” che da un accadimento, la cui rappresentazione è sufficientemente confermata, fa derivare un ulteriore accadimento. Conseguentemente, la giurisprudenza ha sviluppato criteri di valutazione, tra i quali non si può non richiamare quello del “più probabile che non” (mutuato dai sistemi di *common law*), che concedono ampi margini per valutazioni discrezionali dei giudici. Il Prof. Verde ha magistralmente rilevato che ciò si inserisce in un contesto culturale in cui all’oggettività del positivismo, basato sulla preminenza della forma, ossia della legge, si sta sostituendo la soggettività di un neogiusnaturalismo che si fonda sulla prevalenza della sostanza, ossia del diritto.

Inoltre, il Prof. Verde, partendo dalla considerazione che il fatto è un accadimento che viene rappresentato nel processo, ha sottolineato che l’entificazione del fatto ha portato alla conseguenza di ritenere esistente un fatto negativo (da non confondere con l’accertamento negativo), che, in fondo, è un ossimoro, dato che il fatto che non esiste è un non fatto. Ne consegue che ciò che non esiste non può essere rappresentato e, pertanto, non può essere oggetto di validazione da parte del giudice.

In un altro punto della sua relazione, il Prof. Verde ha messo in evidenza che anche nel procedimento di accertamento dei fatti sono presenti momenti valutativi (ad esempio, il giudice deve va-

lutare l'affidabilità del testimone, la rilevanza di un documento, l'autenticità di una fotografia o di una registrazione), ma ciò non ne costituisce l'essenza.

Il Prof. Verde ha anche affrontato i delicati temi dell'intelligenza artificiale e della giustizia predittiva, evidenziando che entrambe hanno come presupposto la trasformazione del "fatto" in "dato" e la cristallizzazione della massima di esperienza o della conclusione dell'esperto in standard valutativi, a beneficio della celerità e della semplificazione, ma con l'abbandono dell'irripetibilità di tutte le vicende umane coinvolte nei giudizi. Preso atto dell'accelerazione improvvisa del cammino dell'umanità verso il futuro e con la consapevolezza che non sia possibile opporsi all'evoluzione in corso, il Prof. Verde ha, tuttavia, sottolineato la necessità di lavorare per preservare il minimo indispensabile necessario per salvare l'umanità del processo non abbandonandosi fideisticamente alle opportunità offerte dall'intelligenza artificiale. Infatti, affidarsi ciecamente alle lusinghe dell'intelligenza artificiale potrebbe portare a fenomeni di estraneazione, in cui l'individuo rischia di perdere la sua identità.

Infine, il Prof. Verde ha evidenziato che nel corso degli anni il clima culturale è cambiato. La forma, ossia la legge, che stabiliva su chi cadesse il rischio della mancata prova, ha perso la sua centralità (che era propria del contesto culturale della metà degli anni '70 del secolo scorso), lo stesso concetto di fattispecie ha perso di consistenza, in favore della giurisprudenza che, anche facendo proprie le esperienze di *common law*, assume sempre più una funzione creativa del diritto. In un sistema siffatto, l'articolo 2697 del codice civile è stato trasformato in una sorta di flessibile norma di indirizzo, in quanto è stato consegnato al giudice il potere finale di decidere cosa debba essere provato e chi debba provarlo, nonché di riallocare il rischio della mancata prova in base a fattori variabili e imprevedibili (circostanze, peculiarità della situazione, qualità delle parti, posizione processuale). Ciò è il segno dell'attuale disordine ordinamentale, nel quale il giudice "sottoposto alla legge" tende a "fare la legge" e al giurista spetta il compito di contrastarlo laddove tracimi, oltrepassando ciò che

è strettamente necessario e ragionevole.

### **3. L'onere della prova nel processo civile (A. Romano).**

Dopo la relazione generale del Prof. Giovanni Verde, si è aperta la sessione sull'onere della prova nel processo civile, presieduta dal Prof. Giuseppe Trisorio Liuzzi, Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università A. Moro di Bari, al quale sono state affidate anche le conclusioni della sessione. Sono intervenuti il Prof. Ferruccio Auletta, Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università LUISS G. Carli di Roma, il Cons. Rosaria Giordano, Consigliere della Suprema Corte di cassazione, e il Prof. Roberto Poli, Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale.

Il **Prof. Ferruccio Auletta**, nella sua relazione su *Consulenza tecnica d'ufficio e onere della prova*, ha affrontato il rapporto tra i due istituti evidenziando che si tratta di una tematica in cui si è alla ricerca continua di un equilibrio.

Il Prof. Auletta ha sottolineato che esiste una base profonda che lega l'onere della prova e la CTU: l'aspirazione, seppure su profili diversi, alla stabilità della decisione. Il Prof. Auletta ha messo in evidenza che la consulenza tecnica d'ufficio consente di attribuire un valore sociale, democratico-veritativo, alla decisione. In un certo senso, la CTU aumenta il consenso sociale della decisione. Quindi, la relazione tra l'onere della prova e la consulenza tecnica d'ufficio non è di antagonismo.

Inoltre, il Prof. Auletta ha evidenziato che l'articolo 2697 del codice civile può svolgere una funzione di garanzia anche nei confronti della consulenza tecnica d'ufficio, a condizione che lo si legga come norma dalla quale mutuare, essendo modulato sull'onere della prova, l'onere di allegazione (l'onere di allegazione precede logicamente l'onere della prova). Dunque, il punto cruciale arretra e finisce per essere individuato, finanche coincidere, con quello relativo all'onere di allegazione. L'allegazione del fatto (anche del fatto notorio) è sempre un compito riservato alle parti; tutti i fatti principali o secondari di ordinaria esperienza

possono costituire senz'altro oggetto dell'onere di allegazione. Tuttavia, anche la massima esasperazione dell'onere di allegazione non potrebbe mai tradursi nell'esigere dalla parte di enunciare completamente e analiticamente i fatti secondari ignoti, ignorati per la loro natura tecnico-scientifica, che, quindi, la collettività generale non conosce. In altre parole, il fatto secondario che, per la sua natura tecnico-scientifica, non è accessibile indiscriminatamente, non può essere oggetto di un'allegazione necessariamente analitica. Pertanto, l'esonero della parte interessata all'allegazione di tal genere di fatti secondari, se non si vuol compromettere l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, non può implicare altro che questo: che l'allegazione in modo virtuale di questi fatti avvenga legittimamente mediante la sola istanza di nomina del consulente tecnico.

Il Prof. Auletta ha sottolineato, quindi, che il punto di nuovo equilibrio da ricercare sia non più tra onere della prova e consulenza tecnica d'ufficio, ma tra onere di allegazione e consulenza tecnica d'ufficio, e a ciò non appare essere di ostacolo la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, in cui l'unico limite che viene posto è quello di sanzionare, con la nullità rilevabile d'ufficio, che il perito abbia indagato su temi estranei all'oggetto della domanda pervenendo al risultato di stimare la fondatezza della pretesa esercitata dall'attore in base a fatti diversi da quelli allegati introduttivamente dal medesimo.

Il **Cons. Rosaria Giordano** ha svolto una relazione su *L'onere della prova nell'era della digitalizzazione: tra codice civile e codice di procedura civile*.

In primo luogo, il Cons. Giordano ha evidenziato che, nell'ambito delle "prove documentali informatiche", una disposizione centrale, oltre all'articolo 2712 del codice civile (in seguito alla modifica legislativa che ha introdotto tra le riproduzioni meccaniche anche quelle informatiche), è l'articolo 20 del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82). In particolare, nella prima parte del comma 1-*bis* dell'articolo 20 del d.lgs. n. 82/2005 vengono disciplinate le fattispecie in cui il

documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile, e nel comma 1-ter del predetto articolo viene stabilito che l'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare di firma elettronica, salvo che questi dia prova contraria.

Nel suo intervento, specifica attenzione è stata riservata dal Cons. Giordano proprio al comma 1-ter dell'articolo 20 del Codice dell'amministrazione digitale e alle conseguenti applicazioni pratiche (con riferimento alla prova contraria che l'apparente sottoscrittore del documento informatico ha l'onere di fornire) ancora abbastanza inesplorate sia in dottrina che in giurisprudenza. Il Cons. Giordano ha sottolineato che è evidente che in questi casi c'è un meccanismo per certi aspetti inverso rispetto a quello proprio della prova scritta tradizionale, quella con sottoscrizione autografa. In effetti, nel comma 1-ter dell'articolo 20 del Codice dell'amministrazione digitale si ritrova una regola che "aggrava" la posizione dell'apparente sottoscrittore del documento informatico onerandolo di fornire la prova contraria dimostrando, in sostanza, che non è stato lui ad apporre la firma elettronica qualificata o digitale su quel documento informatico. Inoltre, anche alla luce della circostanza che in materia non si sono (ancora) registrate pronunce della Cassazione, occorre interrogarsi su quale, concretamente, possa essere questa prova contraria e, al riguardo, il Cons. Giordano ha auspicato che un tema così delicato possa essere oggetto di un organico studio dottrinale, che potrebbe anche guidare la giurisprudenza rispetto alla portata della prova contraria.

Nella sua relazione, il Cons. Giordano ha, poi, analizzato anche il *mare magnum*, il mondo (tutto da costruire), delle prove "digitali-informatiche" che non hanno una sottoscrizione come, ad esempio, la *e-mail* semplice, il messaggio *SMS*, lo *screenshot*, l'estratto conto tratto dall'*home banking*.

Queste prove sono sempre più ricorrenti nel processo civile (ma, in realtà, anche nel processo penale) con importanti impli-

cazioni: si pensi, *in primis*, ai processi relativi alla crisi familiare e alla regolamentazione del rapporto patrimoniale tra gli ex coniugi, nonché tra gli ex coniugi e i figli, ma anche, alla luce della sempre maggiore diffusione ed utilizzo degli strumenti informatici (come, ad esempio, la e-mail semplice nei rapporti commerciali), alle controversie in ambito negoziale. La giurisprudenza di legittimità, utilizzando le categorie tradizionali contenute nel codice civile, sta riconducendo questi “strumenti” alle riproduzioni informatiche di cui all’articolo 2712 c.c., con la conseguenza che la riproduzione forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, salvo che il soggetto contro il quale è prodotta disconosca la conformità ai fatti o alle cose rappresentate. Disconoscimento di conformità che, come statuito recentemente dalla giurisprudenza, deve avere luogo in un requisito temporale molto stringente (nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione, in applicazione dell’articolo 157, secondo comma, c.p.c.). Nel caso in cui ci sia stato il disconoscimento, le riproduzioni informatiche diventano argomenti di prova. In realtà, la giurisprudenza di legittimità (Cassazione n. 17810 del 2020) ha ritenuto che quando è contestata, ai sensi dell’articolo 2712 c.c., la conformità rispetto all’originale delle risultanze di un sito internet, il giudice può anche rivolgersi al gestore del servizio chiedendo informazioni ai sensi dell’articolo 213 del codice di procedura civile. Questa modalità, che, *mutatis mutandis*, potrebbe essere applicata anche alle altre prove “digitali-informatiche” prive di sottoscrizione, potrebbe essere una modalità congrua, così come il ricorso alla CTU informatica potrebbe rappresentare un ausilio importante per il giudice.

**Il Prof. Roberto Poli** è intervenuto con una relazione su *Onere della prova e libero convincimento del giudice*.

Nel suo intervento, il Prof. Poli ha, in primo luogo, illustrato analiticamente le regole del giudizio di fatto nella valutazione delle prove libere: regola della lingua italiana, regola dell’onere della prova, regola della disponibilità della prova, regola del prudente apprezzamento, regola della presunzione semplice, rego-

la dell'obbligo di motivazione, regola dello standard di prova. Il combinato disposto di queste regole dà luogo ad una regola riassuntiva: la regola della valutazione razionale della prova.

Il Prof. Poli ha, inoltre, esaminato tre aspetti caratterizzanti la valutazione delle prove libere: a) le fasi logico-cognitive della valutazione delle prove, b) la valutazione razionale delle prove, c) il tipo di logica che caratterizza il discorso del giudice nella valutazione delle prove. Per quanto concerne il primo aspetto sono stati individuati tre momenti: la percezione del segno o fatto probatorio, l'interpretazione del segno o fatto probatorio, la valutazione in senso stretto. Per quanto riguarda il secondo aspetto, il Prof. Poli, rilevando la centralità di tale profilo, ha indicato i criteri di una motivazione razionale. Nello specifico, la motivazione è razionale quando il discorso è linguisticamente corretto, è completo (il giudice deve tenere conto di tutti gli elementi di prova decisivi offerti dalle parti), è rappresentativo (il giudice interpreta il segno e non può travisare la prova), è attendibile (il giudice deve valutare l'attendibilità della fonte di prova), è plausibile (le premesse poste sono in grado di sorreggere quella conclusione, vale a dire quando le leggi dell'esperienza comune e scientifica, le leggi del mondo, giustificano quella conclusione), è coerente (in base al principio di non contraddizione) ed è congruo (le premesse parziali e totali sono in grado di sorreggere le conclusioni parziali e totali). Inoltre, per quanto concerne il terzo aspetto, il Prof. Poli ha sottolineato che la logica che caratterizza il discorso del giudice nella valutazione delle prove è la logica delle leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (LSOFM).

Dopo essersi occupato delle regole del giudizio di fatto, il Prof. Poli ha esaminato il tema dei poteri che l'ordinamento riconosce alle parti in caso di violazione delle predette regole (regole che possono essere considerate tecnicamente tali solo quando l'ordinamento prevede, in caso di violazione, una reazione *lato sensu* sanzionatoria). Le parti possono contestare il mancato rispetto, la violazione, delle regole suddette utilizzando i mezzi di impugnazione, con la conseguenza che, quanto più è possibile

controllare la motivazione, tanto più si può controllare il giudizio di fatto. Quindi, tanto più si restringe la possibilità di censurare la motivazione in fatto, tanto più si lasciano spazi di discrezionalità al giudice, non controllabili. Come noto, la riforma del 2012 ha ristretto il controllo del giudizio di fatto in Cassazione, orientamento restrittivo che sembrerebbe confermato dalla giurisprudenza di legittimità (*in primis* dalle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione nn. 8053 e 8054 del 2014, c.d. “sentenze gemelle”) che ha escluso la possibilità di contestare in Cassazione la motivazione insufficiente (la motivazione insufficiente, in senso tecnico, è proprio la motivazione implausibile, cioè quella nella quale la conclusione non è sorretta dalle premesse). Dunque, dalle affermazioni di principio della giurisprudenza di legittimità sembrerebbe, *prima facie*, che in Cassazione non si possa censurare nulla in punto di razionalità o logicità del giudizio di fatto, in punto di plausibilità delle ragioni e di razionalità della motivazione. In realtà, dall’analisi dettagliata della giurisprudenza sembrerebbe essere consentito il sindacato su ciascuno degli aspetti che caratterizzano la motivazione razionale. In effetti, le stesse “sentenze gemelle” del 2014, a ben vedere, consentono il controllo in sede di legittimità sulla plausibilità del percorso che lega la verosimiglianza delle premesse alla probabilità delle conseguenze, nonché il sindacato per violazione di legge quando il giudice abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza.

Nelle conclusioni della sua relazione, il Prof. Poli ha evidenziato che, alla luce delle argomentazioni esposte nel suo intervento, si può arrivare a ritenere che la Corte di cassazione non è solo il giudice della nomofilachia (giudice delle leggi giuridiche) ma è anche il giudice finale, ultimo, delle leggi fattuali di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (LSOFM). Infatti, per il Prof. Poli, un sistema siffatto sarebbe coerente e garantista, in quanto armonizza lo *ius constitutionis* con lo *ius litigatoris*.

**Il Prof. Giuseppe Trisorio Liuzzi**, nel formulare le conclusioni della sessione di diritto processuale civile, è partito dal prin-

cipio dell'allegazione dei fatti, sottolineando che, nel processo civile, in capo alle parti vi è un monopolio assoluto dei fatti, nel senso che solo le parti possono introdurre i fatti nel processo. Per il Prof. Trisorio Liuzzi, il principio dell'allegazione dei fatti è un principio assoluto. Invece, per quanto riguarda il principio della ripartizione dell'onere della prova di cui all'articolo 2697 del codice civile, il Prof. Trisorio Liuzzi ha evidenziato che, in realtà, si tratta di una regola non assoluta, in quanto, nel tempo, la giurisprudenza ha fornito una serie di precisazioni, di adattamenti (ad esempio, ricondurre l'onere della prova a criteri di ragionevolezza, il criterio del "più probabile che non", il principio di vicinanza della prova), che hanno reso meno rigoroso quel principio dell'onere della prova fissato nell'articolo 2697 del codice civile. Invero, sulla stessa lunghezza d'onda si è posto anche il legislatore: si pensi alle controversie di lavoro, in cui al giudice vengono riconosciuti importanti poteri in ordine alle prove. E questo perché si è in presenza di un problema di accertamento della verità, di ricerca della verità — che è il punto essenziale nell'ambito di un processo civile — che si scontra con una struttura del processo civile (quale quella attuale) estremamente rigorosa, con un sistema di preclusioni rigide. Inoltre, il Prof. Trisorio Liuzzi ha sottolineato che l'onere della prova è un problema che attiene alla sostanza del rapporto e, pertanto, il principio dell'onere della prova va adattato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio. In definitiva, il Prof. Trisorio Liuzzi concorda sulla possibilità di un alleggerimento del rigore dell'articolo 2697 del codice civile, senza, però, mettere in discussione il principio assoluto dell'allegazione dei fatti.

#### **4. L'onere della prova nel processo penale (F. Trapella).**

Nel pomeriggio di giovedì 5 dicembre 2024 si è tenuta la seconda sessione, dedicata all'onere della prova nel processo penale, presieduta dal Prof. Adolfo Scalfati, Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Roma Tor Vergata, al quale sono state affidate anche le conclusioni della sessione. Sono in-

tervenuti il Prof. Oliviero Mazza, Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Milano Bicocca, la Prof.ssa Cristiana Valentini, Ordinaria di Diritto processuale penale nell'Università G. d'Annunzio di Chieti-Pescara e il Cons. Raffaello Magi, Consigliere della Corte di cassazione, Prima Sezione Penale.

Nella relazione introduttiva, il **Prof. Adolfo Scalfati** ha inquadrato l'onere della prova nelle categorie generali del procedimento penale e tra i principi che lo ispirano: presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.) e obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.).

Occorre, per prima cosa, chiarirsi su che cosa debba intendersi per *onere* della prova: senz'altro vi rientra l'attività di introduzione degli elementi dimostrativi del fatto rappresentato dall'onerato, come pure il complesso di incumbenti necessari, nella dinamica giudiziaria, all'acquisizione del contributo; un'ulteriore implicazione riguarda la lettura del patrimonio istruttorio acquisito, funzionale al sostenimento di questa o di quella tesi di parte; da ultimo, se si parla di onere, bisogna valutare le conseguenze derivanti dal suo mancato adempimento.

Ogni onere è collegato ad un diritto disponibile: per godere di quest'ultimo, l'onerato compie un *facere*; si attiva, cioè, allo scopo di avvantaggiarsi. È necessario chiedersi se questo tratto sia compatibile con il rito penale e, allo scopo, occorre una precisazione. Onere della prova è cosa diversa dal diritto alla prova: si potrebbe, infatti, cadere nella tentazione di confondere le due nozioni, ritenendo, magari, che l'adempimento dell'onere istruttorio consenta l'esercizio del diritto alla prova, invece precluso nel caso in cui l'interessato resti inerte.

L'equazione non regge o, meglio, potrebbe reggere in un processo a matrice dispositiva, come non è il giudizio penale. L'art. 190 c.p.p. detta come regola generale — ma non assoluta — la prova ammissibile a richiesta di parte; costei intende dimostrare un certo fatto e, per farlo, sollecita l'introduzione delle evidenze utili allo scopo. Accanto a queste ipotesi vi sono quelle — pure residuali, ma esistenti — della prova assunta su iniziativa giudi-

ziale; il dato contribuisce a diversificare il processo penale dal civile, se considerato alla luce della peculiare fisionomia del pubblico ministero e dei precetti degli artt. 27, comma 2 e 112 Cost.

Da una parte, c'è la regola di trattamento che impedisce di considerare l'imputato come se fosse colpevole e che incarica l'accusa di superare la presunzione costituzionale di innocenza, dimostrando la responsabilità dell'accusato; dall'altra, c'è il parametro che obbliga il pubblico ministero ad esercitare l'azione e che gli impone, prima, di condurre indagini complete e, poi, di compiere ogni sforzo per avvalorare la fondatezza dell'addebito. La lettura combinata dei parametri conferma l'indisponibilità dell'azione penale: il suo titolare *deve* dimostrare il fatto in imputazione oltre ogni ragionevole dubbio. Qualora, poi, il suo impegno sia vano, ma la prova della responsabilità emerga altrove — ad esempio, proprio da una di quelle iniziative officiose di cui si diceva — il giudice condanna; lo impone la logica del processo penale e l'esigenza di evitare impunità, fugato ogni dubbio sull'estraneità dell'accusato ai fatti.

Due sono state le conclusioni a cui è giunto il Prof. Scalfati.

La prima: con riferimento al pubblico ministero, non si deve parlare di onere, ma di *dovere di prova*. La sua posizione è, infatti, vincolata da parametri costituzionali che lo vincolano all'esercizio dell'azione di fronte ad una notizia fondata — ora, più correttamente, ad una ragionevole prognosi di condanna — con l'obiettivo ultimo di chiedere la punizione, laddove sia superato ogni ragionevole dubbio in favore dell'imputato.

La seconda: la tesi che di onere non si tratti è supportata dall'ulteriore dato che, ove il pubblico ministero non si attivi, ma si formi ugualmente un quadro di risultanze capaci di attestare la ricostruzione colpevolista, il giudice condanna. E, quindi, il pubblico ministero non è, in alcun modo, svantaggiato: ciò smentisce la tradizionale definizione di onere, associata, invece — già si diceva — a conseguenze pregiudizievoli per l'onerato che si astenga dal fare ciò che la norma gli comanda.

Il **Prof. Oliviero Mazza** ha chiarito, prima di tutto, il titolo

della propria relazione: *L'onere della prova e il principio di colpevolezza (sic)*. In modo provocatorio, ha parlato di un *principio di colpevolezza*, cogliendo nella prassi giurisprudenziale la tendenza ad esonerare il pubblico ministero dal dovere di provare taluni elementi della fattispecie, con il risultato che esistono categorie penalistiche ormai refrattarie al *test* probatorio, sulle quali non ci si intrattiene in sede processuale.

Il problema tocca anche gli elementi costitutivi dell'ipotesi criminosa che, a rigore, dovrebbero formare altrettanti temi di prova per l'accusa: si pensi all'elemento soggettivo del reato — e, in particolare, ai casi in cui occorra stabilire se si tratti di dolo eventuale o di colpa cosciente — o al medesimo disegno criminoso e, guardando alla parte speciale del codice, al momento costitutivo di un'associazione a delinquere o, sempre a procedere per esempi, al concetto di pubblico scandalo.

I casi sono tanti, ma quello più importante, per il riverbero sugli esiti del processo, è la prova del dolo.

Nel 2009 le Sezioni Unite hanno richiamato la c.d. “prima formula di Frank” (*Cass., sez. un., 26 novembre 2009, n. 12433*): c'è dolo eventuale se la previsione dell'evento in termini di certezza non avrebbe trattenuto l'agente dal compiere l'azione illecita. Si invoca, così, un vaglio in concreto, un ragionamento controfattuale, compatibile *ex post*, ricostruendo la situazione controversa. Questo, però, conduce, nella prassi, a giudizi per intuizione, che sfuggono al rigore che ci si attenderebbe per acquisire la prova di un elemento costitutivo della fattispecie. Non solo: la difesa non può contestare questo tipo di ricostruzione; dovrebbe, infatti, provare il fatto negativo, ossia che, avendo avuto la certezza dell'evento, l'agente si sarebbe astenuto dalla condotta.

Ancora, dolo significa *volontà e rappresentazione*: provare la volontà significherebbe dimostrare un atteggiamento interiore, donde l'impossibilità dell'accertamento sul punto oltre ogni ragionevole dubbio. Quanto alla rappresentazione, si finisce, anche qui, nell'ambito degli automatismi: se una rapina ha avuto luogo, significa che l'autore si era rappresentato quel fatto. Certo, la di-

fesa può smentire questo ragionamento, ma, ancora una volta, si tratterebbe di provare un fatto negativo e, cioè, il dato che l'agente non si era rappresentato le conseguenze delle proprie azioni.

In definitiva, il problema del dolo è che esce dai temi di prova: è presunto o lo si ricava, indirettamente, dal fatto materiale. La conseguenza è lo spostamento dei carichi probatori dall'accusa alla difesa: la parte privata, infatti, dovrà provare che la presunzione di volontà e/o di rappresentazione non regge e che, quindi, manca l'elemento soggettivo. Con un altro esempio, si pensi al reato di omesso versamento dell'IVA. La presunzione è: l'imposta non è stata pagata, quindi l'imputato non voleva corrispondere il dovuto all'erario. La difesa potrebbe smentirla, dimostrando, ad esempio, la mancanza di liquidità del contribuente. Ad applicare correttamente le regole sulla prova, però, il meccanismo non dovrebbe essere questo: l'accusa dovrebbe provare non solo che l'imposta non è stata versata, ma che l'imputato aveva la disponibilità economica per pagare, ma ha deciso di non farlo.

C'è una serie di inferenze, pericolose sul piano dei principi della prova. Dal fatto materiale (il mancato pagamento dell'IVA), si desume che il contribuente non poteva non sapere di non avere versato il dovuto; da lì, muove una seconda inferenza: quello non ha pagato per l'unica ragione plausibile, cioè voleva tenere per sé il denaro dovuto allo Stato. Si parla, allora, di un *dolo inferenziale*, che entra in collisione con la regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" e si avvicina alla responsabilità oggettiva, incompatibile con le categorie del diritto penale nostrano.

La giurisprudenza non adotta questo approccio. Spingendosi oltre, se una persona fosse convinta di salvare la vita al figlio, somministrandogli del veleno e, così, lo uccidesse, mancherebbe l'elemento volitivo: pur rappresentandosi l'assunzione della sostanza, non avrebbe assolutamente voluto l'evento nefasto. Questa persona, però, sarebbe condannata: la giurisprudenza, infatti, confronta la condotta con un modello di agente che mai avrebbe ignorato l'effetto del veleno, e, sulla base di ciò, afferma la responsabilità dell'imputato.

Attraverso queste riflessioni, il Prof. Mazza ha concluso, sot-

tolineando che il diritto penale vive nel processo; il dolo ne è un esempio lampante: accanto alle teorizzazioni dei sostanzialisti, è necessario considerare l'applicazione concreta degli istituti. Il dolo esce dai temi di prova e si trasforma in oggetto di argomentazione e, di lì, di giudizi arbitrari, sganciati dall'oggettività delle evidenze; questo pone una serie di interrogativi sui rapporti con i referenti costituzionali che governano l'accertamento del fatto.

La relazione della **Prof.ssa Cristiana Valentini**, su *L'inafferrabile onere e la fase investigativa: alle origini del fenomeno*, ha preso le mosse dalla considerazione che «la prova va offerta» (così A. Gaito, *Onere della prova e processo penale. Prospettive d'indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, p. 517): è prodotta dall'accusa, onerata in questo senso dai principi costituzionali, *in primis* la presunzione di non colpevolezza.

Eppure parlare di onere non è esatto: proprio dalla Costituzione — dall'art. 112 Cost., in particolare — viene l'indicazione che il pubblico ministero è vincolato da un dovere, e tanto rende impossibile inquadrare la situazione giuridica di cui è titolare nei termini di un onere. Obbligatorietà dell'azione significa, infatti, dovere di indagare e di farlo rispettando il comando di completezza, con l'obiettivo ultimo di ricostruire un quadro veridico dei fatti.

La Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 111 del 1993, ha chiarito che l'obiettivo del procedimento penale è la ricerca della verità, ed è un'idea alla quale non si può rinunciare, a meno di ammettere che l'alternativa tra proscioglimento e condanna sia sciolta lanciando i dadi.

Quindi, il pubblico ministero indaga, perseguendo il vero; le indagini sono un contesto vocato a questo fine e si celebrano in un sostanziale solipsismo dell'inquirente, al punto che la difesa ne esce svantaggiata, potendo entrare in contatto con le risultanze investigative solo dopo molto tempo dalla loro raccolta. A rimedio dello squilibrio potrebbe invocarsi l'art. 358 c.p.p.: negli anni Novanta fu sollevata una questione di legittimità per il fatto che non prevede sanzioni a carico del pubblico ministero che non

acquisisca elementi a favore dell'indagato; la Consulta ha, però, dichiarato l'infondatezza della questione, data l'impostazione *adversary* della vigente matrice processuale, che legittima la difesa alla ricerca delle evidenze a proprio favore e con questo riporta (forse, meglio: riporterebbe) ad equilibrio il rapporto tra i soggetti delle indagini (Corte cost., 11 aprile 1997, n. 96).

Ne deriva uno schema bipartito di indagini e processo, ove le prime sono condotte in autonomia — e, s'aggiunga, in segreto — dal pubblico ministero, con un intervento difensivo necessariamente posticipato rispetto alla provvista istruttoria. Se, però, si accetta questo archetipo, diventa imperativa la tempestività delle indagini: proprio su questo punto il nostro Paese è stato condannato: è famoso il caso *Talpis* (Corte e.d.u., 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*), ma non è l'unico. Meglio detto, che gli elementi raccolti nelle indagini preliminari siano lasciati al pubblico ministero e, una volta raccolti, da lui custoditi gelosamente fino alla *discovery* riduce la possibilità, per la difesa, di intervenire; ove, poi, il pubblico ministero ritardi nell'esplorazione, il rischio è la definitiva perdita di queste risultanze: ad uscirne pregiudicata è la stessa funzione esplorativa delle indagini.

Quindi, è corretto parlare di un dovere di prova del pubblico ministero, così come di un dovere investigativo; la difesa può operare un controllo sull'adempimento di questi doveri, ma è una verifica necessariamente subordinata alla conoscenza del materiale acquisito durante le indagini. Essa, infatti, resta all'oscuro di quanto raccolto dagli inquirenti fino alla fine della fase preliminare, e questo è un dato su cui converrà riflettere, proprio data la connotazione doverosa della situazione del pubblico ministero e vista l'assenza di strumenti di censura per il cattivo adempimento di questi obblighi.

Passando al processo, poi, che non si possa parlare di onere della prova è attestato dal conferimento, al giudice dibattimentale, di poteri istruttori officiosi. L'art. 507 c.p.p. legittima l'interventismo giudiziale, ammissibile — dice sempre la Consulta, nella sentenza n. 111 del 1993 — per realizzare l'obiettivo del

processo, che resta sempre quello di raggiungere la verità. Quindi, l'art. 507 c.p.p. deriva dalla stessa logica da cui promana l'obbligo, per il pubblico ministero, di esercitare l'azione penale: il fine superiore del giudizio è tale che, quando l'accusa non riesca a provare i fatti a carico dell'imputato, il giudice può intervenire ed intromettersi nel contraddittorio. Tanto sconfessa la tesi della disponibilità dell'oggetto del procedere e, di lì, la possibilità di parlare di un onere della prova, almeno nel senso noto ai cultori del processo civile.

La Prof.ssa Valentini ha colto, così, l'endemica disparità tra accusa e difesa e ha concluso con l'auspicio, *de iure condendo*, di una riforma della fase preliminare, da rimeditare *funditus*, proprio con lo scopo di assicurare la parità tra gli inquirenti e la difesa.

Il **Cons. Raffaello Magi** ha svolto una relazione su *L'onere della prova e le "invincibili" presunzioni del mondo penitenziario* che si è aperta con una serie di rilievi sull'asistematicità del vigente assetto processuale, sulla compatibilità dei poteri istruttori del giudice rispetto alle dinamiche probatorie di parte — la corte li esercita, inconsapevole del risultato probatorio che ne deriverà, ma con lo scopo di completare un'esposizione insufficiente — e sull'insondabilità del foro intimo dell'imputato ai fini della prova del dolo, con il risultato che tale elemento non è provabile in via diretta.

Il Cons. Magi si è, poi, concentrato sulla fase esecutiva e, più nello specifico, sul tema delle presunzioni nel diritto penitenziario. L'attenzione è andata all'art. 4-*bis* ord. penit., norma che ha subito plurimi rimaneggiamenti, che hanno inciso sull'equazione tra il tipo di reato in condanna e la pericolosità del soggetto. L'attuale assetto, che tiene conto anche dei moniti delle Corti sovranazionali, obbliga il condannato che voglia beneficiare dei permessi premio, del lavoro all'esterno e delle misure alternative a dimostrare il proprio cambiamento, funzionale alla risocializzazione: il legislatore ha creato una sorta di decalogo di elementi da dimostrare allo scopo.

Analogamente a quel che s'è visto per il dolo, però, la prova

del cambiamento interiore del condannato non può essere fornita direttamente: egli può svelare al mondo la propria volontà di riscatto, ma, da un lato, è limitato nelle sue azioni a causa dello stato detentivo e, dall'altro, dimostrare l'assenza di collegamenti con il contesto criminale di provenienza od altri temi che il legislatore impone è arduo, trattandosi della prova di un fatto negativo. Si dubita, quindi, che lo schema attuale sia in grado di superare la presunzione di pericolosità che, invece, i ritocchi all'art. 4-*bis* ord. penit. intendevano cancellare. Di fatto, si giunge a ritenere non meritevole di benefici — e, quindi, pericoloso — quel detenuto, condannato per reati ostativi, che non sia riuscito ad allinearsi alle richieste del legislatore, senza ulteriori valutazioni individualizzate, donde l'accesso ad una logica che dovrebbe restare al di fuori del diritto penitenziario e degli interventi statuali volti ad assecondare la finalità rieducativa della pena.

Il Cons. Magi ha concluso, ricordando che il d.lgs. n. 150/2022 ha avviato un cambiamento di mentalità sulle questioni della pena. Mediante l'inserimento di percorsi sanzionatori alternativi alla detenzione, l'obiettivo pare essere quello di abbandonare la visione carcerocentrica della pena: ciò è possibile, ovviamente, in presenza di una valutazione puntuale della pericolosità del condannato, il che, in ottica di sistema, rende ancora più eccentrico l'art. 4-*bis* ord. penit. e il suo “decalogo” di condotte prestabilite dal legislatore, oggetto di quella che appare una vera *probatio diabolica*.

La sessione si è conclusa con alcune riflessioni finali del **Prof. Adolfo Scalfati**.

La prima si è appuntata sull'universalità dell'art. 27, comma 2, Cost., da intendersi come norma generale che informa di sé l'intero sistema penale. Ogni volta in cui ci si muove sul terreno delle libertà individuali, qualcuno — il pubblico ministero — deve dimostrare che sussistono le condizioni per limitarle. Se si circoscrivesse l'art. 27, comma 2, Cost. alla sola fase del giudizio — cioè ai soli frangenti ove si discute dell'imputazione — questo non varrebbe nel segmento cautelare o *in executivis*, con la con-

seguenza che il pubblico ministero potrebbe ridurre le libertà del soggetto, senza preoccuparsi di acquisire e di allegare elementi a sostegno di tali limitazioni.

Questa conseguenza, inaccettabile, induce a ritenere sempre valida la distribuzione dei compiti probatori tra il pubblico ministero e la parte privata, sia che si tratti di imputazione, sia che si verta in ambiti diversi, pur connessi all'esercizio delle libertà dell'interessato. L'art. 27, comma 2, Cost. va, allora, inteso come canone universale di riparto dei doveri probatori.

Da qui muovono altre considerazioni: per le misure di prevenzione, ad esempio, non si può non cogliere che si tratti di strumenti capaci di incidere sulla sfera individuale del prevenuto; non si può, quindi, affermare che non ci si trovi nell'area dell'accertamento penale; ne deriva che non è accettabile, sul piano costituzionale, imporre un onere della prova ed addossare al singolo il dovere di dimostrare, ad esempio, la lecita provenienza di un bene o, più in generale, la non pericolosità della sua condotta. Per gli enti il discorso è analogo: l'idea che sia l'ente a dimostrare la mancanza di sue responsabilità per il reato degli apicali è fuori dai canoni costituzionali.

Questi approdi non vengono sconfessati nemmeno ricorrendo ad affermazioni del tipo che la misura di prevenzione non è una pena o che, per gli enti, la presunzione di non colpevolezza è riconosciuta all'imputato – *id est*, alla persona fisica – per cui, nel complesso, la vicenda soddisfa il comando costituzionale. Sono, invece, situazioni che incidono sulla libertà — del prevenuto o dell'ente — e che meritano di essere esaminate alla luce del canone generale che deriva dall'art. 27, comma 2, Cost.

Un discorso analogo a quello svolto per la fase esecutiva dal Cons. Magi, poi, può essere condotto per le presunzioni cautelari, previste per alcune tipologie criminose e, poco a poco, erose dalla giurisprudenza costituzionale, ma ancora oggi operanti nei procedimenti di criminalità organizzata.

Il tema è quello del rapporto tra le esigenze di politica criminale e i diritti. Ciò porta a chiedersi se, oggi, sia ancora accetta-

bile, pur per reati di evidente gravità, adottare meccanismi presuntivi per limitare la libertà degli imputati o se, invece, occorra stagiare la presunzione di non colpevolezza a punto di riferimento inossidabile dinanzi a qualsiasi pretesa del pubblico ministero il cui accoglimento diminuisca i diritti dei singoli.

Il Prof. Scalfati è, poi, tornato sulla prova del dolo. Provare il dolo significa provare i fatti che lo integrano: sotto questo profilo, anche nei capi di imputazione dovrebbero essere specificati gli accadimenti che, meritevoli di prova, attestano la volontà e la rappresentazione del fatto criminoso nell'imputato; non bastano formule di stile, ripetitive delle norme, del tipo "... ha intenzionalmente cagionato la morte di ..." o "... ha intenzionalmente provocato il vantaggio ...".

Prova, quindi, come rappresentazione di un fatto, al di là di presunzioni o di massime di esperienza: queste ultime non sono la prova, né l'oggetto della medesima; al più, sono un viatico per arrivare alla dimostrazione che, però, verte sempre su un fatto. Questa è l'unica lettura del sistema che onora i referenti costituzionali: artt. 27, comma 2, 111, comma 2 e 112 Cost.

Da qui, il Prof. Scalfati ha concluso, richiamando l'imparzialità del giudice. Chi decide deve restare estraneo alla prova, non la può ricercare, né può attivarsi in funzione suppletiva del pubblico ministero.

Il dovere di prova, dato l'art. 112 Cost., grava solo sul pubblico ministero e questo rilievo, inconfutabile, esige l'imparzialità del giudice ed impedisce di parlare di onere della prova sull'imputato, almeno per quel che riguarda quanto in imputazione. Vero, la legge prevede alcuni casi in cui sia la parte privata a doversi attivare: si pensi alla restituzione nel termine o al legittimo impedimento, tuttavia, in nessuna di queste ipotesi si sta discutendo dei fatti in addebito, la cui dimostrazione è sempre e solo in capo al pubblico ministero. La conclusione non è smentita nemmeno se si pensa alle esimenti: di fronte alla prospettazione accusatoria, l'imputato che la metta in dubbio ha un onere di allegazione di fatti di segno opposto a quelli portati dal pubblico ministero; ciò,

però, non diminuisce il suo dovere, che resta quello di portare in processo la prova dei fatti che consentono di superare la presunzione di non colpevolezza e, di lì, di dichiarare la responsabilità dell'imputato.

Un ultimo invito ad evitare di parlare di onere della prova nel processo penale ha chiuso le riflessioni del Prof. Scalfati.

## **5. L'onere della prova nel processo amministrativo e contabile (A. Ciafardoni).**

La seconda giornata convegnistica (venerdì 6 dicembre 2024), si è aperta con la prima sessione, divisa tra processo amministrativo e processo contabile. La prima parte della sessione, dedicata al processo amministrativo, è stata introdotta dalla Prof.ssa Vera Fanti, Ordinaria di Diritto amministrativo nell'Università G. d'Annunzio di Chieti-Pescara.

La **Prof.ssa Vera Fanti**, dopo aver portato i saluti dell'Ateneo e ringraziato gli illustri relatori per la loro partecipazione, ha ricordato come nell'ambito del processo amministrativo la disciplina dell'onere della prova sia legata alla conformazione della tipologia del giudizio, fondato sul principio dispositivo con metodo acquisitivo. In questo modo, al giudice risulta consentito distribuire razionalmente l'onere della prova tra le parti, al fine di superare l'asimmetria tra la posizione dell'amministrazione e quella del privato. La Prof.ssa Fanti ha concluso l'intervento introduttivo ponendo ai relatori due interrogativi, ovvero se il principio dispositivo con metodo acquisitivo si possa delineare diversamente a seconda delle diverse azioni dedotte in giudizio e se sia possibile ravvisare un allineamento sempre più evidente tra la giurisdizione di merito e quella generale di legittimità, in ragione di un sempre più ampio accesso al fatto da parte del giudice amministrativo già in sede di legittimità.

Dopo tale introduzione, ha assunto la presidenza il Prof. Franco Gaetano Scoca, Emerito di Diritto amministrativo nell'Università La Sapienza di Roma, al quale sono state affidate anche le conclusioni della sessione. Sono intervenuti il Prof. Enri-

co Follieri, Emerito di Diritto Amministrativo nell'Università di Foggia, il Cons. Massimiliano Balloriani, Magistrato del T.A.R. Pescara, il Prof. Gennaro Terracciano, Ordinario di Diritto amministrativo nell'Università Foro Italico di Roma, e la Prof.ssa Piera Maria Vipiana, Ordinaria di Diritto amministrativo nell'Università di Genova.

Nella prima relazione, dal titolo *La distribuzione dell'onere della prova tra le parti del processo amministrativo e la rilevanza dell'intervento del giudice*, il **Prof. Enrico Follieri** ha evidenziato come non sia possibile parlare, all'interno del processo amministrativo, di una sola regola di distribuzione dell'onere della prova. L'intervento si è soffermato, quindi, sulle differenze tra la richiesta di annullamento (divisa, a sua volta, in due sottotipi) e quella risarcitoria.

La prima ipotesi richiamata dal Prof. Follieri si riferisce al caso in cui il ricorrente e l'eventuale controinteressato non contestino l'accertamento storico dei fatti. In questa eventualità, il ricorrente introduce i fatti, senza contestare l'accertamento operato dall'apparato pubblico, e l'onere di provarli grava in capo all'amministrazione. Invece, l'intervento del giudice che dispone l'acquisizione è volto unicamente a supplire l'eventuale violazione dell'onere di deposito da parte dell'amministrazione resistente. Il metodo acquisitivo evita, quindi, che le allegazioni del ricorrente possano essere poste a base della decisione, senza il conforto con le prove precostituite.

Il Prof. Follieri ha riportato, poi, il caso del ricorrente (o del controinteressato che agisca in via incidentale) che contesti l'accertamento, la ricostruzione o il giudizio tecnico. In questa ipotesi, è possibile, a suo avviso, l'esperimento di tutti i mezzi di prova ammessi nel processo civile (ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento), al fine di rendere le risultanze processuali più aderenti possibili alla realtà. Infatti, il giudice, attraverso i poteri che gli sono attribuiti dal codice di rito, può riscontrare d'ufficio la conformità alla realtà e l'attendibilità delle soluzioni tecniche, acquisendo le prove necessarie poste a fondamento del-

la domanda. Il Relatore ha ricordato come le parti possano sicuramente proporre i mezzi di prova necessari a confermare le allegazioni presentate e, in tal caso, il giudice dovrà prendere posizione su queste richieste; tuttavia, nel caso in cui ciò non fosse fatto, il giudice potrà provvedere d'ufficio, disponendo l'assunzione delle prove ritenute necessarie, in presenza di un "principio di prova".

Infine, il Prof. Follieri ha fatto riferimento all'ipotesi di azione di condanna al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi: in questo caso, a suo avviso, muta il riparto dell'onere della prova, così come il potere istruttorio del giudice. Egli ha sostenuto che, in tale eventualità, domini il principio dispositivo e ciascuna parte abbia l'onere di provare i fatti che allega. Nell'azione risarcitoria non vi sono, infatti, prove precostituite dall'amministrazione, tranne relativamente all'illegittimità degli atti amministrativi (qualora il fatto illecito si risolva solo nell'illegittimità di questi). Per tale motivo, sia le parti che il giudice non possono avvalersi dell'istruttoria svolta dall'amministrazione nel corso del procedimento. Il Prof. Follieri ha precisato che il principio acquisitivo si riscontra su di un unico aspetto dell'azione risarcitoria: quello relativo alla possibilità da parte del giudice, in mancanza di opposizione delle parti, di stabilire i criteri in base ai quali il debitore debba proporre, a favore del creditore, il pagamento di una somma entro un congruo termine (art. 34 c.p.a.).

Il Prof. Follieri ha concluso la relazione ravvisando, tra tutte le ipotesi presentate, un possibile criterio unificante rappresentato dall'art. 64, comma 1, c.p.a., che prevede il principio di vicinanza e di disponibilità della prova.

Il **Prof. Franco Gaetano Scoca**, nel condividere la ricostruzione presentata dal Prof. Follieri, ha osservato come l'onere della prova a carico dell'amministrazione nel caso di azione di annullamento sia giustificato dal fatto che chi provoca il mutamento giuridico oggetto del processo è proprio l'apparato pubblico; per cui è nella logica del processo impugnatorio che l'onere della prova sia a carico del convenuto. Il Prof. Scoca, infine, ha posto in evidenza la necessità di indagare se vi sia un dovere da parte del giudice di

intervenire nel caso in cui la prova dei fatti non sia raggiunta.

Successivamente è intervenuto il **Cons. Massimiliano Balloriani**, con una relazione su *La prova nel processo amministrativo*. Il Magistrato del T.A.R. Pescara ha affrontato il tema della prova nel processo amministrativo alla luce della funzione del giudicato. Secondo il Consigliere la disciplina della prova disvela la specialità del giudice amministrativo: a tale autorità giudiziaria non è demandato il mero ruolo di risolvere controversie (come avviene in sede civile), ma quello di accertare quanto più possibile la verità processuale. Infatti, ha affermato il Cons. Balloriani, poiché sullo sfondo del processo amministrativo vi è il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione del giudicato amministrativo è anche quella di conformare la futura attività dell'amministrazione. Da qui l'idea, sostenuta dal Cons. Balloriani, della duplice funzione del giudicato amministrativo: conformativa e di risoluzione della lite. In particolare, in ragione della funzione del giudicato quale elemento chiamato a indirizzare l'azione pubblica, il giudice amministrativo è tenuto a verificare, sul piano probatorio e ricorrendo a poteri ufficiosi, che la soluzione data per la causa corrisponda il più possibile alla verità fattuale. Per questa sua funzione conformativa — che travalica l'interesse delle parti — il contenuto del giudicato sostanziale amministrativo non può essere nella disponibilità delle parti. Secondo il Cons. Balloriani nemmeno le previsioni sull'onere della prova e il principio di non contestazione sono in contrasto con il ruolo dominante (e non di mero arbitrio) del giudice che cerca la prova secondo il criterio di razionalità e non secondo quello retorico di persuasione. Egli ha concluso sostenendo che, a livello processuale, le parti possono disporre delle loro posizioni, ma non possono mai disporre il contenuto del giudicato sostanziale e della funzione di accertamento del giudice.

Secondo il **Prof. Scoca** la relazione del Cons. Balloriani ha messo in risalto un processo amministrativo che non sia basato solo sugli articoli 24 e 111 della Costituzione, ma anche sugli articoli 97 e 100, delineando una giustizia nell'amministrazione,

oltre che tra amministrazione e privato.

L'incontro è proseguito con l'intervento del **Prof. Gennaro Terracciano**, dal titolo *La prova indiziaria e il libero convincimento del giudice nel processo innanzi al giudice amministrativo*. Il Relatore, dopo aver sottolineato l'esistenza di una tipizzazione e di una gerarchia delle prove, ha ricordato il significativo ricorso alla prova indiretta da parte del giudice amministrativo. Tale previsione è coerente, a suo avviso, con l'idea per cui, nel processo amministrativo, non esista il *non liquet* e il giudice sia sempre chiamato a decidere sulla legittimità dell'atto.

Il Prof. Terracciano si è soffermato, poi, sul ruolo della prova indiziaria che, pur rientrando tra le prove indirette, si caratterizza per far discendere da un fatto certo un fatto basato su elementi probabilistici. Il Relatore ha osservato come il giudice amministrativo ne faccia ampio utilizzo per accertare il vizio di eccesso di potere: la giurisprudenza ha tipizzato le figure sintomatiche che, di fatto, sono indizi che portano a ritenere, attraverso un ragionamento abduttivo, l'esistenza del vizio.

Inoltre, il Prof. Terracciano ha precisato che, per la natura non certa della prova indiziaria, la giurisprudenza richiede che gli indizi siano gravi, precisi e concordanti. Tuttavia, egli ha puntualizzato come la qualità dell'indizio possa riferirsi solo alla gravità e alla precisione, mentre la concordanza non riguarda l'indizio in sé, ma l'insieme di più indizi. Pertanto, poiché nel processo amministrativo il giudice è chiamato necessariamente a decidere in merito alla legittimità degli atti, vi è la necessità di dare rilevanza anche al c.d. indizio isolato. In particolare, in assenza di fatti che possano minare il rapporto tra accertamento del fatto e conseguenza, anche un singolo indizio può incidere sul libero convincimento del giudice.

In conclusione, secondo il Prof. Terracciano, per assurgere a prova l'indizio deve essere grave e preciso (oltre che concordante, qualora ne sia presente più d'uno), ma soprattutto il ragionamento differenziale richiede la credibilità razionale del processo generativo della conoscenza, la coerenza logica e narrativa dei fatti, nonché il ricorso a massime esperienziali che solo il giudice

può fornire.

Il **Prof. Scoca**, a conclusione di tale intervento, ha osservato che anche dalla relazione del Prof. Terracciano è risultato come la regola del giudizio non sia l'onere della prova, ma il libero convincimento del giudice.

La prima parte della prima sessione, relativa all'onere della prova nel processo amministrativo, si è conclusa con la relazione della **Prof.ssa Piera Maria Vipiana** su *La parità delle parti nell'istruttoria del processo amministrativo*. L'intervento si è aperto con l'affermazione che la parità delle parti nel processo amministrativo, in ordine all'istruzione probatoria, non esiste, almeno effettivamente. Infatti, sebbene la parità delle parti sia costituzionalizzata, non c'è un apparato normativo a livello processuale che ne garantisca l'effettività. La Prof.ssa Vipiana ha tratteggiato brevemente tale principio con riguardo ad aspetti particolari (ad esempio, per delineare i confini della rilevanza dell'errore scusabile e nello stabilire la decorrenza dei termini per la proposizione del ricorso dei motivi aggiunti). Ha, poi, osservato come la disciplina dell'accesso, anche alla luce della modifica del 2016, non abbia contribuito a superare la disparità delle parti sul piano della disponibilità degli elementi probatori, perché l'istanza di accesso non ha effetti interruttivi sul decorso dei termini per proporre ricorso. La Relatrice ha osservato come, almeno per il settore dei contratti pubblici, le cose sembrano cambiate, poiché la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, introdotta con il d.lgs. n. 36 del 2023, permette un accesso totale alla documentazione.

Successivamente la relazione si è soffermata sulla parità delle parti con riferimento all'istruttoria processuale, affrontata in relazione a quattro aspetti: in rapporto all'onere della prova; in ordine all'accesso ai fatti; con riferimento alla scansione dei tempi processuali; infine, con riguardo ad alcuni mezzi di prova. Circa il primo profilo, la Prof.ssa Vipiana ha osservato come la *ratio* del modello dispositivo con metodo acquisitivo sia quella di ricostruire nel processo un equilibrio tra la posizione delle parti e come, nello stesso senso, si muova anche il principio della vicinanza

della prova, che ha la finalità di onerare l'amministrazione (soggetto, appunto, più vicino alla prova), riducendo la disparità con il privato. Invece, con riguardo all'accesso ai fatti ha sottolineato come ci sia, almeno per taluni aspetti, una scarsa conoscenza di questi da parte del ricorrente. Invece, relativamente alla parità delle armi rispetto alla scansione dei tempi ha osservato come, sebbene siano stati fatti passi avanti, il termine di costituzione in giudizio dell'amministrazione non sia ritenuto perentorio. Infine, in relazione ai singoli mezzi di prova, la Relatrice ha affrontato diversi aspetti: in merito alla verifica viene rilevato lo scarso peso della parità delle parti con riferimento al contraddittorio e circa la consulenza tecnica d'ufficio se ne auspica un maggiore ricorso da parte del giudice.

La Prof.ssa Vipiana ha concluso la relazione richiamando il Prof. Feliciano Benvenuti che, nell'ambito di un diritto amministrativo paritario, aveva teorizzato e prefigurato una giustizia amministrativa paritaria, concludendo che un'effettiva parità delle parti non è stata ancora raggiunta.

Il **Prof. Scoca** ha terminato la prima parte della sessione osservando che, diversamente dal diritto sostanziale, ove il rapporto tra parte pubblica e privata è verticale, nel diritto processuale tale rapporto dovrebbe essere orizzontale, mentre, in realtà, risulta obliquo.

\*\*\*

I lavori della seconda parte della prima sessione, relativa all'onere della prova nel processo contabile, si sono aperti con l'introduzione della **Prof.ssa Melania D'Angelosante**, Associata di Diritto amministrativo nell'Università G. d'Annunzio di Chieti-Pescara. La Prof.ssa D'Angelosante, dopo aver sottolineato l'esistenza di una relazione tra i vari processi, ha osservato come nel giudizio contabile un ruolo fondamentale sia svolto dalla figura del Pubblico Ministero. Dopo aver richiamato gli articoli 94 e 55 del codice di giustizia contabile, l'introduzione si è conclusa sollecitando una riflessione sui seguenti due aspetti problematici: la terzietà e l'imparzialità di un giudice che interviene nel processo introducendo prove; la reale consistenza del ruolo del Pubblico

Ministero come 'parte'.

La seconda parte della sessione, dedicata al processo contabile, è stata presieduta sempre dal Prof. Franco Gaetano Scoca, Emerito di Diritto amministrativo nell'Università La Sapienza di Roma. Sono intervenuti la Prof.ssa Chiara Cacciavillani, Ordinaria di Diritto amministrativo nell'Università di Padova, il Prof. Carlo Emanuele Gallo, Emerito di Diritto amministrativo nell'Università di Torino, la Ref. Donatella Palumbo, Magistrato della Corte dei Conti, e il Prof. Antonio Barone, Ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Catania.

La **Prof.ssa Chiara Cacciavillani** ha svolto una relazione su *Le parti nel processo contabile*. Nell'introdurre l'intervento la Relatrice ha anticipato le conclusioni, affermando che, in relazione alla responsabilità erariale, non si è ancora raggiunta una maturazione della figura delle parti analoga a quella esistente nel processo civile e amministrativo. È stata, così, sottolineata l'obsolescenza funzionale e strutturale della disciplina della responsabilità erariale e del relativo processo, alla luce del mutamento del concetto, della figura e dell'operare dell'amministrazione.

Dopo aver ricostruito storicamente il concetto di parte dal pensiero della pandettistica fino all'idea di *giusta parte* espressa da Proto Pisani, la Prof.ssa Cacciavillani ha osservato come, nell'attuale processo contabile per responsabilità amministrativa, spetti solo al Procuratore il diritto di azione (sebbene tale figura non sia riconosciuta dal codice di giustizia contabile come una parte). La Relatrice ha messo in luce come tale impostazione renda il processo contabile non costruito come processo di parti, anche perché al giudice è inibita la possibilità di integrare il contraddittorio, giustificando tale soluzione in ragione della natura parziale della responsabilità.

Dai profili strutturalmente deficitari della disciplina delle parti nel processo contabile derivano una serie di conseguenze riportate in via esemplificativa dalla Prof.ssa Cacciavillani: trattasi del caso di un docente universitario a tempo pieno, convenuto per aver esercitato attività libero professionale non consentita dal suo

regime, sebbene egli abbia operato in forza di una serie di autorizzazioni rilasciate dal Rettore. La Corte dei Conti ha considerato tali autorizzazioni illegittime e, pertanto, le ha disapplicate. La Prof.ssa Cacciavillani ha rilevato come, in questo caso, si abbia un giudicato di condanna per danno erariale cagionato all'Università, senza che a questa sia stata data la possibilità difendersi in giudizio. La Relatrice si è, quindi, interrogata criticamente sulla possibilità di considerare applicabile l'effetto conformativo a soggetti che non sono stati parti nel giudizio. Nel concludere l'intervento è stata sottolineata l'obsolescenza della disciplina processuale della responsabilità, affermando che un tale modello non dovrebbe essere ammissibile in uno Stato di diritto in cui il diritto di difesa è presidiato a livello costituzionale.

Il **Prof. Scoca**, a conclusione di tale relazione, ha sottolineato come sia significativo il fatto che il Procuratore scelga le sue controparti. Ha osservato, inoltre, come non dovrebbero esserci due processi, uno in sede civile, in cui la parte danneggiata è l'amministrazione e, l'altro, in sede contabile in cui il P.M. prende il posto dell'amministrazione danneggiata, accertando il medesimo illecito. Il Prof. Scoca ha concluso affermando che non si possa sostenere che si tratti di due responsabilità diverse, in ragione del concetto europeo del *ne bis in idem*, secondo cui l'*idem factum* corrisponde al fatto in senso fenomenologico, non alla sua qualificazione giuridica. A partire da ciò egli ha auspicato la necessità che la responsabilità sia conosciuta da un unico giudice.

Successivamente è intervenuto il **Prof. Carlo Emanuele Gallo** con una relazione dal titolo *Il metodo istruttorio nel processo contabile*. Egli ha ricordato che, in passato, il sistema istruttorio era di tipo inquisitorio con potere sindacatorio. Con la Legge Madia è stata attribuita al Governo la delega per adottare una nuova disciplina del processo contabile, consentendo anche scelte innovative ispirate ai principi del codice di procedura civile. La relazione al codice recepisce pienamente questa impostazione, prevedendo il superamento del metodo inquisitorio e la potestà sindacatoria. Il Prof. Gallo ha osservato come la disciplina del codice abbia co-

munque attribuito ampi poteri istruttori al P.M. e al collegio, richiamando l'idea di un processo di tipo inquisitorio. Per questo, il Relatore si è interrogato sulle modalità attraverso cui conciliare i richiami operati alla disciplina del processo civile dalla legge delega e dal codice di giustizia contabile, con l'impostazione inquisitoria accolta, di fatto, da quest'ultimo. Ha ricordato come, in merito, sia stata prospettata la possibilità di ricorrere al metodo acquisitivo proprio del processo amministrativo, alla cui base vi è una scelta del costituente posta a presidio della posizione soggettiva del cittadino. La medesima esigenza, ha osservato però il Prof. Gallo, non si rinviene nel processo contabile, ove non sarebbe ammissibile un intervento del giudice per supplire alla negligenza del P.M. o della parte. In particolare, il Relatore ha sottolineato come non solo in giudizio siano presenti posizioni di diritto soggettivo, equiparate e tutelabili direttamente dai loro titolari, ma che il privato è, di fatto, un ex dipendente, dirigente o amministratore pubblico; per tale motivo egli è (o dovrebbe essere) in grado di individuare gli elementi di fatto a sostegno della propria tesi.

La soluzione prospettata dal Prof. Gallo è, invece, quella di ricorrere al sistema dispositivo tipico del processo civile. Viene osservato come nel processo civile il giudice goda, in linea di massima, degli stessi poteri che sono attribuiti al collegio nel giudizio contabile. In particolare, il giudice può intervenire nel caso in cui le parti abbiano assolto all'onere della prova, ma comunque si rendano necessari ulteriori approfondimenti.

Il Relatore ha precisato, comunque, come tale soluzione non sia applicabile al processo pensionistico, non solo per la sussistenza di regole diverse, ma soprattutto per la presenza di una parte istituzionalmente più debole che, alla luce dei valori costituzionali, necessita di adeguata tutela.

A conclusione della sua relazione il Prof. Gallo ha ricordato come la funzione della magistratura contabile non sia quella di ripristinare il bilancio della pubblica amministrazione, ma (fermo restando che si tratti di un giudizio su di un'azione di responsabilità) di indicare all'amministrazione il corretto comportamento

da adottare.

Il **Prof. Scoca**, a conclusione della predetta relazione, ha affermato di condividere in pieno le osservazioni del Prof. Gallo. A suo avviso la Corte dei Conti deve, infatti, assicurare il buon andamento dell'amministrazione e non perseguire un intento meramente lucrativo.

Segue l'intervento della **Ref. Donatella Palumbo** che ha svolto una relazione dal titolo *Regole probatorie per l'accertamento della responsabilità erariale nel raccordo tra funzioni di controllo e giurisdizionali*. La Ref. Palumbo ha ricordato che la centralità del tema è imposta da due ordini di ragioni: la prima è l'impatto della *governance* europea sulle politiche di bilancio degli Stati membri, poiché la magistratura della Corte dei Conti è garante del rispetto dei principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico. La Relatrice ha osservato come tali principi trovino protezione con la responsabilità amministrativa di tipo sanzionatorio. La seconda ragione è legata al codice di giustizia contabile che ha previsto la centralità della magistratura del controllo. In ordine a tale profilo viene richiamato l'art. 52, co. 4, del codice di giustizia contabile che prevede, per i magistrati che svolgono ruoli di controllo, l'onere di segnalazione dei fatti da cui possano derivare responsabilità erariali, con obbligo di allegazione delle relative prove. La relazione è passata, poi, all'analisi del ruolo dell'attività consultiva all'interno del processo contabile. Sul punto la Ref. Palumbo ha richiamato dapprima l'art. 69, co. 2, del codice di giustizia contabile, il quale prevede che il P.M. disponga l'archiviazione per assenza di colpa grave ove valuti che l'attività amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei Conti in via consultiva in sede di controllo in favore degli enti locali. Successivamente viene riportato l'art. 95, co. 4, del codice di giustizia contabile, il quale statuisce che il giudice, ai fini della valutazione della sussistenza dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità per la responsabilità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei Conti in via consultiva. Ultimo profilo trattato attiene al controllo preven-

tivo di legittimità: in questo caso, è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo.

L'intervento si conclude con il richiamo alla decisione della Corte dei Conti n. 132 del 2024, ove si delinea il perimetro di un'eventuale riforma della responsabilità amministrativa. La Ref. Palumbo ha segnalato come la stessa presenti taluni profili di criticità relativi alla disciplina della prova. In ogni caso, viene messa in luce la crescente tendenza verso un rafforzamento delle funzioni di controllo della Corte dei Conti, da cui scaturisce la centralità del tema dell'accertamento delle prove per la responsabilità erariale nel raccordo tra funzioni di controllo e funzioni giurisdizionali.

A conclusione dell'intervento il **Prof. Scoca** si è soffermato sulla natura della responsabilità amministrativa: egli si è mostrato tendenzialmente favorevole a considerarla sanzionatoria, sottolineando, però, come *de iure condito* ci siano delle difficoltà ad accogliere tale impostazione, poiché il codice di giustizia contabile individua i casi di responsabilità espressamente definiti sanzionatori. D'altro canto, ha osservato criticamente che, se si ammettesse la natura sanzionatoria, la condanna della Corte dei Conti si dovrebbe aggiungere all'eventuale condanna nel processo civile che ha diverso titolo.

La prima sessione della seconda giornata termina con la relazione del **Prof. Antonio Barone**, intitolata *Oltre ogni ragionevole dubbio: riflessioni sulla natura sanzionatoria della responsabilità contabile*. Egli ha richiamato una giurisprudenza consolidata della Corte dei Conti che ricostruisce, sulla base degli insegnamenti della Cassazione, il regime dell'accertamento probatorio contabile, ricorrendo alla regola del più probabile che non, anziché fare applicazione della regola di stampo penalistico dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Il Prof. Barone ha affermato, quindi, che la relazione intende individuare una connessione con

la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in applicazione dei criteri Engel. Infatti, se la condanna per danno erariale avesse, nell'ottica convenzionale, una valenza penale, la regola del più probabile che non sarebbe applicabile *sic et simpliciter*. Tuttavia, a suo avviso, il tentativo alla base della relazione si scontra con l'unica sentenza della Corte EDU in materia (caso Rigolio del 2014): in essa la Corte aveva stabilito che l'azione esercitata dal Procuratore contabile non avesse quale obiettivo la tutela di interessi generali e che lo scopo della condanna non fosse special preventivo, ma di riparazione pecuniaria.

Partendo da queste affermazioni il Prof. Barone ha svolto alcune riflessioni relative alla giurisprudenza nazionale sulla responsabilità amministrativo-contabile che, fatta eccezione per la Corte dei Conti, tende a ravvisarne la funzione (essenzialmente o prevalentemente) sanzionatoria. Per questo, a suo avviso, le conclusioni del caso Rigolio non sono condivisibili, non tenendo conto dello stato dell'arte della giurisprudenza nazionale sulla qualificazione della responsabilità amministrativo-contabile. La sentenza può, quindi, essere superata senza troppe difficoltà, anche in ragione dell'approccio tendenzialmente casistico adottato dalla Corte EDU.

La relazione si conclude riportando il passaggio della sentenza della Corte Costituzionale n. 132 del 2024 in cui viene richiamata la fatica dell'amministrare, tema ricondotto ai nuovi rischi che il pubblico funzionario deve affrontare. Secondo il Prof. Barone la fatica dell'amministrare potrebbe essere combattuta attraverso il corretto inquadramento giuridico della responsabilità amministrativo-contabile, il cui accertamento non può prescindere, a suo avviso, dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

A conclusione dell'ultima relazione, il **Prof. Scoca** ha sottolineato come l'elasticità dei criteri Engel lasci margini di operatività abbastanza ampi e, in tale ottica, egli ha auspicato che la Corte EDU possa cambiare orientamento rispetto alla posizione attuale. In chiusura della sessione, il Prof. Franco Gaetano Scoca ha osservato come la natura della responsabilità amministrativo-conta-

bile sia attualmente di tipo risarcitorio, ma ha sottolineato come essa dovrebbe essere di tipo sanzionatorio. L'auspicio è che in futuro si possa fare maggior chiarezza sul punto.

## **6. L'onere della prova nel processo tributario (P. Milioto).**

Nella seconda sessione — quella pomeridiana — della seconda giornata di convegno è stata affrontata la tematica dell'onere della prova nel processo tributario.

La sessione, presieduta dal Prof. Franco Gallo (a cui sono state affidate anche le conclusioni della sessione dedicata al processo tributario), Presidente emerito della Corte costituzionale, ha visto la partecipazione del Prof. Lorenzo Del Federico, Ordinario di Diritto tributario nell'Università G. d'Annunzio di Chieti-Pescara, del Prof. Loris Tosi, Ordinario di Diritto Tributario nell'Università Cà Foscari di Venezia, del Presidente Lanfranco Maria Tenaglia, Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, del Prof. Massimo Basilavecchia, Ordinario di Diritto tributario nell'Università di Teramo, del Prof. Alessandro Giovannini, Ordinario di Diritto tributario nell'Università di Siena, e del Prof. Andrea Carinci, Ordinario di Diritto tributario nell'Università di Bologna.

Per ciò che attiene la sessione tributaria, ogni singola relazione ha avuto, quale punto di partenza, il riferimento alla (ormai non più recentissima) Riforma dell'agosto del 2022 (l. 31 agosto 2022, n. 130), la quale ha introdotto — tra gli altri — il comma 5-*bis* all'interno dell'art. 7 del d.lgs. 546/1992 (cd. Decreto Processo), per la prima volta cristallizzando una regola di ripartizione dell'onere della prova nel processo tributario, prevedendo espressamente come *“l'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui*

*si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati".*

Il nuovo comma 5-bis sin dalla sua introduzione ha fatto molto discutere, dividendo la dottrina su opposte posizioni, in specie tra chi ha predicato la portata innovativa della norma in relazione all'art. 2697 c.c. e chi ne ha predicato, invece, la natura confermativa. Tale confronto ha caratterizzato anche il Convegno, il quale ha rappresentato un'ulteriore occasione di dialogo tra gli illustri Professori che hanno partecipato alla sessione tributaria e che hanno fornito interessanti spunti di riflessione, non solo sulla qualificazione della norma citata (in termini, appunto, di innovazione o continuità rispetto al passato), ma anche sulla sistematicità della stessa in relazione alle ulteriori riforme che hanno interessato il settore tributario — in specie quelle riguardanti la materia sanzionatoria e lo Statuto dei diritti del contribuente — e in connessione con gli ulteriori settori, diversi dal diritto tributario.

Il primo a prendere la parola è stato il **Prof. Franco Gallo** il quale ha sviluppato talune considerazioni sull'onere della prova nel processo tributario dopo la riforma della giustizia tributaria e dello Statuto dei diritti del contribuente. Il Professor Gallo si è posto tra coloro i quali attribuiscono una portata innovativa alla norma. È stato evidenziato, infatti, come il nuovo comma 5-bis, pur non modificando radicalmente le regole di ripartizione dell'onere della prova desumibili dall'art. 2697 c.c., esprima invero «*la positiva volontà del legislatore di innovare le regole con cui questo onere deve funzionare in concreto*», arricchendo il giudizio tributario di talune delle garanzie proprie del processo penale: come l'imputato deve essere assolto «*quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova*» (art. 530 c.p.p.), anche l'atto impositivo deve essere annullato «*quando la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o [...] è comunque insufficiente*» (richiamando, sul punto, A. Viotto, *Prime riflessioni sulla riforma dell'onere della prova nel giudizio tributario*, in *Rass. trib.*, n.

2/2023, p. 336; M. Golisano, *Riflessioni in ordine all'impatto del nuovo comma 5-bis, art. 7, d.lgs. n. 546/1992 in riferimento alle imposte indirette*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 15 giugno 2023, p. 4). È stato evidenziato come, in tal modo, alla regola civilistica della “*preponderance of evidence*” (che ha portato negli anni alla regola *in dubio pro fisco*) si stia sostituendo quella pensalistica della “*clear and convincing evidence*” (a favore di una opposta regola dell’*in dubio pro contribuente*), nel senso che la pretesa vantata dall’Amministrazione debba essere supportata da prove che ne dimostrino la fondatezza *al di là di ogni ragionevole dubbio*. In tale profilo, insomma, il Professor Gallo ha rinvenuto la portata innovativa della norma, cioè nell’avere, da un lato, imposto a chiare lettere all’Amministrazione di doversi dotare di un robusto supporto probatorio e, dall’altro lato, nell’aver *alleggerito e riequilibrato* la posizione processuale del contribuente, al quale troppo spesso si addebitavano condotte elusive o evasive sulla base di *un isolato corredo indiziario* privo delle caratteristiche di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c. Ciò, però, nella consapevolezza che la Corte di Cassazione sta continuando a manifestare un atteggiamento di chiusura rispetto alla portata innovativa della norma.

La parola è passata poi al **Prof. Lorenzo del Federico**, il quale, anche nella funzione di coordinatore della sessione, ha trattato il tema de *Il nuovo regime della prova nel processo e nei procedimenti tributari*. È stato messo a confronto il nuovo comma 5-bis dell’art. 7 del Decreto Processo con l’art. 2697 c.c., e ne sono state evidenziate talune differenze fondamentali. In specie è stato sottolineato, tra gli altri, come: (i) se l’art. 2697 c.c. «*risolve il mancato assolvimento dell’onere probatorio sul piano della fondatezza della pretesa, la regola processual-tributaria colloca la regola dell’onere sul piano dell’annullabilità dell’atto impositivo*»; (ii) mentre la regola civilistica «*sembra tale da ammettere la mitigazione della teoria della vicinanza / disponibilità della prova*», la specifica regola processual-tributaria, la esclude. L’elemento di maggiore novità del nuovo comma 5-bis dell’art. 7 cit., però, è stato individuato nella rafforzata prevalenza che la norma

— in uno con l'art. 7 dello Statuto dei diritti del contribuente sulla motivazione degli atti impositivi, così come riformato con il d.lgs. 30 dicembre 2023, n. 219 — ha attribuito all'*istruttoria primaria* in fase procedimentale, rispetto a quella *secondaria* propria della fase processuale. Tali norme e tali Riforme — richiamando l'espressione utilizzata dal Professore nella sua relazione — si sono collocate nel solco di un «*trend di fortissima attenzione all'istruttoria primaria [...] con cristallizzazione della prova fuori dal giudizio*», già rinvenibile dalla lettura degli artt. 52, d.P.R. n. 633/1972 (per l'accertamento IVA), e 32, d.P.R. n. 600/1973 (per l'accertamento dell'imposta dei redditi) — che impongono preclusioni probatorie nel processo al contribuente che non abbia prodotto i documenti chiestigli dall'Agenzia nel corso della fase procedimentale —, e ora consolidato non solo dalle norme più sopra citate, ma anche (e senza esigenza di completezza) dal riformato art. 15, comma 2, d.lgs. n. 546/1992, che prevede la compensazione delle spese per il contribuente che risulti vittorioso sulla base di documenti decisivi non prodotti nell'istruttoria primaria, ma solo nel corso del giudizio; dal divieto di nuove prove in appello (art. 58, del d.lgs. 546/1992); dalla sentenza sommaria (art. 47-ter, del d.lgs. 546/1992). *Trend* che, però, ha creato talune zone di ombra sulla tutela dei contribuenti all'interno del processo, posto che tali previsioni sono entrate in vigore immediatamente anche per i giudizi già pendenti alla data del 16 settembre 2022 — data di entrata in vigore della legge, trattandosi di norme di natura processuale —, con effetti dirompenti sugli equilibri in essere fino a quel momento (si pensi all'impossibilità sopravvenuta di depositare nuove prove in appello).

Il **Prof. Loris Tosi** ha svolto una relazione su *La nuova norma sull'onere della prova nel processo tributario*. Partendo dal comma 5-bis più volte richiamato, il Prof. Tosi ha fornito un'analisi articolata, attraverso la scomposizione della norma in due diverse parti. La prima conclusione cui è giunto nella sua relazione è che tale norma sia in parte innovativa e in parte no, rispetto al previgente assetto probatorio desumibile dagli artt. 115 e 116 c.p.c. e

2697 c.c. Non la è, ad esempio, «*nel primo periodo, nella prima parte del secondo periodo e nell'ultimo periodo*», potendosi continuare a ritenere che: (i) l'amministrazione debba provare in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato; (ii) il giudice debba fondare la decisione sugli elementi di prova che emergono dal giudizio; (iii) il giudice debba annullare l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria; (iv) il contribuente debba fornire le ragioni della richiesta di rimborso. Al contrario, il comma 5-bis pare avere una portata innovativa nella parte centrale nella quale si prescrive che l'atto impositivo debba essere annullato «*se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni*». Ciò in quanto — e per tale via concordando con quanto evidenziato precedentemente dal Professor Gallo sulla somiglianza di tale formulazione normativa con quella di cui agli artt. 530 e 533 c.p.p. e sulla volontà del legislatore tributario di introdurre nel processo tributario talune garanzie proprie del processo penale — è stato affermato come in tale parte «*il legislatore abbia effettivamente inteso innovare dal profondo il regime della prova nel processo tributario, modificandolo a favore del contribuente e prendendo a riferimento il modello processual-penalistico [...] adottando degli standard probatori molto simili a quelli tipici del giudizio penale. Standard rispetto ai quali appaiono incompatibili molte ricostruzioni presuntive, se non meramente indiziarie o possibilistiche, consacrate da una diffusa giurisprudenza tributaria (tra cui quelle non a caso denominate "presunzioni giurisprudenziali", per esempio in materia di tassazione delle società a ristretta base o di operazioni soggettivamente inesistenti o di somministrazione di manodopera), presunzioni che operano spesso in modo quasi automatico sulla base di una ricostruzione dei fatti solo "verosimile" o "non inverosimile"*». Nella parte conclusiva della propria relazione, è stato, però, posto l'accento su un ulteriore elemento

di innovazione in tema di regime probatorio nel processo tributario, da rinvenire non già nell'art. 7, co. 5-*bis* cit., quanto piuttosto nel nuovo art. 21-*bis* del d.lgs. n. 74/2000, introdotto da ultimo dal d.lgs. n. 87 del 2024, secondo cui la sentenza penale irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, assume nel processo tributario efficacia di giudicato, in ogni stato e grado, quanto ai fatti medesimi. Ciò con conseguenze dirompenti, posto che la sentenza penale irrevocabile irrompe nel processo tributario ancora pendente senza che però siano stati resi omogenei i rispettivi regimi probatori, in specie, in punto di utilizzo di presunzioni nel processo tributario, di diverso atteggiarsi della prova testimoniale, etc., ma soprattutto proprio per le regole vigenti in tema di riparto degli oneri probatori e in tema di criteri di valutazione delle prove più sopra descritti.

Sulla portata dell'art. 21-*bis* del d.lgs. n. 74/2000, si è interrogato anche il **Prof. Alessandro Giovannini**, svolgendo una relazione su *La presunzione di onestà del contribuente*. Il Prof. Giovannini ha voluto porre l'accento sul perché un uguale rilievo (cioè l'efficacia di giudicato in ogni stato e grado) non possano assumere le sentenze penali di condanna all'interno del processo tributario. Ha poi proseguito nella sua relazione, deputata a trattare della presunzione di onestà del contribuente, cercando di rintracciare nel dettato costituzionale un minimo comune denominatore applicabile al contribuente. Operando un parallelismo con l'art. 27 della Costituzione applicabile all'imputato-indagato, è stato affermato come in molte norme costituzionali vi sia una radice comune nel principio di personalità, alla luce del quale «*il contribuente non è solo un contribuente, ma prima di questo è un cittadino e una persona che si trova davanti a un potere che agisce nei suoi confronti e che naturalmente lo pone in una situazione di soggezione*». E dinnanzi a una simile situazione di soggezione, è stata evidenziata la necessità di predisporre uno *schermo protettivo*, una garanzia sia nella fase procedimentale, che in quella processuale.

La parola è poi passata al **Presidente Lanfranco Maria Te-**

**naglia** che è intervenuto sul tema de *L'onere della prova e l'evoluzione della Giustizia Tributaria*. È stato sottolineato lo stretto legame che sussiste tra il processo e l'ordinamento giudiziario, i quali si reggono insieme, potendo il processo funzionare solo se funziona la regola dell'autonomia e dell'indipendenza del giudice. Sono state, in tal senso evidenziate: le criticità connesse alla nuova magistratura tributaria introdotta con la riforma dell'agosto del 2022, troppo legata al Ministero di Economia e Finanze — a sua volta strettamente connesso all'apparato dell'amministrazione finanziaria —; la necessità di prediligere una formazione dei magistrati svolta da un organismo scientifico indipendente, supportato anche dalle strutture universitarie e dalla scuola superiore della pubblica amministrazione; le criticità sul concorso che andrà a selezionare i nuovi magistrati tributari e sulla probabile carenza di organico che si verificherà nei prossimi anni; sulle criticità della Cassazione tributaria. Insomma, è stata fornita una fotografia tutt'altro che rosea della futura e prossima magistratura tributaria.

Le relazioni dei **Prof.ri Massimo Basilavecchia** (*L'onere della prova nell'applicazione giurisprudenziale*), e **Andrea Carinci** (*L'onere della prova nelle diverse tipologie di controversie*) — che in questa sede verranno trattate congiuntamente per la vicinanza dei temi trattati —, hanno infine affrontato la tematica dell'onere della prova nell'applicazione giurisprudenziale in relazione alle diverse tipologie di controversie. Anche in questo caso, ne è emerso un quadro tutt'altro che uniforme, avendo la giurisprudenza nel tempo — e soprattutto negli anni precedenti alla Riforma — modulato l'onere della prova differentemente da controversia a controversia. In particolare — e senza esigenza di completezza — è stato rappresentato come: (i) in relazione alle controversie aventi ad oggetto l'occultamento dei redditi, l'onere della prova era sempre stato addossato in capo all'amministrazione finanziaria, la quale era tenuta a provare l'esistenza dei redditi asseritamente occultati; (ii) in relazione alle controversie su costi e detrazioni non spettanti, invece, all'Amministrazione era ri-

chiesto unicamente di fornire un quadro indiziario utile a rendere essenzialmente verosimile la pretesa, salvo addossare in capo al contribuente l'onere di provare l'esistenza, l'inerenza e la corretta imputazione del costo o della detrazione. Orbene, fornito questo eterogeneo quadro giurisprudenziale, ci si è chiesti se e cosa sia cambiato alla luce del comma 5-*bis*, dell'art. 7 più volte richiamato. Con riferimento ai costi, ad esempio, è stato evidenziato che, in caso di contestazione dell'esistenza di un costo, alla stregua della nuova normativa spetterebbe all'Agenzia provare detta inesistenza. Nel caso, invece, di contestazione di un maggior reddito, nell'ipotesi in cui il contribuente volesse il riconoscimento di taluni costi, allora l'onere della prova dovrebbe ricadere su quest'ultimo. Ma al di là dei possibili connotati applicativi che il comma 5-*bis* potrebbe assumere in relazione alle singole fattispecie concrete, è stata manifestata una diffidenza di fondo rispetto ad un effettivo cambiamento degli orientamenti giurisprudenziali alla luce della mutata normativa sull'onere della prova, in ragione della diffidenza nutrita verso la giurisprudenza. Come affermato dal Professor Carinci, al termine della sua relazione, infatti, il timore è che *«nella giurisprudenza alla fine non cambi nulla: invocando regole peculiari, come la vicinanza della prova, verosimilmente la giurisprudenza farà in modo di non alterare l'assetto che si era nel tempo consolidato»*.

Insomma vari sono stati gli spunti forniti e molte le occasioni di riflessione. Tutte le relazioni, comunque, hanno evidenziato una certa criticità nella normativa tributaria sull'onere della prova, così come riformata nel 2022, sia per ciò che attiene la stessa formulazione della previsione, la quale non sempre è riuscita a tutelare fino in fondo il contribuente, al di là di quelle che erano le intenzioni iniziali del legislatore; sia per ciò che attiene la sua effettiva applicazione, posta la costante ritrosia dei giudici nell'abbandonare la solita interpretazione *pro Fisco* della normativa tributaria. Ecco che allora, partendo da queste considerazioni comuni, il Convegno di Chieti è stata una florida occasione di confronto e di dialogo per fare il punto su dove sia arrivato l'o-

nere della prova nel processo tributario oggi, ameno sulla carta.

### **7. Relazione conclusiva (A. Ciafardoni).**

Il **Prof. Guido Corso**, Emerito di Diritto amministrativo nell'Università Roma Tre, nello svolgere le conclusioni del convegno, ha ripercorso gli interventi dei relatori. In primo luogo, ha richiamato la relazione introduttiva del Prof. Giovanni Verde, il quale, a partire dalla sua monografia sull'onere della prova, ha individuato i cambiamenti intervenuti e ha segnalato le distorsioni operate dalla giurisprudenza rispetto allo schema del codice di procedura civile. In merito alla prima sessione, dedicata all'onere della prova nel processo civile, il Prof. Corso ha riportato le riflessioni presentate dal Prof. Ferruccio Auletta sul ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio. Successivamente, ha fatto riferimento alla relazione della Cons. Rosaria Giordano sul tema della vicinanza alla prova e sul ruolo di protezione della parte debole svolto dalla giurisprudenza in materia lavoristica. Infine, ha richiamato l'intervento del Prof. Roberto Poli sul processo di formazione del convincimento del giudice.

Il Prof. Corso è passato, poi, alla seconda sessione della prima giornata, relativa al processo penale, ove ha ricordato essersi parlato non di onere della prova, ma di dovere di fornire la prova, in ragione dell'obbligatorietà dell'azione penale in capo al Pubblico Ministero. Ha richiamato, quindi, l'intervento del Prof. Oliviero Mazza, il quale ha precisato come, per alcune fattispecie di reato, l'elemento soggettivo non sia oggetto di prova, essendo implicito nella condotta materiale. Ha fatto seguito il rimando all'intervento del Cons. Raffaello Magi, che ha affrontato il tema della funzione rieducativa della pena, con riferimento alla presunzione di non colpevolezza.

Durante la relazione conclusiva sono, poi, stati analizzati gli interventi della prima sessione della seconda giornata, relativa all'onere della prova nel processo amministrativo e nel processo contabile. Per quanto riguarda il processo amministrativo, il Prof. Corso ha ricordato come il Prof. Enrico Follieri si sia soffermato

sul rapporto tra valutazione dei mezzi di prova e giudizio, stabilendo che, a seconda del tipo di azione, cambia l'accertamento del fatto. Successivamente, ha richiamato la relazione del Prof. Gennaro Terracciano, che ha trattato la prova indiziaria, con particolare attenzione alla rilevanza dell'indizio isolato. In seguito, riprendendo la relazione della Prof.ssa Piera Maria Vipiana, ha ricordato come nel processo amministrativo non vi sia un'effettiva parità delle parti. Infine, ha menzionato la relazione del Cons. Massimiliano Balloriani, che ha precisato come il processo amministrativo non tuteli soltanto il soggetto privato, ma anche l'interesse pubblico.

In seguito, la relazione del Prof. Corso è passata ad analizzare la trattazione dell'onere della prova nel processo contabile. È stata citata la relazione della Prof.ssa Chiara Cacciavillani, che ha esaminato criticamente la posizione delle parti nel processo; è seguito il richiamo all'intervento del Prof. Carlo Emanuele Gallo relativo ai limiti del processo contabile. Da ultimo, sono stati ripercorsi gli interventi del Prof. Antonio Barone sul possibile ricorso, nel processo contabile, al criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e della Ref. Donatella Palumbo sui rapporti tra funzione di controllo e funzione giurisdizionale della Corte dei Conti.

Infine, il Prof. Corso ha ripreso gli interventi oggetto dell'ultima sessione, relativa all'onere della prova nel processo tributario. È stata richiamata la relazione del Prof. Massimo Basila-vecchia, il quale ha evidenziato come l'onere della prova gravi sull'amministrazione finanziaria relativamente alla fondatezza della pretesa, mentre sul contribuente quando questi agisca al fine di ottenere il rimborso delle somme versate. Successivamente è stata citata la relazione del Prof. Alessandro Giovannini, in merito al tema della presunzione di innocenza.

In conclusione, il Prof. Corso ha ricordato il dibattito relativo alla possibilità di tracciare una teoria generale del processo. Pur riconoscendo la difficoltà di giungere a tale conclusione, ha osservato come la Costituzione offra un quadro generale che ha

ad oggetto il processo e il suo funzionamento. Questo deve essere inteso come strumento di tutela del soggetto privato e deve essere governato da un giudice terzo, imparziale e indipendente. In merito a tale ultimo requisito sono state riprese le considerazioni relative agli aspetti ordinamentali della giustizia tributaria presentate dal Pres. Lanfranco Tenaglia. In tale contesto, ha ricordato il Prof. Corso, l'onere della prova rimanda all'autonomia del soggetto privato, il quale si avvale del processo quando, se e nella misura in cui egli reputi opportuno. Ciò giustifica la presenza di istituti specifici per ciascun tipo di processo che tendono ad assicurare l'esistenza di meccanismi di composizione dei conflitti.

ABSTRACT: Nel presente contributo viene esposto il resoconto dei lavori del convegno di studi interdisciplinare su "L'onere della prova nel sistema giurisdizionale", svoltosi a Chieti il 5 e 6 dicembre 2024.

ABSTRACT: *This paper presents the report of the interdisciplinary study conference on "the burden of proof in the jurisdictional system", held in Chieti on 5 and 6 December 2024.*

### ***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.











