

CEDAM

RIVISTA DI  
**DIRITTO PROCESSUALE**

FONDATA NEL 1924 DA  
**G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI**

GIÀ DIRETTA DA  
**E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI**

DIRETTORI

**C. PUNZI e B. CAVALLONE**

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO**

**C. CAVALLINI - L.P. COMOGLIO**

**C. CONSOLO - G. COSTANTINO**

**C. FERRI - R.E. KOSTORIS**

**S. LA CHINA - S. MENCHINI**

**E. MERLIN - G. MONTELEONE**

**R. ORIANI - S. RECCHIONI**

**G. RUFFINI - A. SALETTI**

**L. SALVANESCHI - B. SASSANI**

**F. TOMMASEO - N. TROCKER**

**R. VACCARELLA**

**Gennaio-Marzo**

**2024**

100  
ANNI

[edicolaprofessionale.com/RDP](http://edicolaprofessionale.com/RDP)



Wolters Kluwer

COMITATO EDITORIALE E DI REDAZIONE

ROMA

REDATTORE CAPO: S. BOCCAGNA

G. BALENA - G. BASILICO - V. BERTOLDI - S. BOCCAGNA  
M. BOVE - A. BRIGUGLIO - F. CALLARI - R. CAPONI - B. CAPPONI  
A. CARRATTA - C. CECHELLA - C. CORRADO - A. D'ALESSIO  
D. DALFINO - F. DESANTIS - R. DONZELLI - B. GAMBINERI  
G. GIOIA - M. GRADI - L. IANNICELLI - R. LOMBARDI - R. MACCARRONE  
R. MARENGO - R. MARTINO - G. MICCOLIS - G. NICOTINA - E. ODORISIO  
G. OLIVIERI - I. PAGNI - A. PANZAROLA - L. PICCININNI - E. PICOZZA  
R. POLI - G. RAITI - N. RASCIO - E. RUGGERI - P. SANDULLI  
F. SANTANGELI - A. SCALA - G. SCARSELLI - N. SOTGIU - R. TISCINI - S. ZIINO

SEGRETERIA DI REDAZIONE: A. NERI - A. PERIN - C. RIZZA - P.C. RUGGIERI

INDIRIZZO REDAZIONE: Viale Bruno Buozzi, 99 - 00197 Roma  
E-MAIL: [cpunzi@studioprofpunzi.it](mailto:cpunzi@studioprofpunzi.it)

MILANO

REDATTORE CAPO: E. MERLIN

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

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

INDIRIZZO REDAZIONE: Viale Bianca Maria, 15 - 20122 Milano  
E-MAIL: [bcavallone@libero.it](mailto:bcavallone@libero.it)  
[rivdirproc@libero.it](mailto:rivdirproc@libero.it)

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

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

---

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

---

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

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA - Stampato in Italia - Printed in Italy



CEDAM

RIVISTA DI  
**DIRITTO PROCESSUALE**

FONDATA NEL 1924 DA  
**G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI**

GIÀ DIRETTA DA  
**E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI**

DIRETTORI  
**C. PUNZI e B. CAVALLONE**

COMITATO DI DIREZIONE  
**M. ACONE - G. BONGIORNO**  
**C. CAVALLINI - L.P. COMOGLIO**  
**C. CONSOLO - G. COSTANTINO**  
**C. FERRI - R.E. KOSTORIS**  
**S. LA CHINA - S. MENCHINI**  
**E. MERLIN - G. MONTELEONE**  
**R. ORIANI - S. RECCHIONI**  
**G. RUFFINI - A. SALETTI**  
**L. SALVANESCHI - B. SASSANI**  
**F. TOMMASEO - N. TROCKER**  
**R. VACCARELLA**

Volume LXXIX (Seconda Serie)

**Anno 2024**

100  
ANNI

[edicolaprofessionale.com/RDP](http://edicolaprofessionale.com/RDP)



Wolters Kluwer



## CENTO DI QUESTI ANNI

Ci sia consentito di constatare, con commozione e orgoglio, che la nostra *Rivista* compie oggi un secolo di vita: anche se si tratta di una semplificazione.

Quello che infatti uscì nel gennaio 1924, per la Casa Editrice Cedam di Padova, con la direzione dei fondatori Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, affiancati da Piero Calamandrei in veste di redattore-capo, fu il primo fascicolo (trimestrale) della *Rivista di diritto processuale civile*, che come tale proseguì la pubblicazione fino alla ventesima annata (1943) sia pure con qualche difficoltà e ritardo per quest'ultima (ovviamente imputabili al periodo bellico, come la successiva sospensione per il 1944 e il 1945). Dopo di che la *Rivista* dichiaratamente rinacque nel 1946 con il nuovo e più comprensivo nome di *Rivista di diritto processuale* (imposto da Carnelutti nonostante le resistenze di Calamandrei, divenuto "condirettore" dopo la scomparsa di Chiovenda), e come tale vive ancora (e speriamo per un altro secolo...) nella settantanovesima annata della "seconda serie", dopo essere stata acquisita nel 2006 dal gruppo internazionale Wolters Kluwer, conservando tuttavia la struttura e la grafica originarie.

Per una compiuta storia della *Rivista* dalla fondazione ad oggi, si potrà consultare la bibliografia qui di seguito proposta in ordine cronologico.

- Giuseppe Chiovenda – Francesco Carnelutti, *Ai lettori*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1924, pp. 3-4

- Stefano Saletti (a cura di), *Rivista di diritto processuale civile - Tavole decennali 1924-1933*

- La direzione (Francesco Carnelutti), *Rinascita*, in questa *Rivista* 1946, pp. 1-4

- Paolo Nodari (a cura di), *Rivista di diritto processuale - Tavole ventennali 1946-1965*

- Gian Antonio Micheli, *Francesco Carnelutti e la Rivista di diritto processuale*, in questa *Rivista* 1967, pp. 1-11

- Enrico Tullio Liebman, *Quel lieto evento di sessant'anni fa*, in questa *Rivista* 1984, I, pp. 1-5

- Vittorio Denti – Michele Taruffo, *La Rivista di diritto processuale civile*, in *Quaderni Fiorentini*, 16, 1987, pp. 631-664

- Franco Cipriani, *Quel lieto evento di tanti anni fa (una visita a Premosello-Chiovenda)*, in questa *Rivista* 1991, pp. 225-238

- Franco Cipriani, *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario della scomparsa*, in questa *Rivista* 2005, pp. 1253-1268
- Claudio Consolo, *Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Carnelutti: dalla "Commerciale" alla "Processuale"*, in *Studi dedicati a Mario Libertini, Impresa e Mercato*, Milano 2015, Tomo III, pp. 1807-1830
- Bruno Cavallone, *Una fondazione asimmetrica (Un carteggio inedito dell'autunno del 1923)*, in questa *Rivista* 2018, pp. 611-620
- Bruno Cavallone, *Una convivenza difficile. (La Rivista di diritto processuale civile nel carteggio inedito fra Carnelutti e Calamandrei, fino alla scomparsa di Chiovenda. Il quinquennio successivo)*, in questa *Rivista* 2019, pp. 324-353
- Bruno Cavallone, *Una rinascita tormentata*, in questa *Rivista* 2019, pp. 949-972
- Enzo Vullo, *La Rivista di diritto processuale dal 1946 al 1965: continuità e innovazione*, in questa *Rivista* 2019, pp. 1527-1544
- Enzo Vullo, *La Rivista di diritto processuale dal 1946 al 1965: polemiche, orizzonti e persone*, in questa *Rivista* 2020, pp. 147-171
- Enzo Vullo, *La Rivista di diritto processuale durante il ventennio della direzione Liebman (1965-1986)*, in questa *Rivista* 2020, pp. 1580-1603
- Enzo Vullo, *L'indice bibliografico di Francesco Carnelutti: recensire "tutto e tutti"*, in questa *Rivista* 2021, pp. 1316-1326
- Paolo Spaziani, *Elogio della Rivista di diritto processuale*, in questa *Rivista* 2023, pp. 102-107

Infine, ai nostri abbonati sarà offerto gratuitamente, in allegato al fascicolo n. 2/2024, un fascicolo speciale digitale comprendente una selezione di contributi dottrinali particolarmente significativi, apparsi nel corso del tempo. Anticipiamo qui la ristampa del saggio di Chiovenda, *L'oralità e la prova*, come apparso in esordio nel fascicolo n. 1/1924.

LA DIREZIONE

## INDICE DEL FASCICOLO

---

Anno LXXIX (Seconda Serie) – N. 1 – Gennaio-Marzo 2024

### ARTICOLI

GIUSEPPE CHIOVENDA, <i>L'oralità e la prova</i> .....	1
CESARE CAVALLINI, <i>Giustizia civile, economia e costituzione</i> .....	24
MARIA FRANCESCA GHIRGA, <i>La cultura della mediazione</i> .....	45
MARINO MARINELLI, <i>La saisine pour avis de la Cour de Cassation e il nuovo rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: divagazioni su norme giuridiche e «norme culturali»</i> .....	67
MARCELLO DANIELE, <i>La crisi del codice di procedura penale: un fenomeno irreversibile?</i> .....	91
ANTONIO VACCA, <i>Sul ricorso per Cassazione avverso le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, per motivi inerenti alla giurisdizione</i> .....	99

### STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

CLAUDIO CONSOLO, <i>Sergio Chiarloni, giusrealista curioso</i> .....	109
--	-----

### DIBATTITI

GIOVANNI VERDE, <i>Le forme. Ah! Che c'è oltre le forme? (Leggendo l'ultimo libro di Renato Oriani)</i> .....	122
MARCO RENDINA, <i>Potere «revocatorio» e cessione del credito</i> .....	132
NERI BINI SMAGHI, <i>Arbitrato multiparti e litisconsorzio necessario</i> .	160

### ATTUALITÀ LEGISLATIVA

GIOVANNI RAITI, <i>La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo</i> .....	167
---	-----

## NOTIZIE

BRUNO SASSANI, <i>La remise dei melanges en l'honneur du professeur Loïc Cadet</i> .....	192
--	-----

## RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Opere segnalate: <i>Gian Paolo Califano</i> (Titina Maria Pezzani); <i>Chiara Spaccapelo</i> (Adriana Neri); <i>Alberto Villa</i> (Michelle Vanzetti) ...	194
---	-----

## NOTE A SENTENZA

MICHELLE VANZETTI, <i>Condanna generica e provvisoria: orientamenti consolidati che non convincono</i> .....	206
PASQUALINA FARINA, <i>Querela di falso proposta in via autonoma e sorte del giudizio principale in fase di gravame</i> .....	221
MARCELLO STELLA, <i>Judgment on the award e conflitto tra decisioni nel Reg. CE Bruxelles I</i> .....	239
GIUSEPPINA FANELLI, <i>La Corte costituzionale e la garanzia dell'alterità e imparzialità del giudice</i> .....	255
BIAGIO LIMONGI, <i>Le Sezioni Unite sulla «decisorietà di fatto» e il ricorso straordinario in Cassazione</i> .....	270
ROBERTA TISCINI, <i>Postilla</i> .....	289

## PANORAMI

NICCOLÒ NISIVOCIA, <i>Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1° ottobre – 31 dicembre 2023)</i> .....	293
ALESSANDRO TRIOLO, <i>Osservatorio sulla Cassazione civile</i> .....	295

## INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

<i>Condanna generica</i> , ammissibilità come autonomo oggetto di giudizio e con riserva di agire per l'accertamento del <i>quantum debeat</i> in separato giudizio, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 12 ottobre 2022, n. 29862 .....	200
---	-----

<p><i>Condanna provvisoria ex art. 278, 2° comma, c.p.c.</i>, ammissibilità anche nel giudizio instaurato per il solo accertamento dell'<i>an debeat</i>, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 12 ottobre 2022, n. 29862 .....</p>	<p>200</p>
<p><i>Condanna generica</i>, sufficienza della prova della mera probabilità del danno, sussistenza, necessità che l'attore indichi analiticamente le prove di cui intende avvalersi nel futuro e separato giudizio sul <i>quantum debeat</i>, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 12 ottobre 2022, n. 29862 .....</p>	<p>200</p>
<p><i>Querela di falso</i>, pendenza in via principale con riguardo alla falsità degli atti su cui si fonda la sentenza di appello, ricorso per cassazione che si limiti a richiedere la sospensione del giudizio <i>ex art. 295 c.p.c.</i> senza dedurre alcun <i>error in procedendo</i> o <i>in iudicando</i>, inammissibilità del ricorso, sussistenza, rilevanza del sopravvenuto accertamento della falsità degli atti ai soli fini della proposizione della revocazione nei confronti della sentenza di merito, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. lav., ordinanza 17 febbraio 2023, n. 5058 .....</p>	<p>219</p>
<p><i>Riconoscimento di decisioni straniere ai sensi del Reg. CE n. 44/2001</i>, richiesta di riconoscimento di decisione di uno Stato membro contrastante con la decisione di organo giurisdizionale dello Stato richiesto che recepisce il contenuto di un lodo arbitrale, possibilità di negare il riconoscimento alla decisione straniera per contrasto di giudicati ai sensi dell'art. 34 n. 3 Reg., condizioni: Corte di Giustizia UE, gr. sez., 20 giugno 2022, C-700/2020 .....</p>	<p>234</p>
<p><i>Riconoscimento di decisioni straniere ai sensi del Reg. CE n. 44/2001</i>, richiesta di riconoscimento di decisione di uno Stato membro contrastante con la sentenza di organo giurisdizionale dello Stato richiesto che recepisce il contenuto di un lodo arbitrale, possibilità di negare il riconoscimento alla decisione straniera ai sensi dell'art. 34 n. 1 Reg. per contrarietà all'ordine pubblico a ragione della violazione dell'autorità di cosa giudicata della sentenza nazionale, insussistenza: Corte di Giustizia UE, gr. sez., 20 giugno 2022, C-700/2020 .....</p>	<p>234</p>
<p><i>Estinzione del processo esecutivo</i>, illegittimità costituzionale per violazione del principio di terzietà ed imparzialità del giudice, <i>ex art. 111, 2° comma, Cost.</i>, dell'art. 630, 3° comma, c.p.c. nella parte in cui non prevede che del collegio giudicante, investito</p>	

del reclamo avverso l'ordinanza che pronuncia sull'estinzione, non possa far parte il giudice che ha reso il provvedimento reclamato, sussistenza: Corte Costituzionale, 17 marzo 2023, n. 45 .....	251
<i>Ricorso straordinario per cassazione</i> , provvedimento del tribunale sul reclamo avverso il decreto del giudice tutelare che nega o accorda l'autorizzazione al rilascio al passaporto per prole minorenni al genitore in assenza di assenso dell'altro genitore, natura decisoria e definitiva allo "stato degli atti" del provvedimento, sussistenza, ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione <i>ex art. 111, 7° comma, Cost.</i> , sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 24 luglio 2023, n. 22048 .....	266
<i>Ricorso straordinario per cassazione</i> , provvedimenti c.d. <i>de postestate</i> del tribunale nei giudizi di separazione dei coniugi, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, natura di provvedimenti definitivi con attitudine al giudicato impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione <i>ex art. 111, 7° comma, Cost.</i> , insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 25 luglio 2023, n. 22423 .....	268

#### Policy Open access per ricerca finanziata con fondi pubblici

Per i contributi che documentano i risultati di **ricerca finanziata con fondi pubblici** (art. 4, L. n. 112/2013), l'Editore si riserva di valutare le richieste di pubblicazione in **Open access (O.A.)** entro il limite massimo del **5% degli articoli** annualmente pubblicati sulla Rivista.

La richiesta di pubblicazione in O.A. deve essere contestuale all'**invio dell'articolo** alla redazione e corredata dall'apposita **scheda di progetto** fornita dall'Editore. Una volta ottenuta l'autorizzazione, è consentito esclusivamente il caricamento in **archivi elettronici istituzionali o disciplinari aperti** (es. Iris-Cineca, repository di Ateneo, repository del MiUR) della sola **versione post-print\*** dopo un periodo di **embargo di 6 mesi**.

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

## ARTICOLI

---

GIUSEPPE CHIOVENDA

### L'ORALITÀ E LA PROVA

1. – Il sorgere di questa *Rivista* – che dopo la breve vita della sua consorella francese (*Revue de procédure civile et commerciale*, 1918 e 1919) e dopo la morte della più longeva consorella germanica (*Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 48 volumi dal 1878 al 1920) si trova sola nel mondo ad affermare l'autonomia della nostra scienza – coincide con un periodo singolarmente difficile per tutti noi, che come studiosi, o magistrati, o avvocati, o compilatori di leggi dobbiamo occuparci del processo civile: il periodo della rinnovazione.

Altre riviste nacquero dopo una grande riforma legislativa, ed ebbero la loro via tracciata dal nuovo ordinamento. Questa viene in luce negli anni travagliosi della preparazione; ed assume perciò nascendo una grave responsabilità, che si propone di assolvere radunando le forze e gli sforzi di tutti i competenti, che abbiano idee chiare, precise e meditate sull'argomento, per concorrere alla miglior soluzione del problema della riforma, e, prima che alla sua soluzione, alla sua esatta posizione.

È un problema che comincia a pesare colla sua oscurità crescente sulla coscienza giuridica del Paese.

Alla tendenza dottrinale che spingeva il legislatore italiano verso il processo orale, come il metodo più naturale, più semplice, meno dispendioso di definire le controversie; tendenza che non tanto seguiva l'esempio delle nazioni straniere più progredite, quanto risaliva alle più pure fonti della nostra storia giuridica, e che veniva raccogliendo consensi sempre più larghi intorno a sé; si è contrapposta in questi ultimi tempi una resistenza formidabile, poiché ha per suo antesignano il Mortara. Basta por mente all'autorità del celebre scrittore, per intendere che il suo atteggiamento avrà per effetto di disorientare sempre più gli incerti e di rendere perplessi taluni fra gli stessi fautori dell'oralità.

La più recente espressione di questa resistenza è il discorso tenuto dal Mortara al Senato nella tornata del 24 novembre 1923 (*Atti del Senato, Discussioni*, p. 558 ss.); discorso che era stato preceduto a breve distanza di tempo da uno scritto inserito nella *Giurisprudenza italiana* (1923, parte

IV, p. 136 ss.), in cui l'illustre processualista espone a mo' di «riflessioni» i concetti che hanno ispirato un suo progetto di nuovo codice; ed esalta poi l'opera mia con parole di cavalleria così squisita, e copre l'abisso d'idee che ci divide richiamando con tanto garbo i vincoli di stima e d'amicizia che ci uniscono, da rendere sempre più increscioso il dissenso da tale avversario.

A chi ha studiata come me e seguita sempre con attenzione l'opera del Mortara, questo atteggiamento non poteva far meraviglia, ma doveva anzi apparir coerente e logico. Vedendo come nel vasto e rinomato *Commentario* non si trovi una riga diretta ad avviare la riforma del processo civile italiano verso l'oralità e a ricordare le discussioni che intorno a questo argomento agitarono mezza Europa durante il secolo scorso, sebbene da queste discussioni siano uscite proprio quelle leggi straniere che più frequentemente sono ricordate nell'opera insigne; io avevo bene inteso che il Mortara non stimava utile trattenersi sopra questa riforma perché non la riteneva praticabile nel nostro paese, e che nelle leggi d'altri Stati, di cui pure lodava molti particolari, egli non considerava il carattere essenziale e centrale come esempio da imitarsi in Italia.

Vero è che nella recentissima nona edizione del *Manuale* (1921, vol. I p. 308) egli aveva dimostrato d'apprezzare al loro giusto valore i principii predicati dalla nuova tendenza, e scritto che «è intuitivo che l'*oralità* (per quanto relativa e temperata dalle necessità pratiche della discussione) abbrevia e semplifica il processo; è altrettanto intuitivo che la *concentrazione* degli atti di istruzione e delle questioni preliminari o pregiudiziali, in un rapido e raccolto svolgimento, diretto con ferma mano e con potestà discrezionale dal giudice, abbrevia e semplifica anche maggiormente il corso della lite; è infine più che mai intuitiva la conseguenza di codesti abbreviamenti e di codeste semplificazioni: i litiganti ne hanno beneficio, la giustizia se ne avvantaggia e l'attività professionale dei patrocinanti ha un campo di espansione più ristretto». Ma, evidentemente, era questo un semplice omaggio a principii astratti, di cui il pensatore dichiarava anche «desiderabile» l'attuazione, ma di cui il giurista pratico continuava a trovar problematico il trionfo tra noi.

2. – Questo mio breve articolo non ha per oggetto l'esame delle obiezioni mosse dal Mortara all'oralità. Queste obiezioni sono le stesse a cui ho risposto non so più quante volte nei miei numerosi scritti sull'argomento, fino alla *Relazione* sulla Proposta di riforma del procedimento civile elaborata dalla Commissione per il dopo guerra (Napoli 1921) e fino alla prefazione ai *Principii di diritto processuale civile* (Napoli 1923, p. XV ss.). Pur troppo in questi scritti (che nel tornare qui sull'argomento dell'oralità io presuppongo già conosciuti dal lettore) mi sono trovato costret-

to a ripetere le stesse cose fino alla sazietà: triste condizione per chi vede e sa quale campo d'indagini, e di dispute veramente utili e feconde si aprirebbe dopo superata la pregiudiziale, o per meglio dire la prevenzione generica contro l'oralità. L'oralità! Ma questo è un postulato intorno a cui gli studiosi d'un grande paese civile, in questo anno di grazia 1924, non dovrebbero più avere divergenze di principio! Movendo da uno stesso punto di partenza e lavorando con una comune orientazione, essi potrebbero così passare a intendersi sul modo migliore d'applicare l'oralità; poiché quanti sono i processi orali stranieri altrettanti sono i tipi di processo orale: e fra tanti metodi diversi, pur costruiti sopra una base comune, si possono trovare gli elementi per la formazione del tipo di processo orale che a noi meglio convenga.

Noi siamo invece sempre allo stesso punto. Da un lato si bada a ripetere che il passaggio dal processo scritto al processo orale richiederebbe uno sforzo eccessivo negli avvocati, nei magistrati, nei cancellieri, negli ufficiali giudiziari, nei copisti: dall'altro lato si torna a replicare che ogni grande riforma ha incontrato gravi difficoltà, e che, se una riforma è veramente buona, essa trova in sé stessa la forza necessaria per vincere ogni resistenza. Da un lato si continua ad agitare lo spauracchio di quei nostri grandi tribunali in cui ogni ruolo d'udienza è ingombro di cento o duecento cause: dall'altro si risponde che queste cause nella grandissima maggioranza non si trattano, ma si rinviando, mentre nel processo orale si portano ad udienza le sole cause che si trattano, e queste a lor volta purificate di quelle migliaia di cause parassitarie (gli incidenti!) che sono alimentate dal processo scritto. Da un lato si esclama per l'ennesima volta che il processo orale non si adatta al genio giudiziario italiano; dall'altro si chiede ancora una volta per qual maligno influsso non dovrebbe essere consentito all'indole italiana l'uso d'un metodo di procedimento, ch'è ormai da per tutto in vigore, né dovrebbe riuscire a Milano, a Roma, a Napoli ciò che si fa a Losanna, a Berlino, a Londra.

Se codeste diatribe lasciano il tempo che trovano, rannuvolano invece e oscurano sempre più l'orizzonte i mezzi termini e gli accomodamenti a cui s'inducono gli oppugnatori dell'oralità, combattuti fra l'attaccamento alle cose vecchie e l'irresistibile forza di persuasione che certe verità hanno in sé medesime.

Chi leggerà nel discorso e nello scritto or ora menzionati del Mortara le critiche al processo orale, esposte con quella agilità e freschezza giovanile di pensiero che è pregio invidiabile in questo autore, resterà poi sconcertato nel sentire «che noi abbiamo d'oralità nel nostro processo una certa quantità, che potrà essere aumentata»; e che «senza bisogno di mettere a soqquadro tutta l'architettura del nostro processo; rispettando

le abitudini fondamentali della vita giudiziaria italiana e il tipo fondamentale del processo italiano» noi possiamo «adottare tutti quei miglioramenti 'che sono necessari per abbreviarlo, per perfezionarlo, per concentrarlo, per *introdurvi quel tanto di oralità che può servire a questo fine*' e per soddisfare in tal guisa la coscienza giuridica della nazione» (discorso al Senato, p. 5586, 5587).

L'intelligente lettore si chiederà senza dubbio che cosa si voglia dire con questo «*aumento dell'oralità*», con questo «*tanto di oralità*» che può servire a concentrare il processo; e come si possa conciliare la conservazione del nostro «tipo fondamentale di procedimento» che è lo scritto, coll'adozione di quel tanto d'oralità. Io, e quanti siamo propugnatori dell'oralità, intendiamo per processo orale quello in cui *l'udienza è utilizzata per la trattazione della causa cioè per lo svolgimento stesso dell'istruttoria, convenientemente predisposta, in base a scritture preparatorie delle parti, con provvedimenti ordinatorii del magistrato*. Ora, se questa è l'oralità, non può qui esserci questione di più o di meno: si potrà accettare l'oralità o respingerla; si potrà adottare un sistema d'espediti tecnici anziché un altro per realizzare il suo scopo (e di qui appunto i vari tipi di processo orale, a cui ho accennato); si potrà soprattutto stabilire (lo abbiamo ripetuto mille volte) una serie d'eccezioni, nelle quali per ragioni d'impossibilità pratica, o di sproporzione assoluta fra mezzi e fine, converrà contentarsi che singoli atti istruttori si compiano fuori d'udienza, per opera d'un giudice delegato; ma il processo, se vorrà esser orale, dovrà, come *tipo*, come *regola*, esser questo: un processo in cui l'udienza serva alla trattazione della causa, cioè al compimento dell'istruttoria seguita immediatamente dalla discussione dei suoi risultati. Ora questo processo è inconciliabilmente, irriducibilmente l'opposto del nostro attuale «tipo fondamentale di procedimento».

Non vi possono dunque essere vie di mezzo. E soprattutto conviene guardarsi, come da una pericolosa illusione, dall'idea che si possano staccare dal processo orale singoli istituti per collocarli tali e quali nel processo scritto. Cito un esempio: l'inappellabilità delle interlocutorie. Ecco un istituto che gli amici delle vie di mezzo vorrebbero adottare, sedotti dalla speranza che esso possa contribuire efficacemente all'abbreviazione delle liti. Questo è, secondo me, un grave errore. Il principio che le interlocutorie non si possano impugnare disgiuntamente dal merito non è buono *in sé stesso*: poiché il proseguire l'edificio processuale basato sopra un pilastro che da un momento all'altro può venir meno, travolgendo tutto nella rovina, non è cosa in sé vantaggiosa. Ma questo istituto è necessario al processo orale, come condizione indispensabile per assicurargli la concentrazione che gli è necessaria, e riscatta i proprii inconvenienti coi vantaggi

del sistema a cui appartiene. Se si stacca dal processo orale, esso rimane con tutti i suoi difetti... senza i vantaggi del sistema di cui fa parte. Un altro esempio. Noi abbiamo mille volte lamentato, fra gli intollerabili inconvenienti che presenta il processo scritto, le sospensioni che si verificano nel corso delle prove raccolte dal giudice delegato, più particolarmente dell'esame testimoniale, ogni qual volta sorga un incidente (sulla capacità d'un teste, sulla regolarità delle liste, sull'ammissibilità d'una domanda) che richieda una decisione; ed abbiamo osservato che nel processo orale, in cui le prove sono concentrate all'udienza, questo inconveniente non si produce perché gli incidenti sono risolti seduta stante dal collegio. I fautori degli accomodamenti lamentano con altrettanta vivacità questo male; ma vi pongono riparo... affidando al giudice delegato la decisione degli incidenti. Così diventa normale nel giudice delegato la delicata funzione del giudicare che dovrebbe essere eccezionalissima, e tutto quanto si fa davanti a lui dopo la decisione dell'incidente procede *sub conditione*, potendo il collegio disapprovare la decisione del giudice delegato.

Del resto, io non sono ben sicuro che il mio concetto d'oralità corrisponda a quello del Mortara. Egli scrive che l'oralità «trasporta la fantasia al tempo arcadico del buon re seduto sotto la quercia» (*Riflessioni* cit. p. 142): ora io sono convinto che nessun lettore delle cose mie su questo tema si sarà sentito trasportare sotto quell'albero venerando. Egli teme che l'oralità non garantisca la giustizia, perché il giudice «dove sorge una questione di diritto da svolgere, ha bisogno di riflettere, di studiare: la meditazione sopra le memorie scritte dagli avvocati e l'agio che così è concesso al giudice di consultare autori, di esaminare la giurisprudenza, lo mettono in grado non solo di coltivare il suo ingegno, ma anche di dare una sentenza *cognita causa*, ponderata, ben motivata» (*Discorso al Senato*, p. 5586): ebbene io confido che i miei lettori potranno far fede a quanti dubitino del contrario che nel processo orale vi possono essere quante memorie scritte d'avvocati si desiderino, e che il giudice del processo orale potrà meditare quanto vorrà e consultare e citare quanti autori crederà opportuno, senza alcuna nostalgia del passato. Quando poi vedo che il Mortara chiama «istruzione orale» quella che si svolge davanti al giudice delegato, io dubito sempre più forte che parlando d'oralità noi discorriamo di cose diverse. Per me l'istruzione affidata al giudice delegato è scritta e non orale. Certo i testimoni anche davanti al giudice delegato si esprimono (sordomuti a parte) a viva voce: ma il giudice che decide la causa giudica delle testimonianze in base ai verbali, e questo noi chiamiamo processo scritto.

La stessa definizione che il Mortara dà dell'oralità rafforza i miei dubbi. Per il Mortara l'oralità «nel concetto scientifico significa la presen-

za, la immanenza del giudice a dirigere il processo, a far sentire la sua azione direttiva e moderatrice, acquistando così contemporaneamente la perfetta consapevolezza del contenuto della controversia per essere «immediatamente pronto a deciderla appena chiuso il dibattito» (*Discorso* cit. p. 5585). Movendo da questa definizione, il Mortara passa a dimostrare «che noi non abbiamo più l'oralità neanche nei processi penali» perché «il processo è diretto dagli avvocati»: e più innanzi constata che nelle nuove provincie, essendosi avuto un aumento di litigiosità, è rimasta «paralizzata l'attività ordinaria dei magistrati, appunto perché l'oralità suppone il magistrato che possa realmente dirigere ogni singolo processo».

Lasciando da parte l'incremento della litigiosità, il quale, se è sproporzionato al numero dei funzionari giudiziari, paralizza così il processo orale come il processo scritto; mi preme ripetere ancora una volta che l'oralità *per sé stessa* non richiede un considerevole aumento nella ingerenza direttiva del magistrato e non va identificata con questa. Vi possono essere processi orali (come l'attuale processo germanico, che da questo punto di vista rappresenta un tipo di processo orale opposto all'austriaco) in cui l'ingerenza del magistrato è minima. E sono problemi da tenere accuratamente distinti, perché l'aumento dei poteri del giudice può incontrare per ragioni di razza e di costume difficoltà e resistenze ben più serie e discutibili di quelle che possono opporsi all'introduzione dell'oralità. Se dunque fosse anche vero che il nostro processo penale è diretto dagli avvocati (affermazione evidentemente esagerata, che poté esser suggerita da qualche caso anormale di «processo celebre», non certo dalla fiumana di processi penali che passa ogni giorno sotto i ponti dell'oralità, e che, rappresentando la realtà normale, meno attira l'attenzione), non per questo il processo penale cesserebbe d'esser orale, oralissimo, perché in esso la sentenza è pronunciata dal magistrato *sotto gli occhi del quale si è svolta l'istruttoria in udienza*. Anche l'affermazione del Mortara che «l'eccesso della oralità, l'applicazione troppo rigida del principio ha finito col fare cattiva prova tanto in Austria come in Germania, dove si è dovuto ritornare gradatamente al sistema il quale ammette la trattazione scritta del processo» (*Discorso* cit. p. 5584) deve accettarsi con molte riserve: io che cerco seguire attentamente quanto si fa nei paesi di processo orale sono inclinato a credere che l'affermazione sia dovuta a informazioni inesatte.

E così mi sembra ingiusto l'apprezzamento che il Mortara fa sul giudice dei paesi di processo orale. A sentire il Mortara, questo giudice «studia poco e risparmia quanto può il ragionamento sulle questioni di diritto: autorità dottrinali, eleganza di dispute, sottigliezza d'analisi sono per lui cose sconosciute: è assai se conosce e riconosce l'autorità di qualche precedente giurisprudenziale, che ancor meglio lo esoneri dalla fatica di

studiare» (*Riflessioni* cit., p. 142). Insomma, il giudice dotto, sottile, studioso, dialettico non c'è che nei paesi di processo scritto, vale a dire in Italia, che è ormai il solo di questi paesi rimasto in Europa. Si può essere ferventi nazionalisti finché si vuole, ma non si può non trovare eccessivi questi apprezzamenti: tanto più se si considera lo stile delle sentenze francesi, inglesi, germaniche, svizzere e si ritiene che il giudice debba soprattutto decidere e decider bene, evitando nelle sue sentenze le citazioni dottrinali e le dispute eleganti. Giudici buoni e giudici cattivi ve n'ha in ogni luogo e in ogni tempo, dove si pratica il processo orale e dove è in vigore lo scritto. E ne dà la prova lo stesso Mortara quando, dopo aver detto che «la magistratura lasciataci in retaggio dall'Austria è meno addestrata alla palestra delle discussioni giuridiche di quella nazionale» aggiunge che identica impressione gli aveva fatta la stessa magistratura quando egli assisteva giovanissimo al passaggio dalla legislazione austriaca alla nazionale nella regione veneto-mantovana. Siccome in quest'epoca (cioè nel tempo immediatamente successivo al 1° settembre 1871) il processo vigente nella legislazione austriaca era il processo scritto, così è chiaro che, se la magistratura passando dal processo scritto al processo orale ha conservato gli stessi caratteri, questi caratteri non possono dipendere dalla consuetudine coll'oralità.

Io so bene che il Mortara è d'avviso che il vecchio regolamento processuale austriaco, rimasto in vigore fino al 1898, avesse lo stesso «tipo di architettura processuale che domina nel regolamento attuale» (*Discorso al Senato*, p. 5584).

Ma, se lo studio che io ho fatto dei due regolamenti e delle letterature relative e del funzionamento pratico del regolamento attuale m'è servito a qualche cosa, io dovrei essere d'avviso contrario, e ritenere che i due regolamenti siano d'architettura opposta, come opposto il processo orale è al processo scritto. Perciò appunto, come ricordava il Dompieri in un recente articolo (*Corriere d'Italia* 1923, 28 novembre), gli avvocati di Vienna nel 1897 minacciarono una mezza rivoluzione al fine d'impedire l'attuazione della nuova procedura, della quale poi divennero fautori entusiasti, quando si accorsero che le forme del processo orale erano assai più facili a maneggiare e che la giustizia divenuta accessibile a tutti era fonte di maggiori guadagni.

Senonché, dopo aver dubitato se il Mortara ed io ci moviamo in questa materia sopra un terreno concettuale comune, io passo a un ordine di dubbi opposto: se cioè il Mortara ed io siamo poi davvero in disaccordo sulla sostanza. È vero che io leggo nelle sue *Riflessioni* (p. 243) che l'oralità dei giudizi collegiali «è poco meno che un assurdo in Italia»; è vero che vi si attesta (p. 144) essere impossibile in Italia «assicurare la identità del

collegio per ciascun processo che s'avesse a trattare oralmente»; ma io trovo poi nel pregevole progetto di riforma del Mortara un articolo 39 che suona così: «*all'udienza del collegio si eseguono gli atti di istruzione riservati alla medesima per accordo fra le parti o per disposizione dell'autorità giudiziaria. Il tribunale può ordinare che la discussione segua immediatamente all'atto d'istruzione, ovvero abbia luogo in altra udienza prossima*».

Ora, data questa facoltà che in sé stessa contiene la riforma più radicale che possa immaginarsi del nostro processo attuale, e può veramente «metterne a soqquadro tutta l'architettura», a che si riducono le differenze fra le idee del Mortara e le mie, fra il suo progetto di riforma e quel progetto della *Commissione per il dopo guerra* ch'egli menziona con tanta benevolenza per me, anzi con troppa, perché ne attribuisce a me solo tutto il merito, dimenticando i valorosi collaboratori ch'io ho avuto? Le differenze si riducono a questo, che quella norma (istruzione in udienza, con immediata discussione de' suoi risultati) che il Mortara pone come secondaria ed eccezionale, e che – non accompagnata da quell'insieme di espedienti tecnici ch'è necessario per farla funzionare – resterebbe probabilmente lettera morta, dando al processo un carattere incerto fra lo scritto e l'orale; io la pongo invece come centrale ed essenziale, coordino ad essa tutte le altre disposizioni, che così assumono un carattere preciso e deciso, quale mi sembra indispensabile in una legge processuale che intenda orientare la mente di chi deve applicarla, e prevenire le confusioni e le aberrazioni, salvo a trovare da sé nella pratica i suoi adattamenti generali e locali.

E se questo è, forse si combatte contro un nome. O forse si prende di mira non tanto *il* processo orale, a cui si aprono come ho dimostrato le porte, ma un tipo determinato di processo orale, l'austriaco: il quale è caratterizzato, come ogni altro tipo, da un suo speciale apparato tecnico, studiato con grande precisione di particolari al fine di render possibile il funzionamento dell'oralità.

Orbene: se mettessimo un po' da parte il processo austriaco? L'opinione pubblica italiana in questi ultimi tempi è stata avvezza a considerare come una cosa sola l'adozione dell'oralità e la servile imitazione della legge processuale austriaca. Le discussioni avvenute alla Camera sul progetto di legge per la riforma dei codici hanno creato o alimentato codesta confusione; le recenti parole del Mortara (che del resto non hanno nulla di comune con quelle discussioni) possono concorrere a perpetuarla.

Il regolamento austriaco avrebbe potuto fornirci larga messe di studi, trattandosi della legge processuale più elaborata fra le moderne, e già in vigore in alcune provincie italiane. Ma appunto questo secondo fatto è

causa di complicazioni d'ordine politico e passionale, che turbano l'esatta visione d'un problema eminentemente tecnico. L'antipatia troppo giustificata per la dominazione austriaca si è riversata sulla legislazione rimasta in vigore nelle nuove provincie e in particolar modo sul regolamento processuale. I sostenitori del nostro processo, disperando di poter difendere con migliori argomenti una istituzione ormai condannata dal cammino dei tempi, alla quale si sentono legati da una vita egregiamente spesa per migliorarla con una interpretazione illuminata, non hanno creduto vero di poter chiamare in aiuto il più nobile dei sentimenti umani per combattere... l'oralità.

Si duole il Mortara che i giuristi delle nuove provincie «esaltino *al di sopra del vero* la bontà del regolamento giudiziario austriaco e del suo sistema» (*Discorso al Senato*, p. 5584). Io trovo invece che quei giuristi stanno troppo zitti. E comprendo perché tacciano. Quando gli avvocati e i giudici di Trento o di Trieste sentono un uomo dell'autorità del Mortara fulminare «le segrete aspirazioni di qualcuno che dalle nuove provincie reclama la propagazione dell'*ordinamento austriaco al resto d'Italia per inguaribile attaccamento a un regime politico* che invano spera non *istinto per sempre*» (*Riflessioni* cit. p. 141), essi di fronte a queste parole di colore oscuro ammutoliscono allibiti. Molti di essi hanno saputo opporre al dominio straniero la loro indomabile avversione, con coraggio pari alla nobiltà dell'ingegno e alla insigne modestia: nessuno osa affrontare il sospetto d'austriacantismo.

A questo modo si impiccolisce un grande problema e si perdono collaboratori preziosi.

Ricordiamoci che l'oralità non è una creazione del legislatore austriaco. L'oralità dei giudizi è una eredità di Roma. Ed oggi si osserva a Parigi come a Londra; a Ginevra come a Berlino; a Berna, a Zurigo, a Basilea come a Budapest, a Praga, ... a Tokio.

Che l'Austria ci abbia preceduto in questo ritorno alle istituzioni romane, non è una buona ragione perché noi dobbiamo ritrarci dalle vie della storia.

### 3. – *Et quod tentabam dicere versus erat!*

M'ero proposto di non tornare sulle obiezioni all'oralità. Ma l'argomento trascina; e l'autorità somma del novissimo oppositore richiedeva la digressione.

Venendo all'argomento più speciale del presente scritto, intendo esporre alcune considerazioni sul rapporto fra l'oralità e la prova, svolgendo qualche idea già brevemente accennata altrove.

Tra le forme del procedimento e la funzione della prova corre un nesso strettissimo. La storia lo rivela nettamente. Il non averlo inteso nella sua natura e nelle sue esigenze è la causa principale della difettosa struttura del nostro codice.

Si sono decantati dai sostenitori dell'oralità, si sono riconosciuti dai suoi oppositori, i vantaggi della semplificazione e della abbreviazione delle liti che si realizzano nel processo orale. Queste innegabili virtù hanno però un valore che direi *esteriore*. Conviene porre in maggior rilievo il valore *intimo* dell'oralità, considerata in quello dei suoi poliedrici aspetti che si suol chiamare *immediatezza*. L'oralità, intesa come immediatezza di rapporti fra il giudice che deve pronunciare la sentenza e gli elementi da cui deve trarre la sua convinzione (persone, oggetti, luoghi), è la condizione indispensabile per l'attuazione del principio della *libera convinzione del giudice* in opposizione al sistema della prova legale.

Questo valore dell'oralità appunto perché deriva dal rapporto fra le forme del procedimento e la prova, è più o meno sensibile, secondo che in una lite sia o no necessaria la prova, e secondo la natura del mezzo di prova.

Facciamo tre ipotesi:

- a) D'una causa in cui, essendo incontroverti i fatti, non vi siano da risolvere se non questioni di diritto;
- b) D'una causa in cui vi siano questioni di fatto, ma da risolvere esclusivamente in base a documenti;
- c) D'una causa in cui si rendano necessarie prove diverse dalla documentale (interrogatorio, esame di testimoni, perizia, ispezione giudiziale).

È evidente che nella ipotesi *a* il valore dell'oralità, l'importanza dell'udienza sarà minore che nelle ipotesi *b* e *c*. La discussione potrà sempre riuscire di grande utilità per la chiarificazione delle questioni e per la viva rappresentazione delle ragioni: ma la mancanza d'atti d'istruzione da compiere in udienza renderà meno tangibili le differenze fra il processo scritto e l'orale (ove si prescindano dalle complicazioni a cui possono dar luogo le eccezioni *litis ingressum impediens*, che sono estranee all'argomento del presente scritto).

Nella ipotesi *b*, l'esame dei documenti, da farsi in contraddittorio, renderà più palese l'utilità dell'udienza e della discussione, come mezzo indispensabile per prevenire gli equivoci, i fraintendimenti, le dimenticanze. Ma poiché si tratterà di oggetti d'esame (i documenti) con cui il giudice deve venire in rapporto immediato qualunque sia la forma del procedimento, le differenze fra processo orale e processo scritto saranno anche in questa ipotesi meno sensibili, salvo che nel processo scritto l'esame sarà

fatto prevalentemente dal giudice relatore, nel processo orale dall'intero collegio.

Ma nella ipotesi *c* verranno in luce le caratteristiche più salienti del processo orale. Lo stesso giudice che deve pronunciare la sentenza (quindi eventualmente l'intero collegio) ascolterà le risposte delle parti, le deposizioni dei testimoni, i chiarimenti dei periti, esaminerà gli oggetti, visiterà i luoghi controversi, entrando così in contatto immediato con le fonti del proprio convincimento: mentre nel processo scritto il giudice che pronunzia la sentenza conoscerà tutte queste cose traverso i verbali redatti per cura di un delegato, che non apparterà nemmeno necessariamente al collegio giudicante.

Se questo è, ognuno intende come l'oralità sia indispensabile al giudice, che debba pronunciare secondo il principio della «libera convinzione», come l'aria è necessaria per respirare. Come potrà dirsi infatti che sia libero nella valutazione della prova il giudice che deve giudicare della attendibilità d'un teste senza averlo visto e sentito, ma solo leggendo il verbale della sua deposizione? Il giudice che deve confrontare fra loro le dichiarazioni delle parti senza averle personalmente intese? Il giudice che deve formarsi un'idea della situazione dei luoghi a cui si riferisce la controversia senza averli visitati, ma solo leggendone la descrizione fattane da un terzo? Questo giudice dovrà necessariamente applicare criterii aprioristici, formali, convenzionali: a lui mancherà il più utile strumento per la ricerca della verità, l'*osservazione*. Tale è il giudice del processo scritto.

Vi sono due specie d'oralità nella storia. L'una è propria di tutti i popoli primitivi, e può esser dovuta a cause meramente intrinseche, come l'ignoranza della scrittura e l'abitudine del popolo di trattare gli affari giudiziari in pubblica assemblea. L'altra è dovuta invece a cause più intime, profonde e durevoli, cioè al rapporto in cui l'oralità trovasi coll'ufficio del giudice, con la funzione della prova.

Se ci domandiamo perché il processo romano sia rimasto orale anche dopo superato il periodo delle origini, perché insomma sia orale il processo di Cicerone e dell'Impero, noi troviamo che l'oralità del processo romano è di questa seconda specie. Il giudice di Roma ha per ufficio di ricercare liberamente la verità dei fatti valutando le prove: egli dà la decisione che la sua coscienza gli suggerisce. Tanto è questo il suo ufficio, che se egli non riesce a formarsi un pieno convincimento può sottrarsi all'obbligo di giudicare, giurando «*sibi non liquere*».

Questa facoltà è la suprema espressione della libertà e incoercibilità della coscienza del giudice. Aulo Gellio (*Notti attiche*, XIV, 2), nel riferire in quali condizioni egli si trovò a far uso, dopo lunga perplessità d'animo, di questa facoltà, ci dà la viva sensazione non soltanto della scrupolosità

con cui le prove erano valutate, ma della ripugnanza che il giudice aveva a pronunciare in base ad elementi di convinzione formali, prestabiliti, generali, anziché tratti dalle viscere della singola causa; egli finisce col respingere il consiglio del sofista greco, che gli suggeriva – in mancanze d’altre prove – di dar la preferenza al litigante più onesto: *maius ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus non de probationibus rei gestae viderer.*

Né diverso è il senso del rescritto d’Adriano, che dopo aver enumerati alcuni criteri d’ordine generale che possono esser utili nella valutazione delle prove, conclude: *hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opineris* (fr. 3 § 2 Dig. de testibus, 22, 5).

Che un processo dove si riconosce al giudice una così delicata funzione potesse essere scritto non è davvero a pensare.

Il giudice romano interroga egli stesso le parti e i testimoni, perché altrimenti non si troverebbe in grado di valutarne a dovere le affermazioni. Chi non ricorda la mordente ironia con cui Cicerone (*Pro A. Caecina*, X), richiamandosi alla memoria dei giudici, scredita la deposizione dei testi avversarii? *Decimo vero loco testis expectatus et ad extremum reservatus, dixit, senator populi romani, splendor ordinis, decus atque ornamentum iudiciorum, exemplar antiquae religionis, Fidiculanus Falcula: qui cum ita vehemens acerque venisset, ut non modo Caecinam periurio suo laederet, sed etiam mihi videretur irasci, ita eum placidum mollemque reddidi ut non auderet, sicut meministis, iterum dicere, quot millia fundus suus abesset ab urbe.* Ebbene la più grave accusa che Cicerone scaglia contro questo teste, è d’aver un giorno seduto abusivamente in un collegio di giudici *et in eo concilio, quum causam non audisset, et potestas esset ampliandi, dixisse sibi liquere ... Utrum gravius aliquid in quempiam dici potest, quam ad hominem condemnandum, quem numquam vidisset et audisset, adductum pretio esse?*

Indubbiamente, data la vastità dell’impero, poteva accadere che testi lontani dovessero essere interrogati per delegazione e si dovesse quindi dal giudice pronunciare sui verbali (*testimonia*). Ma con quanto sfavore fossero considerate queste deroghe all’oralità lo dicono i notissimi rescritti d’Adriano: *Quibus (testimoniis) apud me locus non est, nam ipsos interrogare soleo ... Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent: tecum ergo delibera ut, si retinere eos velis, des eis impendia* (fr. 3 §§ 3, 4 Dig. de test.).

Per la stessa ragione il giudice romano visita personalmente i luoghi, la condizione dei quali abbia importanza per la decisione della causa. Onde

nella iscrizione in cui è riassunta la *lis fullonum*, che ho tante volte ricordata in altri scritti si legge: *Florianus partibus suis diligentissime functus est, qui cum in rem praesentem venisset, locum inspexit et universis iudiciis examinatis sententiam de eo loco, de quo cum maxime quaeritur, protulit* (Bruns, *Fontes*, 6<sup>a</sup> ed., p. 362).

Con questa immediatezza del rapporto del giudice colle persone e le cose che servono a formare la sua convinzione è strettamente collegata la concentrazione del processo romano e la identità della persona fisica del giudice dal principio alla fine della trattazione. Nel giudizio or ora ricordato in cui Cicerone difese A. Cecina si ebbero tre successive udienze (avendo i giudici per due volte dichiarato di non essere sufficientemente informati), ma a così breve distanza che l'oratore nella terza udienza poteva riferirsi alle cose udite dagli stessi giudici quando sedevano nelle due prime. La *lis fullonum* pure menzionata ci presenta una interlocutoria sulla prova, che viene eseguita nel giorno successivo: *ita interlocutum me scio esse hesterna die docere partem diversam oportere hoc ex sacra auctoritate descendere ut pensiones non dependerentur ... et hodie hoc dicit* ecc. Il giudizio possessorio e petitorio, descritto da Simmaco in una lettera all'imperatore Teodosio (*Lib. X epist.* 48), quantunque complicato d'incidenti quanto può essere qualunque causa dei nostri giorni, e protratto perciò durante alcuni mesi, si svolge sempre davanti lo stesso giudice. Questi processi, scelti nella pratica romana di cinque secoli, conservano una linea costante.

Come è accaduto che questa tradizione romana, così bella e ragionevole, la quale coordina armonicamente le forme del processo ad un così alto concetto dell'ufficio della prova e del ministero del giudice, si sia interrotta, e sia rimasta da noi così remota nei secoli, da rendersi tanto difficile al nostro sentimento il ritrovarla e il riallacciarla al nostro costume?

Due cause hanno principalmente influito su questo fenomeno, e sono le stesse che altrove ho additato come quelle a cui dobbiamo la degenerazione del concetto romano di sentenza e di cosa giudicata (*Principii*, 3<sup>a</sup> ed., pp. 802, 907).

Poniamo in primo luogo il sopraggiungere del processo germanico in Italia.

Anche il processo germanico-langobardo, che si stabilisce in gran parte d'Italia dal secolo sesto in poi, è orale: ma di quella oralità dovuta a cause tutte esteriori, a cui poco fa ho accennato. L'oralità di questo processo non sta infatti in alcun necessario rapporto coll'ufficio del giudice e la funzione della prova, che in esso ci appaiono profondamente diversi che in Roma.

La razza germanica, quando venne a contatto colla latina, non aveva ancora oltrepassato quel periodo della storia dei popoli che il Vico chiama il periodo «divino». La credenza diffusa che la divinità intervenga colle sue manifestazioni nella vita degli uomini, e che prenda così partito a favore di chi ha ragione contro chi ha torto, è il fondamento dei «giudizi di Dio». Se altre civiltà, scomparse o viventi, dalla babilonese (Schupfer, *La legge di Hammurabi*, nelle *Memorie dall'accademia dei Lincei*, 1921, p. 541) all'abissina (Conti Rossini, *Principii di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, Roma 1916, p. 514), presentano tracce isolate di questi residui della vita primitiva, la civiltà germanica ne fu tutta impregnata.

«*Les hommes voient le fait, mais Dieu voit les coeurs et, seul, il est vrai juge. Il a donc institué que tout homme accusé pourrait soutenir son droit par bataille et lui même combat avec l'innocent* (Bédier, *Le roman de Tristan et Iseut*, p. 76)». La prova *per pugnam* è appunto il più generale e tenace di questi esperimenti eminentemente formali: tanto tenace che ancora nel 1818 in Inghilterra un accusato nella Corte del Banco del Re reclamava il diritto tradizionale di purgarsi dall'accusa col duello, ciò che diede occasione a una legge che espressamente abolì questa sopravvivenza orda-lia (Tylor, *Enciclop. britann.*, 11<sup>a</sup> ed., vol. 30, p. 175).

Nel processo germanico la funzione del giudice consiste nello stabilire chi deve dare la prova e con qual mezzo: dopo di ciò essa si restringe ad assistere allo esperimento probatorio, sia duello, sia giuramento, con o senza sacramentali, e a constatarne meccanicamente il risultato. La convinzione individuale del giudice non ha alcuna importanza; una libera valutazione, una critica della prova è cosa per lui priva di senso.

Conviene pensare che questo modo d'intendere praticamente il ministero del giudice fu il solo ammesso per mezzo millennio in gran parte dei tribunali italiani, se si vuol comprendere come abbia potuto perdersi e sradicarsi dal nostro spirito il sano, positivo e realistico concetto animatore del processo romano, e qual fosse l'ambiente in mezzo al quale tornarono in vigore i testi romani. Cadde lentamente il duello giudiziale, che ancora vediamo tuttavia regolato dagli statuti dei secoli decimoterzo e decimoquarto; i *coniuratores* si trasformarono man mano in testimoni; e ammessi i testimoni in prova e in riprova, si cominciò a dirimere le eventuali divergenze fra le testimonianze con altri mezzi che non fosse quello prima usato di far combattere tra loro un testimone dell'una e uno dell'altra parte. Ma l'ufficio del giudice in questa evoluzione non mutò di molto.

Come le parti non si limitano più a contendere sopra l'affermazione sintetica del diritto dell'attore, ma disputano di singoli fatti enunciati nelle *positiones*, così i testimoni non sono più chiamati a giurare sulla ragione globale dell'una o dell'altra parte, ma cominciano a esser interrogati sopra

i singoli capitoli. Da questo punto in avanti (siamo al principio del secolo decimosecondo) le testimonianze cessano d'averne una importanza *immediata* per la decisione, e il duello fra testi va scomparendo perché appare sempre più inadeguato a chiarire la verità *del singolo fatto*. Fra i testimoni e la sentenza torna man mano a frapponersi la persona del giudice, con una tal quale funzione di *valutazione*. Ma questa valutazione non è libera. Se da un lato i testi romani insegnavano la necessità di giudicare delle testimonianze secondo la credibilità dei testimoni, d'altro lato la mentalità pratica, formata di stratificazioni germaniche-langobarde, non poteva né intendere né ricevere l'idea d'una libertà di giudizio, fatta d'osservazione e di critica personale, d'autonomia individuale assoluta. Le regole rigorose e formali che nel processo germanico-langobardo avevano disciplinato la *capacità* dei testimoni, la loro ammissibilità in giudizio secondo la condizione, il sesso, la fama, la fortuna, il numero ecc. rimasero come regole legali in base alle quali il giudice era tenuto a valutare la attendibilità delle testimonianze. L'apprezzamento delle prove si trovò così vincolato da norme prestabilite. Le ragioni che permettevano di negar fede al testimone furono rigidamente numerate, ordinate e classificate. Durante ne elenca novantasei. E applicandosi questo procedimento a tutte le prove in genere, si formò il sistema della prova legale, cioè quel complesso di regole che distinguendo le prove in piene e semipiene, e ognuna in varie specie; determinando il numero di presunzioni necessarie a formar una prova, il numero delle prove semipiene necessario a formare una prova piena; precisando i casi e i difetti per cui una prova piena discende a semipiena; commisurando l'idoneità delle prove alla natura del giudizio; irretì il convincimento del giudice, riducendo l'ufficio del magistrato a una verifica, spesso tutta aritmetica, del concorso del numero d'elementi necessari a formare nel caso concreto quella che si disse la verità legale.

Ripeto cose notissime; e rimando chi vuol trovar riunite in poche pagine notizie particolareggiate su questo sistema a uno scritto del Salvioli, *Le prove legali secondo la dottrina più antica*, in *Rivista giuridica d'Italia* 1916, p. 25 ss. Ma noi dobbiamo a uno scrittore tedesco recente (Himstedt, *I nuovi principii giuridici nella prova testimoniale degli statuti dell'Italia settentrionale dei secoli 13° e 14°*, Berlino 1910, specialm. p. 98 ss.) la dimostrazione documentale accurata della derivazione del sistema delle prove legali dal formalismo processuale germanico.

Formalismo che, l'ho già accennato, non operò da solo. È difficile assegnare a fenomeni storici complessi unica causa; appena si può presumere di segnalare la principale o le principali delle cause che poterono avere. È certo che il formalismo germanico trovò un cooperatore potente nell'abito scolastico di pensare e d'argomentare che era proprio degli

scrittori di diritto, come dei filosofi, non solo, ma degli stessi naturalisti, nei secoli a cui risale la formazione del processo romano-canonico. L'amore delle sottili distinzioni, e soprattutto la tendenza a ragionare per via di deduzione da principii prestabiliti anziché sulla base dell'osservazione dei fatti doveva, necessariamente favorire la costruzione d'un sistema probatorio tutto aprioristico e formale come quello delle prove legali. Nel quale non è tutto da gettar via. Regole probatorie conosceva anche il diritto romano, e crebbero di numero nel diritto romano bizantino. Talune di queste regole corrispondono a insegnamenti della comune esperienza, di cui il giudice terrebbe conto nel maggior numero dei casi anche se non fossero scritti nella legge. Né si può negare che talvolta anche il legislatore moderno possa utilmente fissare in un precetto obbligatorio il modo di valutare un fatto, movendo dalla considerazione di ciò che comunemente avviene e dalla convenienza di sottrarre al giudice una libertà di apprezzamento di cui potrebbe facilmente abusare. Ma questi casi eccezionalissimi non hanno che fare con un sistema che sopprimeva nel giudice qualunque libertà e ne faceva un computista.

Se la derivazione germanica di questo sistema è stata più volte affermata e ormai messa in luce, non altrettanto è stato rilevato il suo rapporto colle forme del procedimento. Caduto il costume di trattare le cause nella pubblica assemblea, e col maggior uso della scrittura, e col formarsi del notariato, generalizzatasi la compilazione dei verbali, l'oralità del processo germanico-langobardo, appunto perché non sorretta da ragioni più intime, venne meno. Non fu, si noti, la maggiore ampiezza assunta dagli interrogatorii per *positiones* e dalle deposizioni per *capitula*; né la presenza d'uomini versati nell'arte di redigere strumenti; non furono questi fatti *in sé stessi* la causa della formazione del processo scritto. Verbali e scritture sono indispensabili anche nel processo orale. E il processo romano, tanto più quando si introdusse l'appello all'imperatore, ebbe i verbali d'esame: ché Simmaco, nella lettera su ricordata riferisce appunto di aver data copia alle parti delle deposizioni dei testimoni, e queste trasmette a Teodosio. Ma non per questo è scritto il processo romano!

Il processo diventò scritto perché il giudice, dovendo valutare l'attendibilità delle testimonianze, come delle altre prove, in base a regole legali prestabilite, argomentando cioè da una serie di circostanze esteriori accuratamente segnate nel verbale (*conditio, sexus, aetas, discretio, fama, fortuna, fides, inimicitia* ecc.) non ebbe più alcuna spinta all'esame diretto dei testimoni. Mancava al giudice la facoltà e il bisogno di servirsi d'uno strumento più raffinato e sicuro d'indagine: l'*osservazione*.

Così l'assunzione delle prove venne man mano delegata al notaio: a un notaio scelto dal giudice, talvolta scelto dalle parti (Stat. Novara, *Mon. h.*

p., *leges municipales*, II, 1, p. 648, anno 1277); talvolta a due notai, uno dei quali interrogava e dettava a verbale le risposte, l'altro scriveva (Stat. Pisa, ed. Bonaini, p. 414, anno 1286). Tutte le altre caratteristiche del processo comune ordinario si accentrano intorno a questa causa fondamentale, d'origine essenzialmente germanica<sup>(1)</sup>.

Usciti così i testimoni dall'udienza e scomparsa l'immediatezza del rapporto fra il giudice e i testi, fu facile fare un passo innanzi ed escludere le parti dall'assistere all'esame. I dottori disputarono a lungo su questo punto: ma prevalse l'opinione che i testimoni, prestato il giuramento davanti alle parti, dovessero poi esaminarsi dal notaio in segreto, *quia testis non libere contra illum praesentem testificaretur nec de-bitas causae circumstantias rei de qua quaeritur exprimeret*. Un testo romano male inteso (la cost. 14 Cod. de testibus, 4, 20, che parla in tutt'altro senso di *secretum iudicantis*) fornì, come spesso accadeva, argomento per allontanarsi sempre più dallo spirito del processo romano. I moderni trovarono poi diverse spiegazioni del segreto delle testimonianze: e molti diedero grande peso all'influenza del diritto canonico. La verità è che in un sistema in cui si mirava a garantire l'attendibilità dei testimoni con regole prestabilite e formali, in cui si trascurava il valore dell'osservazione diretta come mezzo d'indagine e il giudice stesso rimaneva estraneo all'esame, dovette agevolmente farsi strada il concetto che la presenza delle parti, di cui non si vedeva l'utilità, e si scorgevano solo gl'inconvenienti, dovesse evitarsi come pericolosa.

4. – Se fra le scienze morali la giurisprudenza fu l'ultima ad avvantaggiarsi del rinnovamento del metodo nello studio dei fenomeni, basato sulla osservazione, gl'istituti processuali a loro volta furono gli ultimi fra gl'istituti giuridici a sentire il beneficio di questo rinnovamento.

Il sistema delle prove legali, che è la negazione dell'osservazione positiva dei fatti, ancora entro il secolo decimonono si annidava in articoli di legge e trovava fra noi difensori come Carmignani. Pure esso era ormai condannato a sparire, e cedeva il campo in ogni paese civile al restaurato principio romano della «libera convinzione» del giudice.

E sono naturalmente paralleli a questo rivolgimento nel concetto della prova i primi attacchi al processo scritto, che cominciarono, come è noto,

---

<sup>(1)</sup> Le cose dette nel testo rispondono tanto a quegli scrittori nostri che reclamando la conservazione del processo scritto, invocano la tradizione latina (!), quanto a quel giornalista tedesco che, riferendo le mie simpatie per il processo orale, trasse fuori il *Graecia capta ferum victorem cepit*.

Gli uni e l'altro: quanto a proposito!

nel campo del diritto penale. Fin dai miei primi lavori sull'argomento, ho usato ricordare le parole di Mario Pagano, e non mi stancherò di ripeterle a quegli Italiani che, ogni qual volta si parla d'oralità, blaterano d'infatuazione germanica (o teutonica, come essi usano esprimersi):

«... La scrittura, come ben dice Socrate presso Platone, è morta né ci parla che per una parte sola, cioè per mezzo di quelle idee che coi suoi segni nello spirito ci desta. Non soddisfa appieno la nostra curiosità, non risponde ai nostri dubbi, non ci presenta gli infiniti possibili aspetti della cosa medesima. Nella viva voce parla eziandio il volto, gli occhi, il colore, il movimento, il tuono della voce, il modo di dire, e tant'altre diverse piccole circostanze, le quali modificano e sviluppano il senso delle generali parole e ne somministrano tanti indizi a favore o contro dell'affermazione delle parole. La muta lingua, l'eloquenza del corpo, per valermi della frase di Tullio, come più interessante, così è più veridica delle parole, e può meno nascondere il vero. Tutti divisati segni si perdono nella muta scrittura, e mancano al giudice i più chiari e certi argomenti» (*Considerazioni sul processo criminale*, cap. XXI).

Recentemente è stato a ragione ricordato fra i primi fautori della oralità e della immediatezza un altro penalista italiano, il Nicolini (cfr. A. del Giudice, *Nicola Nicolini procedurista*, nello «Studio giuridico napoletano», anno VIII, 1922, p. 57): «Ciascuna prova debb'essere *discussa in udienza pubblica, innanzi a tutti i giudici della causa*, in presenza e del pubblico ministero e dell'imputato e del suo difensore». «Se la cognizione della causa consiste appunto nella discussione delle prove, *niuno dei giudici che deve pronunziare sull'accusa può esserne lontano un momento*. La discussione si fa *per essi*, benché nell'interesse delle parti e del pubblico». «L'essenza della discussione delle prove sta nel *ricever queste dai loro fonti originali* e mettere sotto gli occhi di *tutti* coloro che hanno diritto d'esservi presenti gli *oggetti di reperto* «che possono essere stati conservati, e *leggere in pubblico i documenti, udire i testimoni, confrontarli fra loro* e dibatterli di presenza con la parte pubblica, la parte civile e la parte accusata» (*Quistioni di diritto*, I, pp. 63, 62-68 ss.; *Procedura Penale*, P. III, n. 860 e 870).

Io comprendo che un uomo che professava tali idee godesse non solo l'amicizia, ma l'ammirazione del Mittermaier (cfr. F. Nicolini, *Nicola Nicolini e gli studi giuridici nella prima metà del sec. XIX*, Napoli 1907, p. 179); il quale aveva con altrettanta convinzione difeso il valore dell'osservazione diretta del giudicante, e l'oralità come condizione indispensabile di questa osservazione, e a cui gli scritti del giurista napoletano fornivano nuovi elementi di studio e di confronti (cfr. Mittermaier, *L'oralità*, Stuttgart 1845, p. 83 ss., p. 251 ss., p. 405 ss.).

Ma poco prima di questi due scrittori, e più importante di essi per l'influenza esercitata sugli studiosi e sui governanti di tutti i paesi, un grande giurista e filosofo inglese aveva scritto sull'oralità pagine immortali, ponendo in luce il suo rapporto colla prova con parole che paiono la voce stessa della logica e del buon senso. Le critiche mosse da Geremia Bentham (*Trattato delle prove giudiziarie*, lib. III cap. V) al sistema, che in Inghilterra non vigeva se non nelle corti dell'ammiragliato, ma era ancora diffuso nel continente, di affidare l'assunzione delle prove a una persona diversa dal giudice che deve pronunciare la sentenza, sono o dovrebbero essere troppo note da doverle qui ricordare. Alcune frasi del Bentham coincidono singolarmente con quelle di Mario Pagano: «*Le juge ne peut plus connaître par ses propres observations ces caractères de vérité si saillants et si naturels qui tiennent à la physionomie, au son de voix, à la fermeté, à la promptitude, aux émotions de la crainte, à la simplicité de l'innocence, à l'embarras de la mauvaise foi; on peut dire qu'il s'est fermé à lui même le livre de la nature, et qu'il s'est rendu aveugle et sourd dans des cas où il faut tout voir et tout entendre. Il y a sans doute bien de causes où on n'a aucun besoin des indices qui peuvent résulter, du comportement des personnes, mais il est impossible d'en juger d'avance*».

Meno noto è il quadro critico comparativo in quattordici articoli che il Bentham fa del procedimento civile ch'egli chiama naturale e del procedimento tecnico. Ecco alcuni di questi articoli (*Dell'organizzazione giudiziaria*, cap. XXXII):

### **Procédure naturelle.**

I. *Au début d'une cause, et dans la suite, toutes les fois qu'il en sera besoin, les parties seront appelées et entendues en caractère de témoins comme dans celui de parties, face à face, en présence du juge, pour donner mutuellement toutes les explications nécessaires et pour établir le véritable objet du procès.*

III. *Le témoignage n'est reçu que dans la forme la plus authentique, c'est-à-dire témoignage oral, soumis à un interrogatoire croisé de la partie adverse et du juge. Il n'y a d'exception que pour les cas spécifiés dans la loi, où il faut admettre un témoignage par écrit selon les formes établies pour la correspondance judiciaire.*

IV. *Après la comparaison initiale, si la cause n'est pas terminée, les comparutions subsequentes son fixées selon le besoin de la cause ou la convenance du tribunal ou des parties.*

VII. *Chaque cause est entendue du commencement à la fin par le même juge. Celui qui a recueilli les preuves prononce la décision.*

IX. *La réclamation du demandeur, les bases sur les quelles elle repose, soit en droit soit en fait, sont consignées (autant qu'il est possible) dans des formulaires imprimés: les allégations individualisées par les noms les dates, les lieux, sont insérées dans le blancs. Il en sera de même pour la défense.*

XI. *Les notices et significations réciproques entre les parties ou de la part des juges sont communiquées avec le moins de frais et le plus de sûreté possible. La poste est appliquée au service judiciaire comme à celui du commerce.*

### **Procédure technique.**

I. *Les parties ne sont point appelées a comparaître devant le juge; tout se passe par le ministère des procureurs.*

III. *Le témoignage reçu en plusieurs cas de la manière la plus imparfaite, c'est-à-dire sans les garanties qui peuvent le rendre exact et complet: témoignage sans publicité, par le juge seul ou sans interrogatoire croisé ou contreexamen par les parties intéressées: dépositions reçues par écrit sans être soumises à l'épreuve de la contradiction : preuves inférieures admises comme preuves suffisantes.*

IV. *Les causes sont appointees et les jours fixés d'après des règles générales, selon la convenance mutuelle des procureurs d'où il résulte des demandes continuelles de dispense et des prétextes pour traîner indéfiniment les affaires.*

VII. *La même cause est transmise de tribunal en tribunal sous divers prétextes. Un juge reçoit les témoignages et ne décide pas; un autre décide sans avoir lui même entendu les témoins.*

IX. *Les divers écrits expositifs pour les demandes et les défenses, sans formulaires, manquant de clarté, de méthode, de précision, noyés dans des longueurs infinies, ouvrant un vaste champ à des variations, à des questions, à des allégations obscures et incertaines.*

XI. *Les notices de cette nature, faute de promptitude dans les moyens et de certitude dans les formes sont une source abondants de chicanes et de délais. Les subtiles distinctions sur les domiciles entraînent les mêmes inconvénients.*

Ahimè! Più d'un secolo è trascorso dacché questi precetti e questi confronti furono formulati; la quasi totalità delle leggi processuali del mondo civile ne ha fatto tesoro; ma essi sono rimasti lettera morta per il legislatore italiano. Appena è se i nostri processualisti cominciano a trovar buono il consiglio di ... servirsi della posta per le notificazioni giudiziarie!

Eppure, il legislatore italiano trovava l'oralità ammessa in quel *Code de procédure civile*, che imitava e perfino traduceva in tanti particolari. Infatti, gli artt. 407 e 432 del codice francese prescrivono che in tutte le materie sommarie e nelle materie commerciali i testimoni come le parti siano sentiti all'udienza. E se altrettanto non è prescritto per il procedimento ordinario, è questa un'anomalia, dovuta alla vecchia preoccupazione che l'apparato dell'udienza possa turbare il testimone e la parte, contro cui la dottrina francese si è sempre pronunciata con rara unanimità, dai più antichi scrittori, come Boncenne, Boitard, Toullier, Bonnier, ai più recenti, come Glasson, (*Précis de proc. civ.*, 2<sup>a</sup> ed., 1908, 1, § 85), Tissier (nella *Revue trim. de droit civil* 1906, fasc. 3), Japiot (*Traité élém. de proc. civ.* 1916, p. 490, p. 501): tutti concordi nell'esaltare le leggi straniere posteriori al *Code de procédure*, che avevano attuato in modo integrale l'oralità secondo le idee di Bentham, ricordando i più antichi i codici ginevrino e olandese, i più moderni le leggi germanica e austriaca.

Ma il codice italiano segna per questo riguardo un deplorable regresso sul codice francese. Non illuminato da una seria trattazione dottrinale (basterà ricordare che nel *Commentario del Codice di procedura civile* sardo questo argomento – vol. III, p. 127 ss. – è svolto dal Borsari, il quale, volendo dimostrare che nelle idee di Bentham, di Boncenne, di Boitard «vi è un po' d'esagerazione, un po' di poesia» osserva che l'importanza dei testimoni «in civile» non può paragonarsi a quella dei testimoni nelle cause penali; che l'impegnare l'intero tribunale ad assistere agli esami sarebbe un distrarlo dalle consuete occupazioni e via dicendo: e che lo stesso Pescatore, *Sposizione compendiosa*, I, p. 241, pur ricordando che «l'esame orale e diretto dei testimoni in pubblico dibattimento all'udienza del tribunale

può al certo fornire maggiori lumi che non l'esame scritto o ricevuto da un giudice delegato» si preoccupa della «moltitudine degli affari civili», della impossibilità di sentire due volte i testi in primo grado e in appello e conclude col proporre, come via di mezzo, che i testimoni possano essere interrogati in udienza dal giudice d'appello); premuto dalla influenza preponderante del processo scritto che vigeva nel vicino regolamento austriaco (antico): il legislatore italiano, non solo finì coll'introdurre nel nuovo codice quell'art. 162 che, prescrivendo per ogni istanza o difesa la forma scritta, rese praticamente impossibile l'oralità ma soppresse fra le norme del procedimento sommario quella, che pure si trovava nel codice del 1859 (art. 486), che voleva che i testimoni fossero interrogati all'udienza, salvo il caso d'impossibilità di presentarsi.

Il codice italiano si contentò di dare al giudice la facoltà d'ordinare che la prova avvenga all'udienza (artt. 208, 217, 530, 248, 269).

Questa facoltà ha tranquillizzato quegli scrittori che, come il Mattiolo, trovano giuste le critiche mosse al codice francese per non aver disposto che nelle cause ordinarie tutto il collegio giudicante assista alle deposizioni (*Trattato*, II, n. 469).

Questa facoltà ha anche tratto in errore uno straniero, l'Allard, autore del noto *Esame critico del codice di proc. civ. italiano* (trad. Tioli, Livorno 1871), il quale, dopo aver riaffermato il suo favore per l'esame davanti al collegio aggiunge: «Quantunque il sistema dell'inchiesta orale e pubblica sia stato ammesso in Ginevra fin dal 1819 e l'Inghilterra e gli Stati Uniti d'America non ne abbiano altro mai conosciuto, il cod. ital. non l'accetta che in parte lasciando anche qui al Tribunale l'alternativa di rinviare l'esame innanzi a un giudice commissario o di seguirlo all'udienza. Lo che va come detto per la procedura formale, perché nella sommaria l'inchiesta si esegue sempre innanzi al Tribunale (?). Siffatta alternativa è dispiacevole potendo temersi che si stabiliscano sui differenti secondo i diversi Tribunali e che vinti dall'autorità di tradizioni antiche i magistrati usino molto frequentemente della delegazione quantunque secondo lo spirito (?) della nuova legislazione l'esame all'udienza sembri doversi ritenere come regola (p. 91)».

Che avrebbero scritto il Mattiolo e l'Allard se avessero riflettuto o preveduto o saputo, che nella pratica italiana, non solo del processo formale ma del processo sommario, e non solo per attaccamento alle tradizioni antiche, ma per la struttura stessa del nuovo Codice (art. 162 c.p.c. 1865), la regola sarebbe invece stata la delegazione, e tale regola a cui non so se dal 1866 in poi siasi fatta in pratica una sola eccezione!

Del resto, la relazione Pisanelli era stata sincera. Dopo aver accennato a spiegare il sistema adottato di non prescrivere «come regola indeclina-

bile» che l'esame dovesse farsi davanti l'autorità giudicante, essa aggiunge una osservazione che esclude la *possibilità* stessa di fare l'esame all'udienza, né in via di regola, né in via d'eccezione: «Se le circostanze transitorie che accompagnano l'esame dei testimoni possono molto influire nel dar vita alla convinzione del giudice, *quando sulla prova raccolta si discute e si pronunzi subito dopo seguito l'esame*, lo stesso non può dirsi allorché la discussione e la decisione sulla causa *viene a trattarsi dopo un intervallo di più giorni, com'è richiesto dalle norme che reggono il processo scritto*» (Ediz. Gianzana, num. 230).

Così, nel fare la legge italiana, non si è posta come centro del processo la prova per piegare poi e coordinare alle sue esigenze le forme del procedimento, ma si è invertito il rapporto. Prima si è adottato il processo scritto, conservando anzi peggiorando le vecchie forme, poi si è proclamato che la prova non si può fare in udienza, *perché le norme del procedimento scritto non lo consentono!*

Torno così al mio punto di partenza.

A questo imperfetto modo d'intendere il rapporto fra la funzione della prova e le forme nel procedimento noi dobbiamo la dolorosa condizione d'inferiorità di cui si trova il nostro processo civile rispetto a quello della maggior parte delle nazioni. Indubbiamente anche noi abbiamo bandito in linea di principio dalle nostre leggi il sistema della prova legale. Ma a qual pro se, ricevendo il sistema opposto, non gli abbiamo data l'atmosfera di cui ha bisogno? La libertà del convincimento, che pure fu un progresso non trascurabile nella storia del rinnovamento del pensiero umano l'aver proclamato come caposaldo del processo penale e civile, vuole l'aria e la luce dell'udienza. Nei labirinti del processo scritto essa si corrompe e muore.

CESARE CAVALLINI

## GIUSTIZIA CIVILE, ECONOMIA E COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. – Introduzione. – 2. Le possibili funzioni della locuzione giustizia civile ed economia. – 3. *Doing Business: what's wrong?* – 4. *Doing Business: rationale.* – 5. Lo scopo della giustizia civile tra *Doing Business* e dommatica: precisazioni. – 6. Quale *Doing Business?* – 7. Verso una «nuova» dogmatica? *Doing Business* e l'ultima riforma. – 8. La traccia costituzionale. – 9. Conclusioni.

1. – Non di rado utilizzata in vari sensi, la locuzione “giustizia civile ed economia” richiama nello stesso tempo concetti *lato sensu* ascrivibili all'analisi economica del diritto – e soprattutto alla ben più strutturata *Economic Analysis of the Law* di schietta origine americana <sup>(1)</sup> – e più semplicistici riferimenti alla funzione “economica” della giustizia civile efficiente, slogan divenuto ricorrente come *rationale* di innumerevoli riforme processuali volte alla riduzione dei tempi di formazione del *decisum*. E non credo sia opportuno qui indugiare oltre sulla ben nota endiadi “economia processuale”, oggi declinata all'esigenza di salvaguardia della ragionevole durata del processo alla stregua dell'indirizzo della Consulta e dell'attuazione operata dalla Corte di cassazione <sup>(2)</sup>.

L'oggetto e la destinazione di questo breve studio vuole nondimeno essere parzialmente diverso, e paradossalmente (forse) più “domestico” dell'apparenza <sup>(3)</sup>; esso è in parte *experienced*, in parte soprattutto frutto

---

<sup>(1)</sup> Come non rammentare il centrale e forse storico studio monografico di Richard Posner, *Economy of Justice*, 1981, che segnò una svolta per la scuola di Chicago, probabilmente la più impattante nell'evoluzione della ricerca giuridica e dell'impostazione degli studi giuridici negli anni 80, in Usa e con qualche riflesso anche nei sistemi educativi giuridici europei.

<sup>(2)</sup> Secondo l'ultimo orientamento della Cassazione – v. Cass., 5 febbraio 2021, n. 2832, ord. «I principi di economia processuale e ragionevole durata del processo non ostano all'accoglimento della richiesta di supplemento della consulenza tecnica in quanto l'esigenza di una tempestiva definizione del giudizio, dotata di rilievo costituzionale se, appunto, ragionevole, non è concepita quale valore assoluto, ma in rapporto alle altre tutele costituzionali e, in particolare, al diritto delle parti di agire e difendersi in giudizio sancito dall'art. 24 Cost.». V. anche, se vuoi, C. Cavallini, *La durata ragionevole del processo*, in questa *Rivista* 2021, 825 ss.

<sup>(3)</sup> Mi piace qui precisare che intendo per “domestico” non necessariamente (e inu-

di riflessioni sull'approccio da destinare, oggi, allo studio della giustizia civile, e non tanto e solo della "procedura civile", come *mainstream* evolutivo, per così dire, di una rinnovata veste del settore di ricerca. In particolare, discorrere in tema di giustizia civile ed economia implica cogliere innanzi tutto, al di là e quasi a prescindere dalla metodologia utilizzata, la funzione del binomio, o meglio ancora, le possibili funzioni di esso, vuoi dal punto di vista della ricerca, vuoi soprattutto dal punto di vista del possibile impatto nella realtà, nell'ottica del *policy-maker* (che, poi, dovrebbe essere l'obiettivo principale dello *scholar*).

2. – Non è affatto semplice assegnare una o più funzioni al binomio giustizia ed economia, giacché pare voler replicare quanto profusamente detto ormai sul più generale binomio "diritto ed economia", per molti aspetti troppo generico forse e dunque talvolta foriero di pensieri *extra vaganti* <sup>(4)</sup>.

Vorrei quindi focalizzare l'attenzione su alcuni *modi* di intendere il binomio che siano idonei a cogliere una serie di sfaccettature cui si presta la locuzione "economia", spesso usata (quasi esclusivamente) nell'accezione del *doing business* (non a torto, beninteso, ma forse troppo frettolosamente e impropriamente come lo *scopo* della giustizia civile) <sup>(5)</sup>.

Crede infatti che il primo modo di intendere la locuzione sia (stato) quello più "politico", vale a dire il riconoscimento della *funzione* della giustizia civile per lo sviluppo economico del paese, soprattutto dal punto di vista della competitività del sistema Italia almeno nel contesto europeo di riferimento primario. Da un certo punto di vista, che definirei immediato, la delineata funzione, sufficientemente corroborata di dati <sup>(6)</sup>, svolge

---

tilmente, starei per dire) uno studio meramente centrato sul diritto interno, o nazionale, ma semmai uno studio che impatta principalmente sul c.d. "mercato" interno (utile al nostro sistema, in altre parole), pur se permeato e soprattutto approcciato da una prospettiva e in contesto globale, significativamente almeno con specifico riferimento al tema indagato. *A fortiori*, vorrei dire, se da un'indagine schiettamente sul e del *processo* civile si vuole passare a quella sulla *giustizia* civile.

<sup>(4)</sup> V. già K.E. Davis, M.J. Trebilcock, *The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics*, *Am.J. of Comp. Law*, 56 (2008), 895.

<sup>(5)</sup> Sul punto, si vedano le pagine di Remo Caponi, *Doing Business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.* 2015, V, 11 ss. A me pare, e lo affermo fin dall'inizio, che il fenomeno del c.d. *Doing Business*, almeno se aprioristicamente prospettato come qualcosa di negativo, si colori per un verso di una mera connotazione ideologica e, per altro verso, assuma il sapore di una linea difensiva, temperata da aneliti e visione aperta o dall'esterno del sistema nazionale. V. *funditus*, nel testo.

<sup>(6)</sup> V. ad esempio, M. Cugno, S. Giacomelli, L. Malgieri, S. Mocetti, G. Palumbo, *La giustizia civile in Italia: durata dei processi, produttività degli uffici e stabilità delle decisioni*, in *Questioni di economia e finanza* (715), a cura della Banca di Italia, 2022.

un ruolo ricognitivo – propulsivo delle riforme processuali, sulla base dell’assunto che un’efficiente macchina giudiziaria favorisce il mondo delle imprese, a livello internazionale, a finanziare e partecipare in forma di capitale al nostro comparto industriale e finanziario, potendo infatti contare su un rapido sistema di risoluzione delle eventuali controversie che dovessero insorgere dal variegato mondo delle operazioni societarie e finanziarie. E sempre da un certo punto di vista, l’assunto appare financo scontato (basti rovesciarlo, per intendersi), sebbene alla fin fine si riveli anche in parte apodittico e in parte insufficiente. Più che una modalità di leggere il binomio “giustizia civile ed economia”, parrebbe essere meramente una missione dell’ordinamento giurisdizionale, e l’economia un richiamo dal sapore vago: valga la domanda, che la pratica non di rado scaturisce, per cui un sistema inefficiente può anche “tutelare” una parte in causa, se, per l’appunto internazionale, viene a trovarsi nella posizione sostanziale di inadempimento e in quella processuale di potenziale soccombente nella lite in corso.

Un secondo e diverso modo di intendere il binomio “giustizia civile ed economia” si può intravedere nella metodologia di studio delle dinamiche del processo (*recte: litigation*), per il quale all’approccio tradizionale (che peraltro fornisce la base indispensabile) si aggiunge un approccio metodologico – quantistico. Si tratta, beninteso, del metodo, in un primo tempo di *Economic analysis of the Law*, alla stregua della nota scuola americana emersa mezzo secolo or sono con particolare riferimento alla *civil justice* innanzi tutto a Chicago per opera di Richard Posner, ma ben presto allargatosi a macchia d’olio anche in Europa, pur tra mille sfaccettature e interpretazioni, nella diversa e bidirezionale versione della c.d. *Law & Economics*, che però trovò terreno maggiormente fertile nella teoria dei contratti sotto la scuola di Guido Calabresi (7). “Giustizia civile ed economia”, quindi, sembra assumere un ben diverso significato, sebbene in qualche misura ancillare al precedente. L’utilizzo di una particolare metodologia per l’approccio e l’analisi degli istituti processuali, non di rado congiunta a valutazioni di dati empirici sull’utilizzo di tali istituti nella

---

(7) Il punto di trasformazione, per così dire, tra la c.d. *Economic analysis of the Law* e la più “accettata” *Law & Economics* è assai complesso e fuoriesce dall’indagine di questo breve scritto: di recente nondimeno, come paradigma di questa evoluzione, si può ricordare l’imponente articolo di Louis Kaplow, *Multistage Adjudication*, 126 Harv. L. Rev., 1180 (2013), che affronta in chiave di *Law & Economics* l’impatto delle decisioni anticipate (americane, quindi *motion to dismiss e for summary judgment*) rispetto alla miglior decisione possibile a seconda della fase del procedimento (di *pretrial* americano, s’intende) e raffrontate con la classica fase del *trial by jury*.

pratica e sulla valutazione dei risultati rispetto all'obiettivo posto dal legislatore, si tramuta nondimeno sia in una eterodossa valutazione dell'esistente, sia, e soprattutto, in una contestuale prospettazione di *policy – making* per il futuro, supportata proprio da un'analisi ritenuta maggiormente oggettiva e verificabile rispetto alle soggettive valutazioni dei conditore di turno o delle stesse dottrine a supporto.

Il possibile significato della locuzione “giustizia ed economia” è quindi almeno duplice, ma non così differenziato: come i modelli strumentali della giustizia civile sono (o sarebbero) funzionale a realizzare al meglio l'economia di mercato e così favorire lo sviluppo, così gli strumenti di ricerca schiettamente economici (quindi quantitativi e di analisi dei dati) sono, al di là dei proclami, nulla più che un metodo utilizzato pur sempre per raggiungere quella funzione della giustizia, con modalità apparentemente meno opinabili in quanto oggettivi.

Sullo sfondo, sia consentito, echeggia, almeno da noi in misura preponderante, la “vecchia” economia processuale, nel senso prima ricordato: che poi alla fin fine null'altro si rivela che uno dei profili della funzione della giustizia per l'economia, vale a dire la celerità delle decisioni nel rispetto delle garanzie fondamentali del processo. Il versante dell'economia processuale è sì forse più “tecnico”, più “procedurale”, ma nella sostanza rappresenta allo stesso tempo una modalità di raggiungimento della funzione della giustizia civile in un quadro di principi giuridici fondamentali, rappresentando, come si vedrà, la possibile ... quadratura del cerchio.

3. – *Doing Business*, per l'appunto. Tanto tuonò, che non piovve, verrebbe da dire icasticamente. La mia personale opinione, anche *experienced*, rimanda innanzi tutto all'origine della locuzione, più che agli effetti, che probabilmente tradiscono un'infelice o equivocabile semantica. È noto che la locuzione sia propria del rapporto della Banca Mondiale sull'attrattività degli investimenti nei singoli paesi al fine di promuovere lo sviluppo economico (nel 2015 l'indagine pone l'Italia al cento undicesimo posto per durata media dei procedimenti civili) <sup>(8)</sup>, così come è sufficien-

---

<sup>(8)</sup> V. [www.programmazioneeconomica.gov.it/lindagine-doing-business-sub-nazionale-in-italia/](http://www.programmazioneeconomica.gov.it/lindagine-doing-business-sub-nazionale-in-italia/). Nel rapporto 2020, che si legge in <https://archive.doingbusiness.org/en/rankings/italy>, il ranking relativo all'*enforcement contract*, che in sostanza traduce l'efficienza della giustizia civile, è addirittura collocato al cento ventiduesimo posto, sebbene lo stesso rapporto precisi che la situazione italiana è molto frastagliata e divisa geograficamente tra i vari indicatori: «*Doing Business in the European Union 2020: Italy surveys 13 cities finding that no single city does equally well on all five indicators: each indicator ranking is led by a*

temente noto che tra gli indicatori (non primari, per vero) vi sia anche la misura(bilità) dell'efficienza dei sistemi di risoluzione delle controversie civili, dal momento che la difesa del diritto di proprietà e la garanzia di adempimento dei contratti costituisce un elemento basilare (e basico, starei per dire) di buon funzionamento del sistema – paese, quasi a prescindere.

Come è stato ricordato<sup>(9)</sup>, dalle riforme processuali del 2005 sembra essere emersa una correlazione funzionale dell'obbiettivo delle riforme stesse con la mera strumentalità della giustizia civile alla realizzazione dell'efficienza economica del sistema –paese; e sicuramente possiamo oggi dire che anche e soprattutto l'ultima riforma del 2022 si inserisce a pieno titolo in questo quadro, forse più di tutte.

Di qui, allora, emerge la presente riflessione. Che vuole essere più ad ampio raggio, ma senza troppi fronzoli o accomodamenti.

In primo luogo, gli indicatori o misuratori utilizzati per giustificare il *Doing Business* come scopo della giustizia civile (e delle riforme così ritenute necessarie) sono, a mio avviso, un profilo di per sé sovrastimato, che può indurre a preventive valutazioni critiche e, soprattutto, a spostare il *punctum dolens* del dibattito e dell'agire conseguente. Provo così a rovesciare i termini del problema, vale a dire a ragionare senza alcun preconcetto, senza che il *Doing Business* fosse mai emerso come profilo considerabile ai fini dell'efficientamento della giustizia civile.

Dato che per affrontare un problema bisogna essere in grado di riconoscerlo, l'inefficienza del sistema giustizia civile – seppur emerso, per così dire, ufficialmente due decenni or sono a livello di politica economica, e neppure inizialmente in Italia<sup>(10)</sup> – raccoglie una serie di fattori di efficienza di funzionamento, che in qualche misura vengono individuati come base di un plausibile miglioramento – e dunque di plausibili riforme – per il legislatore, per così dire, di turno.

---

*different city, and cities that do very well in one area are at the bottom of the ranking for others. For example, starting a business is easiest in Ancona and Milan, while Ancona ranks second to last on getting electricity, and Milan ranks last on dealing with construction permits. Also, it is easiest to register property in Rome, which is the hardest city in which to start a business. Cagliari and Turin lead the rankings on construction permitting and enforcing contracts respectively, but they lag behind the other cities on registering property. Bologna, the best performing city in the area of getting electricity, is the only city that stands in the upper half of the rankings in all five areas».*

<sup>(9)</sup> V. Caponi, *Doing Business come scopo della giustizia civile?*, cit., 13.

<sup>(10)</sup> Ricorda Caponi, *Doing Business come scopo della giustizia civile?* cit., che il primo rapporto della Banca Mondiale individuava proprio e innanzi tutto nel sistema della giustizia civile francese il momento più critico della crisi della giustizia civile come crisi di efficienza economica e competitiva del paese.

La posta in gioco viene chiamata “efficienza”, e i misuratori dell’efficienza sono sicuramente giuridici, ma sono stati individuati dalla c.d. scienza economica. Quest’ultimo aspetto mi è parso il punto principale oggetto di critica, in realtà, della critica al *Doing Business* come scopo della giustizia civile: l’inserimento dell’efficienza della giustizia civile nel contesto dei vari criteri di valutazione della competitività ed attrattività dei singoli paesi sarebbe di per sé errato, in quanto imporrebbe riforme processuali che farebbero del “mercato” il criterio ispiratore e la finalità ultima<sup>(11)</sup>. Tale critica peraltro non era nuova, tanto che alcuni saggi pubblicati oltreoceano avevano già posto il problema, starei per dire in modo classico, del difficile matrimonio tra “diritto” ed economia, per lo più lamentando il “silenzio” del *comparative law*<sup>(12)</sup> a fronte di quella sorta di provocazione – almeno così ritenuta – del saggio che aveva dato causa al *Doing Business* anche in tema di giustizia civile<sup>(13)</sup>.

Di qui, quella che potrebbe apparire una critica in quanto tale – rispetto all’affermazione per cui i sistemi di *common law*, meno formalistici, garantirebbero una migliore efficienza della giustizia civile – si può trasformare in una constatazione di partenza, financo “di parte”, ma utile per una valutazione diversa, e almeno in parte costruttiva. In particolare, credo che sia tempo di riconoscere che il punto focale dell’endiadi “giustizia civile ed economia” non può essere apoditticamente dato dalla stessa negazione di essa, in nome di altri “scopi”: ma, semmai, da una idea di cosa possa realmente significare, della rilevanza almeno parziale di essa, dello scopo ultimo in punto di *policy-making*. Ed allora, più che discorrere di indicatori, di misurazione, e quant’altro, vorrei concentrarmi sui possibili correttivi del *Doing Business*: non solo una valutazione di tali dati, ma un tentativo di compiere un passo ulteriore.

4. – Vorrei innanzitutto prescindere da una possibile e pur indiretta impostazione ideologica, cominciando con l’affermare che una funzione della giustizia civile può individuarsi anche nel proposito di efficientamento del sistema paese da lato, per l’appunto, “economico”: che vorrebbe

---

(11) V. Caponi, *Doing Business come scopo della giustizia civile?* cit., 4 e nota 11, con rimando anche a Rolf Stürner, *Markt und Wettweberd uber alles?*, Munchen 2007, 89, 128, 140.

(12) Si veda in proposito il saggio di R. Michaels, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins, Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, 57 *Am. J. Comp. Law*, 765 (2009), citato da Caponi, *Doing Business come scopo della giustizia civile?* cit., 4 (nota 14).

(13) Si tratta del saggio di S. Diankov, R. La Porta, F. Lopez-De-Silanes, A. Schleifer, *Courts*, in *Quarterly Journal of Economics* 2003, 453.

dire che la giustizia civile risponde anche alla funzione di consentire al sistema – paese di affrontare le sfide che, in una parola, non tanto il mercato, ma *tempora currunt* inevitabilmente impongono. Semmai è una questione di “prevalenza”, ma certamente la stessa strumentalità del processo civile per l’attuazione dei diritti, naturalmente là dove rivestano contenuto patrimoniale, si inserisce nel quadro del funzionamento proprio dell’economia: al di là di varie impostazioni di matrice ideologica, l’*enforcement* dei contratti come indice di efficienza della giustizia non deve affatto stupire, dato che rappresenta l’essenza della circolazione dei beni e dei servizi, cui si lega il patto o il divieto di non concorrenza, le responsabilità crescenti degli organi sociali e, in ultimo, la salvaguardia della consistenza del patrimonio dell’impresa<sup>(14)</sup>. Che, dunque, la funzione della giustizia civile, come via di risoluzione delle controversie, sia (anche) preordinata alla salvaguardia dell’efficienza economica del paese, già in ambito europeo, mi pare realmente non solo un dato fattuale, ma financo una necessità, starei per dire anche al di là del recente inserimento nel PNNR della ennesima riforma del processo civile come strumento di adeguamento europeo e condizione di finanziamento straordinario.

Nulla di cui stupirsi, pertanto, di questo *Doing Business*, di cui forse si può scontare l’infelice locuzione, ma sicuramente non la sostanza delle cose. Se, poi, si può trovare singolare il fatto che l’idea e la funzione del *Doing Business* è emersa non dal mondo dei giuristi, ma da quello degli economisti, anche questo si rivela fallace, sebbene forse di più raffinata giustificazione. La realtà, almeno sufficientemente *experienced*, è che, e non proprio da oggi, l’autosufficienza (per non dire l’autoreferenzialità) dei giuristi ha prodotto non di rado una cieca involuzione, a difesa quasi di una priorità dal sapore corporativo. A me francamente non sorprende che l’individuazione dello scopo della giustizia civile sia oggi visto anche e soprattutto in relazione al contesto economico del paese di riferimento,

---

(14) Tanto che, proprio di recente, la stessa Unione Europea ha varato un’ulteriore proposta di direttiva in materia di crisi d’impresa (2022/0408), quasi in controtendenza rispetto all’ultima del 2019 (1023), volta ad incentivare un’armonizzazione delle procedure volte alla conservazione e recupero del patrimonio dell’impresa insolvente, proprio in una logica di mercato (ed anzi in modo consonante al favor della UE per il mercato europeo) e mediante sostanzialmente la valorizzazione di azioni revocatorie stringenti nei presupposti e negli effetti. Si intuisce quindi, abbastanza chiaramente, come almeno dal punto di vista della futura recezione in Italia, il punto nodale si sposta non solo sulla parziale riconfigurazione del sistema della revocatoria, quanto sull’efficienza del processo destinato a realizzarla. V., se vuoi, per una prima lettura di tale proposta, Cesare Cavallini, *La conservazione del patrimonio dell’impresa insolvente e le nuove sollecitazioni dall’Europa. “Provocazioni” sulla revocatoria dichiarativa*, in *Riv. soc.* 2023.

se si considera che discorrere di contesto economico significa affrontare un problema della società, che si sviluppa a cavallo tra economia e diritto, tra realtà e bisogno di regolamentazione.

Che, quindi, un non-giurista intraveda e proponga una sorta di rinnovata funzione di un settore della scienza sociale ritenuto non più confacente alla realizzazione di obiettivi della società stessa, di per sé, appare benvenuto e sicuramente neppure troppo sorprendente. Da una visuale maggiormente scientifica, per così dire, una tale iniziativa rivela molto di più: innanzi tutto un primo e se vogliamo principiante approccio *empirico* degli studi giuridici, mutuato senza dubbio da quelli economici un tempo di frontiera ma oggi normalizzati. Un approccio che fa emergere un primo embrione di interdisciplinarietà degli studi giuridici, che non è solo tra settori diversi del diritto, ma di diverse scienze sociali, così avvicinando lo *scholar* (di varia estrazione culturale e scientifica) a potenziali nuovi approcci di studio e diverse metodologie.

Di qui nasce un possibile ripensamento della valutazione del *Doing Business* come scopo della giustizia civile, soprattutto considerando la negazione di esso in nome della tradizione secolare della dommatica di *Civil Law*. Su questo punto, o meglio su questa alternativa, credo sia opportuno essere molto chiari ed incisivi, se possibile.

5. – Non vi è dubbio che, preso alla lettera, il saggio degli economisti di area americana contenga frettolose deduzioni, scarsa conoscenza del sistema della giustizia civile (innanzi tutto americana) e, dunque, si possa prestare, direi anche troppo facilmente, a severe critiche, quasi indignate<sup>(15)</sup>. Aggiungo che lo stesso sbandierato “vantaggio” del sistema americano rispetto ai modelli di giustizia e processo civile europei (francese e italiano, soprattutto) appare ad onore del vero una mera asserzione, frutto più di uno stereotipo che di una meditata riflessione, ma senz’altro manifestazione di una non del tutto corretta conoscenza del sistema stesso, delle sue note criticità, senza voler considerare l’origine funzionale e strutturale che fa divergere le rispettive tradizioni legali.

Nondimeno, la progressiva rilevanza del rapporto funzionale tra giustizia civile ed economia, pur volendo e dovendo prescindere da alcune “esagerazioni” da parte degli studiosi economisti, induce a svolgere una serie di riflessioni, che almeno nella mia opinione dovrebbero altrettanto prescindere dalle difese della “tradizione”, in quanto tale. Per “tradizione” intendo l’ostinata difesa della nostra “dommatica” come un baluardo con-

---

<sup>(15)</sup> V. Caponi, *Doing Business come scopo della giustizia civile?* cit., 6-7.

traffonibile a difesa dell'attacco del "nemico", in questo caso l'improvviso quanto incolto studioso di economia che, pur forse esagerando, si avventura nel dare una spiegazione empirica dell'inefficienza della giustizia civile italiana come fattore incidente sulla competitività del paese. La mia opinione è che così argomentando è come contrapporre il bianco al nero, o più ancora due entità in partenza non raffrontabili.

Per converso, credo sia opportuno tentare di percorrere una strada diversa, verso un possibile diverso inquadramento dello scopo della giustizia civile che non si adagi meramente sulla contrapposizione anzi delineata. Questo modo di procedere non necessariamente implica una valutazione delle riforme in atto, ma semmai un possibile e diverso modo di approccio a future riforme, sul presupposto, beninteso, che possano godere del tempo opportuno per essere preparate e condivise.

Devo dire, anzitutto, che la stessa locuzione "scopo della giustizia civile" è vacua, in quanto il termine "giustizia" ne racchiude il senso: la "giustizia" è un servizio, una funzione indispensabile dello Stato, in altre parole è *in sé* uno scopo. E dunque, senza scendere ad analisi di natura filosofica, il problema che pone il *Doing business* è sostanzialmente un altro, ed attiene al *quomodo* la realizzazione dello scopo fondamentale della giustizia possa più efficacemente attuarsi *ratione temporis*.

Il fattore tempo, o evoluzione del e nel tempo, gioca infatti un ruolo centrale nella definizione del rapporto tra giustizia (in questo caso, soprattutto "civile"), per due ordini di fattori. Il primo è dato dall'evoluzione nel tempo della società, che coinvolge l'evoluzione industriale e oggi sostanzialmente tecnologica, il superamento dei confini nazionali (l'Europa, ma anche il *global context*); il secondo fattore è dato dal complementare adeguamento delle regole, o dall'assenza delle medesime, che dovrebbero governare tale evoluzione nel tempo. In fondo, quando si parla di giurisprudenza *creativa*, o financo *evolutiva*, si parla proprio di questi fattori combinati come essenza del compito della *iurisdictio*, a sua volta esercizio concreto della "giustizia".

Questi brevi rilievi, apparentemente banali, in realtà si rivelano – beninteso, a mio avviso – utili per spostare il campo d'indagine dal "demonio" del *Doing Business* come negazione del valore e della funzione della dommatica di antico stampo, e quindi evitare fenomeni di autoconservazione di effimera portata (e nessun risultato).

Il primo punto fermo – e questo deve essere chiaro – è dato dalla funzione della giustizia civile come fenomeno di componimento di una lite, se vogliamo di carneluttiana memoria, mediante il riconoscimento dell'esistenza dei diritti violati, di cui si chiede la tutela, per l'appunto in giudizio. Non è, in definitiva, per ripetere il dettato dell'art. 24 Cost., ma non vi è

dubbio che la stessa giustizia, già come termine, postula un conflitto di interessi da accertare se in violazione di norme giuridiche o meno. Lo scopo di “stabilizzazione” sociale di per sé costituisce l’essenza della “giustizia”, ne struttura l’ordinamento giuridico, contribuisce allo Stato di essere uno Stato, rendendo concreta l’astratta volontà di legge.

Nondimeno, ribadito (anche superfluamente) questo aspetto preliminare, globalmente condiviso, chiedersi se, in una con il *Doing Business*, lo scopo della giustizia civile sia (anche, o solo) la ricerca di un ruolo maggiormente competitivo dello Stato nell’“economia”, tradisce di per sé, anche qui, un errore di metodo, che potrei definire una sorta di salto logico nell’impostazione dell’intero problema che ci occupa. E in questo senso condivido le allarmate considerazione di Caponi, pur non abbracciando alcuna impostazione paraideologica e pur non volendo ergermi a difensore strenuo dell’insuperabile valore e portata della dommatica della scienza processualciviltistica.

In particolare, la reale questione, a mio avviso, è un’altra: il monito severo e la critica degli economisti, peraltro non inaspettata e poi comunque anche da noi comprovata di vari dati statistici, è quella di chiedersi se l’attuale sistema, comprensivo del codice di rito e dell’organizzazione giudiziaria e amministrativa di supporto, realizzi la funzione e lo scopo dianzi rammentato *nel miglior modo possibile*, soprattutto considerando la litigiosità ad impatto economico e il crescente fenomeno della *cross-border litigation* anche in Italia, sia a livello di giurisdizione che di legge applicabile.

6. – Anticipo subito la conclusione cui vorrei giungere, prendendo spunto dal monito di Remo Caponi di sforzarsi a guardare il sistema (di funzionamento) della giustizia civile italiana “chiamandosi fuori”, vale a dire da un occhio “esterno”. Mi pare proprio la giusta prospettiva, forse l’unica vera, ma allo stesso tempo non vorrei neppure impostare il discorso tra neoliberale (o neoliberista?) e non. Non credo sia produttivo di un risultato migliore, e in ogni caso la preimpostazione ideologica è (anche solo indirettamente) condizionante in prevenzione del risultato che si *vuole* raggiungere.

La conclusione è per taluni aspetti molto semplice, ed è già tutta scritta nella Costituzione. Una fonte che non è il Codice di Procedura Civile, che non precetta la dommatica, che garantisce semmai principi ineludibili, che direttamente o indirettamente sono coinvolti nella *machinery* giurisdizionale.

La giustizia civile partecipa allo sviluppo economico-sociale dello Stato, garantendo l’attuazione dei diritti e perseguendo i valori sanciti dalla Costituzione. Al legislatore, e alla dottrina per quanto di supporto, è fatto

obbligo di adeguare l'assetto normativo più adeguato al periodo storico, nel quadro dell'europeizzazione e globalizzazione della pur domestica disciplina processuale civile e dell'organizzazione giudiziaria. Alla giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, compete ove richiesto di partecipare a questa funzione apicale dell'attività giurisdizionale mediante un costante adeguamento interpretativo del bisogno di tutela scaturente dal caso concreto, anche legittimamente superando il rigido schema meramente dichiarativo di diritti preesistenti e regolati, seguendo l'indirizzo dell'interpretazione c.d. costituzionalmente orientata<sup>(16)</sup>.

Innanzitutto, il momento "giurisdizionale" non è solo "un momento" della vita dello Stato, ma è almeno al pari di altri pilastri, un aspetto ineludibile in cui si misura la tenuta dello Stato, la fiducia in esso da parte dei cittadini, che ne percepiscono la stessa esistenza allorché la pace sociale sia minacciata, a qualsiasi livello di conflitto di interessi. In questo (ineludibile) quadro, il buon funzionamento dell'attività giurisdizionale non solo è di per sé postulato dall'art. 111, comma 2°, Cost., ma non in misura secondaria è funzionale ai rapporti efficienti tra giustizia ed economia, in senso lato: ed in questo senso appare franco e altrettanto scontato che un obiettivo di tal portata sia stato posto dall'Europa nel momento dell'erogazione dei fondi del PNNR. Non si tratta di una imposizione del *Doing Business*, ma per il nostro Paese un richiamo ad un precetto costituzionale, che attualizzato al contesto socioeconomico di oggi, si riflette anche in tema di *competition* del paese stesso nel quadro economico-sociale del contesto almeno europeo, a guisa di una delle condizioni necessarie affinché possano essere attratti investimenti e finanziamenti, soprattutto se si considera il crescente fenomeno della crisi d'impresa<sup>(17)</sup>.

Si può discutere se l'attrazione di investimenti rappresenti sempre e comunque un bene per il sistema economico del paese e in generale per il benessere sociale, ma credo che una risposta comunque positiva sia dovuta: è l'Europa in definitiva che punta su questo fenomeno, a partire dagli sforzi per l'attuazione del Mercato di Capitali Unico Europeo<sup>(18)</sup>. La garanzia del massimo livello di protezione degli investitori non solo

---

<sup>(16)</sup> Questo ultimo aspetto è peculiarmente interessante, dal momento che mette in discussione (e *in parte qua*, avvicina) i classicamente contrapposti sistemi fondati sui *rights* rispetto a quelli impostati in chiave di *remedies*. Aggiungo che questo aspetto, al pari e forse più di altri, rappresenta il classico "occhio dall'esterno", come si è cercato di avvertire in Cesare Cavallini & Marcello Gaboardi, *Rights vs. Remedies: Towards a Global Model*, 28 *U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y* 171 (2022).

<sup>(17)</sup> V. *supra*, nota 14.

<sup>(18)</sup> Vedi <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/capital-markets-union/>.

(espressamente) si traduce in un'armonizzazione e potenziamento dei sistemi di recupero dei finanziamenti mediante la conservazione del patrimonio dell'impresa, ma indirettamente e inevitabilmente per via di un'efficiente *machinery* giudiziaria che rafforzi in concreto le azioni a tal fine e, in generale, l'*enforcement* dei diritti dei creditori nell'attuazione dei contratti<sup>(19)</sup>.

Di qui, l'enfasi attribuita al *Doing Business* pare realmente eccessiva, e financo controproducente. Semmai, un rilievo critico potrebbe essere formulato con riguardo alla portata dell'obiettivo rispetto al più ampio campo applicativo della rinnovata regolazione del sistema giustizia civile, che non si limita all'*enforcement* dei contratti o al recupero effettivo dei finanziamenti, ma si allarga ad ogni situazione bisognosa di tutela giurisdizionale, anche non schiettamente di carattere patrimoniale e legata al buon funzionamento dell'economia. Ma proprio la recente riforma ha smentito sul nascere il potenziale rilievo critico, profittando del *Doing Business* per riformulare la tutela giurisdizionale del diritto di famiglia e dei minori.

Il punto a mio parere è un altro, e in definitiva attiene al ruolo del giurista, accademico ma non solo, nell'attività di *policy-maker*. E qui si innesta, non come contrappeso o rimedio, ma come completamento necessario di un obiettivo funzionale transnazionale, che, condivido, deve essere guardato il più possibile "dall'esterno", ma con un'attenzione particolare al rispetto dei diritti fondamentali e della onnicomprensività del sistema giurisdizionale civile ai sensi dell'art. 24 Cost.

7. – L'osservatorio "esterno", nondimeno, richiede di essere precisato nei suoi confini e nella sua rilevanza, anche pratica. Ridefinita, e in parte anche normalizzata, la funzione del *Doing Business*, la prospettiva di *policy-maker* da cui muovere è assai complessa, forse financo inusuale per il processualcivilista, ma sicuramente affascinante e foriera di notevoli sviluppi e conseguenze anche al di là del peculiare tema in oggetto<sup>(20)</sup>.

Credo sia opportuno procedere per gradi, Innanzi tutto, va sgombrato il campo da un equivoco, e su questo non sono del tutto d'accordo con

---

(19) Un'interessante e consonante opinione si registra anche sul versante del processo amministrativo, peraltro direttamente precettato da un'ulteriore previsione costituzionale quale l'art. 97. V., infatti, Luca Tria, *Il possibile contributo della giurisprudenza per una pubblica amministrazione all'altezza del cd. Recovery Fund*, in *Questione giustizia* 2021.

(20) Posto che il ruolo di *policy-maker* del giurista è essenziale e, per così dire "naturale", esso non può essere visto come antagonista al *Doing Business*, ma semmai complementare e adattativo.

l'amico Remo Caponi, che il percorrere le tradizionali capacità nostrane di «andare per la nostra strada, percorrendo le vie più alte della dogmatica, è proverbiale»<sup>(21)</sup> e, soprattutto, tale percorso sarebbe l'antidoto al «vantaggio americano nella pratica legale globale»: come un antagonismo di cui si confessa pure la difficoltà a provare di vincerlo. Credo, infatti, che sia opportuno abbandonare ogni forma di preconstituita visione delle cose: non so se parlare di un “vantaggio americano” *a priori*, ma neppure sono certo che le alte vette della dogmatica italo-tedesca siano oggi l'aspirazione assoluta e il motore delle riforme sulla giustizia civile. Basti un piccolo ma significativo esempio per ridimensionare quanto sterile, spesso ideologica, non di rado meramente linguistica poteva e può soprattutto oggi apparire questa contrapposizione: Giuseppe Chiovenda, che con la dogmatica processualciviltistica italiana si annovera tra i padri, con grande candore e senza alcuna remora espressamente contemplava e auspicava un modello di interrogatorio libero delle parti ispirato all'esperienza anglosassone<sup>(22)</sup>, e chiunque vede quanto dirompenti e attuali oggi appaiono quei rilievi, alla luce delle recenti riforme processuali.

La storia recente delle riforme sulla giustizia civile dimostra in realtà che non si è guardato dall'“esterno”, o se si è guardato, si è guardato approssimativamente, come palesa, ad esempio, la frettolosa introduzione del c.d. filtro in appello. Gli interventi sulle norme processuali sono stati pensati funzionalmente alla riduzione dei tempi processuali di formazione del giudicato, nel quadro, nondimeno, di un inalterato sistema processuale e della sua tradizionale interpretazione. Guardare “dall'esterno”, al contrario, dovrebbe implicare una rivalutazione dell'intero comparto giustizia civile che, lungi dal potersi esaurire in riforme *ad hoc* sul rito e poco oltre, affronti il problema radicalmente a partire dal ruolo delle Università nella formazione per le professioni legali e, starei per dire, para-legali.

Se questo disegno probabilmente fatica ad imporsi, scontrandosi con il “tempo” della legislatura, nondimeno il ruolo di *policy-maker* dello studioso esige che almeno tentativo venga compiuto, non fosse che per alimentare lo spirito del dibattito. Di qui, in primo luogo, si dovrebbero tracciare le c.d. “macro”: ridimensionato e normalizzato il *Doing Business*, ma nel contempo preso atto che una relazione di causa-effetto tra efficienza del sistema giustizia ed efficienza economica (in senso lato) dello Stato è del tutto accettabile e financo irrinunciabile già solo nel quadro (norma-

---

<sup>(21)</sup> V., espressamente, Caponi, *op.cit.*, 8.

<sup>(22)</sup> Giuseppe Chiovenda, *Relazione sul Progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra (1920)*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano 1993, 65.

tivo) europeo, le direttive che potrebbero guidare un simile percorso si muovono, a mio parere, sull'attualità del sistema, in alcuni suoi fondamenti e sulle tracce indelebili della Costituzione, per un verso e, per l'altro, sul ruolo sottostimato della formazione dei soggetti chiamati a interpretare e dare attuazione al sistema medesimo.

La prima "macro" è di per sé tanto ambiziosa quanto sfuggente. Non posso essere d'accordo con gli economisti che frettolosamente tacciano i sistemi europei di giustizia civile (e dunque non solo il nostro) di eccessivo formalismo e dunque li vedono essi stessi, per come strutturati, causa dell'inefficienza. Così come non posso essere d'accordo con la contrapposizione come modello di riferimento *tout court* di un presunto "vantaggio" del sistema americano. È troppo semplice, verrebbe da dire.

Credo invece che si possa procedere seguendo una via più ragionata, innanzi tutto evitando sterili contrapposizioni ma semmai constatando che non è certo la "dogmatica" il punto da difendere per definizione: sia perché di per sé non vuol dire nulla, sia e soprattutto perché la stessa giurisprudenza di legittimità ha da tempo intrapreso la strada della semplificazione, e nell'intraprendere questa strada si può affermare che una prima ridefinizione di alcuni perni questa "dogmatica" sia avvenuta, implicitamente o meno, non in modo troppo dissimile con le linee portanti (o alcune di esse) proprio del "vantaggioso" sistema americano, come regolato e interpretato dal Suprema Corte<sup>(23)</sup>. Può non piacere, beninteso, ma bisogna in qualche misura prenderne atto.

Per altro verso, proprio la "difesa" della dogmatica, che altro non può significare che la "difesa" – se ve ne fosse bisogno – della migliore tradizione continentale della giustizia civile, postula che quella tradizione si confronti con la misura dell'adeguatezza alla ben diversa e più complessa realtà, non solo data dalla (pur apparentemente contenuta, in ultimo) *litigation explosion*, ma anche dalla multiforme tipologia e varietà di questo fenomeno, dalle spesso diverse esigenze sottese e finalità perseguite<sup>(24)</sup>. Spirito critico e assenza di autoreferenzialità, pur nel quadro di

---

(23) Si permetta il rinvio al mio scritto, *Processo civile e semplificazione del sistema: quale ruolo per la giurisprudenza?*, in questa *Rivista* 2022, 839 ss. Lo scritto analizza le *values* di alcune recenti pronunce giurisprudenziali della Corte di cassazione, anche alla luce delle progressive convergenze con il sistema della giustizia civile anglosassone, in particolare in tema delle nuove tendenze in punto di oggetto del giudicato. Emerge così la funzione insostituibile della giurisprudenza come elemento innovatore del sistema, anche al di là dell'intervento spesso tardivo e parziale del legislatore.

(24) Un simile fenomeno e un pronto approccio si è verificato anche in un sistema "non dogmatico", quale usualmente si definisce – ma con approssimazione – quello U.S.: la miglior dottrina lo ebbe a segnalare anni or sono, seppur con spirito critico alle prime

un ordinato dibattito con la dottrina, devono a mio avviso costituire le matrici di un diverso approccio al problema della crisi della giustizia anche e soprattutto al cospetto dei riflessi negativi sul sistema economico (in senso lato) dello Stato.

D'altro canto, sarebbe pretestuoso e presuntuoso leggere come abbandono alla "dogmatica" il vantaggio americano segnalato (ripeto, frettolosamente) dal rapporto *Doing Business*. Il nesso tra dogmatica e formalismo è frutto più di uno stilema, ma è privo di significato, e l'*exceptionalism* come (un tempo) elemento distintivo della disciplina della giustizia civile americana non è mai stato visto da quella prospettiva come un elemento di vantaggio sui sistemi continentali, ma come la "unicità" di quel sistema misto, di matrice del common law inglese, da cui pian piano diverge (a cominciare dalla costituzionalizzazione della giuria) e dalla contaminazione culturale (anche grazie alla progressiva apertura delle importanti Law Schools ai giuristi continentali) e dal raffronto con i sistemi di *civil law*, sia pur nell'esagerata contrapposizione tra modello *adversary* e modello *inquisitorial*<sup>(25)</sup>.

Semmai, il senso che possiamo conferire al *Doing Business* è diverso da quello prospettato finora, e può essere quello di valutare se le riforme

evidenti crepe dell'originario sistema e funzione delle *Federal Rules of Civil Procedure*, a proposito (ma non solo) del progressivo e massiccio uso del *summary judgment* come modalità primaria di definizione della lite nella stessa fase del *pretrial*, con conseguente progressiva vanificazione dell'originario e pur costituzionale epilogo del *trial by jury* e *del day in court*, a seguito di importanti interventi manipolativa della Suprema Corte degli Stati Uniti. Si vedano, esemplificativamente, A. R. Miller, *The Pretrial Rush To Judgment: Are The "Litigation Explosion," "Liability Crisis," And Efficiency Cliches Eroding Our Day In Court And Jury Trial Commitments?* 78 N.Y.U. L. Rev., 982 (2003); John H. Langbein, *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, 122 Yale L. J., 982 (2012).

Questo fenomeno d'oltreoceano deve fare molto riflettere, proprio al nostro fine: la flessibilità delle stesse regole, reinterpretate dalla giurisprudenza, financo in controtendenza rispetto alla originaria funzione e scopo, rappresentata un *modus procedendi* anche di un sistema fondato anche sul *Precedent Law*, e quindi tendenzialmente conservativo; esso però costituisce un segno di "maturità", per così dire, ben lungi dall'ostinata autoconservazione, e nonostante severe ma costruttive critiche della miglior dottrina. L'aspetto oltremodo interessante è dato anche qui dal fatto che l'adattamento di alcuni *cornerstones* delle FRCP (promulgate nel 1938) si originò proprio da fattori ed esigenze dettate dal mondo economico e in particolare dalle liti finanziarie.

<sup>(25)</sup> V., per tutti, a tal proposito, il notissimo saggio di Oscar G. Chase, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, 50 *Am. J. Comp. Law*, 277 (2002). Una parzialmente fuorviante radicalizzazione della differenza tra modello *adversarial* e modello *inquisitorial* si nota, ad esempio, nella erroneamente ritenuta appartenenza esclusiva al sistema *adversarial* del principio di concentrazione, il quale invero costituisce un momento essenziale fin da Chiovenda proprio (ed anche, se si vuole) dei sistemi continentali: v., in proposito John Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 *U. Chi. L. Rev.* 823, 823-24 (1985).

processuali possano o debbano financo ispirarsi ad alcuni *cornerstones* di area anglosassone, al netto, per così dire, dei tecnicismi sottostanti i diversi sistemi di regolamentazione della giustizia nelle due famiglie legali. Per questa via, si potrebbe giungere ad una indiretta rivisitazione (anche parzialmente) concettuale del nostro sistema, mediante la sperimentazione di nuovi modelli e tecniche di tutela pur nel generale quadro concettuale del sistema vigente. Ne sono conferma, in una certa qual misura, alcune tendenze della recente riforma del giudizio civile di primo grado, se lette in quest'ottica e non solo minuziosamente cesellate dal punto di vista tecnico (semmai, quest'ultimo, un diverso profilo, da valutarsi a valle, per così dire).

A partire dalla novellata struttura del procedimento di primo grado, nonostante le diffuse critiche che sta attirando. Ne ho già trattato sulle pagine di questa *Rivista* <sup>(26)</sup>, prim'ancora della definitiva promulgazione, a proposito di una neppur troppo vaga somiglianza con la struttura della fase *pretrial* del procedimento civile americano, almeno nelle sue linee di fondo: se si eccettua la diversa struttura della *discovery* (che rappresenta ad oggi l'unica vera prerogativa del modello *adversarial*, seppur alquanto temperata dal sempre più crescente controllo giudiziale), l'idea di una definitiva trattazione della lite prodromica ad una sorta di *preliminary conference* in cui il giudice ha chiari i termini della controversia, potendo così anche prontamente definirla, contribuisce senz'altro, almeno sulla carta, a disegnare un modello di tutela volto ad una efficiente soluzione della controversia.

Così come il potenziamento della conciliazione giudiziale, ovvero provocata anche dal giudice dentro il giudizio pendente, si inserisce in un quadro europeo in via di consolidamento, ma soprattutto fa eco ad uno dei *device* maggiormente significativi del sistema anglosassone, ancor più di quello inglese, il *judicial settlement*, alternativo non solo al *trial by jury*, ove rimane, ma anche ad altri e preliminari strumenti di pronta definizione della lite mediante provvedimento decisorio (il *summary judgment*, per esempio).

Trattasi di un tradimento della “dogmatica” in nome del mercato? Non credo francamente si possa replicare in tal senso, ed anzi. Semmai il punto è un altro, a mio avviso più importante: l'evoluzione dei modelli di tutela riflette un diverso “sentire” la funzione della giustizia civile? Ovvero, in altri termini, risponde pur sempre ai canoni fondamentali della

---

<sup>(26)</sup> V. Cesare Cavallini, *Verso il nuovo modello del procedimento ordinario di cognizione*, in questa *Rivista* 2022, 161.

giustizia “giusta”, i quali sono da salvaguardare a prescindere dal c.d. condizionamento economico? Fino a che punto (e se, come) il parametro dell’efficienza riesce a conciliarsi quello dell’effettività?

8. – La linea è già tracciata, dicevo, dalla Costituzione e dalla stessa giurisprudenza costituzionalmente orientata, che pervade anche l’interpretazione delle norme processuali. Sembra scontato, ma non lo è e non lo è soprattutto ora, cui viene data enfasi al canone della ragionevole durata del processo come primario canone costituzionale perseguibile dalle riforme, e quindi implicitamente suscettibile di quella erronea percezione del fine della giustizia civile come mero *Doing Business*.

In verità, il punto importante è un altro, ed è dato dal *quantum* di effettività viene preservato in un quadro di tendenziale priorità dell’efficienza della giustizia. O, meglio ancora, dal bilanciamento dell’efficienza e delle modalità e strumenti per raggiungerla con l’effettività, in un quadro in cui la stessa efficienza è parte dell’effettività, proprio ed anche dal punto di vista dei tempi di formazione della cosa giudicata.

Di qui, qualche perplessità, almeno sulla carta e prima di poter valutare i risultati dell’applicazione pratica in un adeguato lasso temporale di riferimento, emerge proprio in relazione al nuovo schema del procedimento civile, anche con riferimento alla fase decisoria, rinnovata anch’essa. Vorrei da subito tracciare le linee portanti di queste osservazioni: per un verso vi è la necessità, se non l’obbligo nel caso di una riforma fortemente condizionata economicamente quale l’ultima, di *cost-saving*, già in termini di tempi della giustizia; per l’altro verso, vi sarebbe l’obbligo di parimenti modellare strumenti che incidono sul diritto di azione e difesa e in definitiva sul *truth-finding* come epilogo “giusto” della controversia, pur in un quel contesto di forte condizionamento. Il punto posto all’attenzione non è neppure così nuovo, a ben vedere, già e proprio con riferimento al precedente modello di trattazione della lite; tanto che ora appare ancor più emergente, nonostante l’auspicata tendenza verso la riduzione dei tempi di formazione del *decisum*.

Non è chi non vede(va), infatti, la bizzarra situazione che si veniva a manifestare, già all’indomani delle riforme processuali del 2005/2006, dei tempi contingentati delle tre memorie di trattazione *post* prima udienza e il “collo di bottiglia” della lunga fissazione dell’udienza di precisazione delle conclusioni, che portava non di rado ad una decisione della lite molto tempo dopo (questo sì irragionevole) la definitiva fissazione del *thema decidendum*. Di qui, l’eccessiva durata del processo era a detrimento sia della decisione “giusta” sia del lato “economico” dell’attuazione della giustizia civile: i due profili si sovrapponevano e potevano essere affrontati

contestualmente. Il *Doing Business* semmai è servito a porre l'attenzione anche a questo versante, e a stimolare possibili soluzioni alternative di approccio al problema, anche per il tramite dell'intervento manipolatorio del Codice di rito.

Nondimeno, le soluzioni adottate, che si poggiano, *inter alia*, sull'anticipazione delle memorie di trattazione alla prima udienza, di cui viene trasformato il contenuto e la funzione, l'aumentata *chance* di raggiungimento della conciliazione giudiziale e le possibilità di una decisione immediata della lite<sup>(27)</sup>, appaiono tanto di impatto "internazionale", quanto di attenzione sul versante del processo "giusto", nei limiti inderogabili tracciati dai principi costituzionali e della di questi stratificazione interpretativa. Tale attenzione è necessaria e funziona da "correttivo" di una malintesa accezione del condizionamento economico (e della funzione erroneamente ritenuta assorbente della giustizia civile ai fini puramente "economici").

Ed allora, vi sono almeno due profili che meritano attenzione, da questo punto di vista. Il bilanciamento tra la ragionevole durata (efficienza) e il diritto di azione e difesa (effettività) potrebbe riconsiderare i tempi della trattazione pre-udienza in modo da consentire un agio (per così dire) migliore nello svolgimento delle memorie, e soprattutto una migliore regolamentazione dei rilievi *ex officio* di questioni processuali nonché l'eventuale ampliamento della lite dal punto di vista soggettivo e oggettivo. Se la funzione della prima udienza muta alquanto, e se questo momento può essere financo idoneo ad una pronta definizione della lite, l'effettività deve essere preservata pur in un quadro temporale più consono ma comunque rispettoso dell'efficienza, che si misura non solo in punto di tempo da dedicare alla trattazione della causa, ma anche e soprattutto funzionalmente al tempo (finale) di soluzione della controversia: che deve essere "giusta", contestualmente alla sua durata ragionevole. La tensione verso il bilanciamento tra i due fattori appartiene da sempre proprio al modello anglosassone, e in particolare a quello americano, di cui una certa somiglianza si intravede.

---

(27) Sebbene debba notarsi come il collo di bottiglia della fissazione dell'udienza di precisazione di conclusioni rischi di rimanere nella sostanza invariato, a causa della previsione della rimessione in decisione lasciata alla tempistica del giudice istruttore. A parziale discapito, si può in astratto al momento pensare che i vari diversi possibili strumenti di definizione della lite, previsti o potenziati dall'impianto complessivo della riforma, possano ridurre in concreto l'impatto "numerico" – e quindi indirettamente temporale – di tale iato temporale, rendendo così maggiormente efficiente (meno tempo, meno costi) ed effettiva (più giusta, nel senso del minore scollamento tra trattazione e decisione) la soluzione della lite.

Il secondo profilo è trasversale, e va al di là financo del procedimento di primo grado, sfiorando anche il nuovo art. 380-*bis* c.p.c. sulla decisione accelerata dei ricorsi per cassazione inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati. Si tratta del contenuto della motivazione dei provvedimenti finali, di vario tipo, da quello epilogo del giudizio, a quello anticipatorio, a quello financo della manifesta infondatezza del ricorso per cassazione. Non solo a mio parere<sup>(28)</sup>, il parametro della motivazione rimane decisivo, in quanto retrospettivamente, maggiore è la manifestazione della *ratio decidendi*, maggiore è la dimostrazione che in concreto il procedimento si è svolto in modo “giusto”. La relatività del principio della ragionevole durata – ormai stabilita dalla stesa Consulta – e i conseguenti strumenti processuali di volta in volta conati per assicurarla impongono, starei per dire, che di questi ultimi sia rimandato il giudizio di valore secondo un parametro di legittimità antico, se si vuole, ma cruciale ed ineliminabile, vero e unico collante della tenuta della giustizia in quanto tale: il convincimento della parte delle ragioni della soccombenza.

Le linee tracciate dalla Costituzione sono necessarie e sufficienti per rendere in definitiva irrilevante sul piano della tenuta del sistema il paventato rischio dello stravolgimento della funzione della giustizia civile come meramente “economico”, peraltro in un frainteso senso ultimo della locuzione, in parte comunque corretta e attuale.

9. – È così vien naturale ritornare sulle prime pagine, inerenti ai possibili significati della locuzione “giustizia civile ed economia”. Credo che, in definitiva, l'apparentamento della giustizia con l'“economia” sia da preservare, per taluni aspetti, e circoscrivere, per altri. Ma, innanzi tutto, credo siano da distinguere piani e funzioni diverse, che diversamente potrebbero fuorviare nell'accreditamento di una simile endiadi.

In particolare, il richiamo al sintagma “economia processuale”, variamente utilizzato dalla giurisprudenza soprattutto come espressione rafforzativa dell'applicazione del principio della ragionevole durata del processo, di per sé si risolve in un fattore “interno”, per così dire, seppur non di secondaria importanza: quello per cui l'interpretazione delle norme processuali pur vigenti deve tendere, ove possibile, a realizzare l'obbiettivo di un processo efficiente, volto ad eliminare tempi dilatori ma pur sempre nella salvaguardia dei diritti costituzionali di azione e difesa<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Così mi viene il vivo ricordo del Maestro: v. V. Colesanti, *Ultimi pensieri (di un «passante qualsiasi») in tema di motivazione*, in questa *Rivista* 2020, 475 ss., spec. 475-482.

<sup>(29)</sup> V. i rilievi introduttivi e nota 2. Un importante riferimento in proposito è costituito

Al contrario, la declinazione dell'endiadi come richiamo al ben diverso sintagma della *Law & Economics* deve alquanto circoscriversi, seppur non così ridimensionarsi. Si deve circoscrivere quanto al contenuto, trattandosi fuor di dubbio di una metodologia specifica, polifunzionale starei per dire, tecnicamente non usuale soprattutto per i canoni ermeneutici continentali, ma allo stesso tempo esprime un'esigenza ben chiara: le riforme puramente concettuali, o "sulla carta", hanno dimostrato di non funzionare, non avendo saputo riconoscere ed aggredire i problemi che la realtà pone(va) e, pertanto, si rende almeno opportuno cercare una via diversa di approccio. Da questa visuale, il rapporto tra giustizia civile ed economia esprime un doppio senso: alcune metodologie della scienza economica e sociale (binomio ormai quasi inscindibile), come la raccolta e l'analisi scientifica dei dati, rappresentano una base di lavoro importante ai fini dell'individuazione di possibili cause di inefficienza e di altrettanti strumenti e spazi per approntare i rimedi più confacenti. Aggiungo che, tuttavia, se proprio si vuole mutuare la metodologia di *Law & Economics*, il giurista deve saper temperare i risultati statistici con la proposta rimediabile "giusta", nel senso del rispetto del bilanciamento dei principi e dei valori costituzionali tracciati: questo significa evitare assolutismi di risultati e di rimedi conseguenti, così bilanciando efficienza ed effettività e conferendo alla metodologia stessa un valore aggiunto e non una funzione esclusiva di *Doing Business*.

In conclusione, la locuzione giustizia civile ed economia non riflette così apoditticamente un condizionamento economico, ma semmai contribuisce ad arricchire di metodologia e visione un aspetto ineludibile del giurista e del *rule-maker*, vale a dire dello studio delle riforme anche dotate di utilità pratica nel contesto temporale di riferimento. Non esiste una funzione diversa della giustizia civile dall'apprestare un servizio di tutela dei cittadini, nel primario rispetto delle condizioni di uguaglianza ed effettività da tempo tracciate in varie sedi e nel dialogo tra le Corti, anche sovranazionali. Il richiamo all'efficienza della giustizia, come parametro *lato sensu* economico, è aggiuntivo, nel senso che diventa un parametro di valutazione dell'effettività nel contemporaneo contesto socioeconomico dello Stato, ma pur sempre in linea con il rispetto della traccia sopramenzionata. A questo specifico proposito, il peculiare contesto dato dall'urgenza della realizzazione del piano previsto dal PNNR, e dalla stringente necessità di attuarlo<sup>(30)</sup>, induce a valorizzare il piano generale dell'ultima

---

dalla recente pronuncia della Corte costituzionale n. 253/2020 in tema di sorte della domanda riconvenzionale proposta nel di procedimento sommario.

<sup>(30)</sup> Di cui la recente massima attestazione: [www.osservatoriorecovery.it/mattarella-il-pnnr-occasione-storica-piu-del-piano-marshall/](http://www.osservatoriorecovery.it/mattarella-il-pnnr-occasione-storica-piu-del-piano-marshall/).

riforma della giustizia civile, che sembra essere premiata dagli ultimi dati valutativi dello stesso Ministero della Giustizia<sup>(31)</sup>, nel quadro di una valutazione (anche) economica della riforma stessa e della funzione della giustizia.

---

<sup>(31)</sup> V. [www.giustizia.it/giustizia/page/it/pnrr](http://www.giustizia.it/giustizia/page/it/pnrr). Il primo semestre del 2023, infatti, registra un mai conosciuto così vistoso calo delle pendenze e dell'arretrato, rispetto alle ultime due decadi, intorno al 20 per cento in pochi mesi di raffronto. Sin veda anche Sabino Cassese, [https://www.corriere.it/editoriali/23\\_ottobre\\_31/i-fondi-pnrr-un-occasioneche-ora-stiamo-sfruttando-f76a6d22-781e-11ee-9c2e-f70519f46617.shtml](https://www.corriere.it/editoriali/23_ottobre_31/i-fondi-pnrr-un-occasioneche-ora-stiamo-sfruttando-f76a6d22-781e-11ee-9c2e-f70519f46617.shtml), che evidenzia, già al tempo in cui si scrive, proprio questi dati ai fini di una prima efficace attuazione del PNNR.

MARIA FRANCESCA GHIRGA

Professore ordinario nell'Università degli Studi dell'Insubria

## LA CULTURA DELLA MEDIAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. La Bellezza della mediazione. – 2. La sua iconografia e i significati sottesi. – 3. La mediazione come “Bella Addormentata”. Le ragioni di questo lungo sonno. – 4. L'Accademia e la Classe forense di fronte alla mediazione. – 5. Alla ricerca di un fondamento costituzionale per la mediazione. – 6. La giustizia come servizio e il ruolo dei suoi beneficiari. – 7 Il cittadino protagonista della Giustizia nella relazione con chi la invoca. Il dovere di solidarietà come fondamento costituzionale degli strumenti di risoluzione della lite non avversariali. – 8. La struttura dialogica della mediazione e l'ascolto delle ragioni dell'altro. – 9. Mediazione e IA. - 10. Conclusioni. Il sogno di una “nuova” Accademia.

1. – Il mio interesse per la mediazione nasce in anni lontani<sup>(1)</sup>, quando pochi erano i cultori del diritto processuale civile che dedicavano alla stessa l'attenzione<sup>(2)</sup> poi, inevitabilmente, avuta a seguito della sua promozione da parte del più recente legislatore<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> In verità, mi occupai inizialmente di conciliazione giudiziale, in una nota che neppure riporto, e poi in occasione degli Scritti in onore del mio Maestro, Giuseppe Tarzia, pubblicai un saggio intitolato M.F. Ghirga, *Gli strumenti alternativi di risoluzione della controversia nel quadro della riforma del diritto societario*, in Aa.Vv., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2005, vol. III, p. 2007 ss.; qualche anno dopo, il lavoro svolto in sede Europea, mi suggerì le riflessioni contenute in *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in questa *Rivista* 2006, p. 463 ss.; sarà, quindi, la pubblicazione della Direttiva Europea in materia a stimolare, poi, lo scritto intitolato *Strumenti alternativi di risoluzione della lite. Fuga dal processo o dal diritto. (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in questa *Rivista* 2009, p. 357 ss.

<sup>(2)</sup> Ricorda G. Miccolis, *Le nuove norme in tema di mediazione e negoziazione assistita*, in questa *Rivista* 2023, 1058, come alla proposta del giovane studioso di dedicare un lavoro monografico alla conciliazione, il Maestro rispondeva che «la conciliazione la si fa non la si studia».

<sup>(3)</sup> Mi riferisco alla dottrina interna, dove l'attenzione era rivolta soprattutto alla conciliazione: cfr. per tutti F.P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1201 ss. All'estero la situazione era diversa, come ben si può cogliere in alcuni dei primi lavori scientifici pubblicati in Italia sulle forme alternative di risoluzione delle controversie in chiave comparatistica: cfr.: L. Passanante, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova 2007; F. Cuomo Ulloa, *La Conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova 2008; F. Santagada, *La conciliazione delle*

Con questo scritto vorrei provare a volgere lo sguardo a questo strumento con una maggior consapevolezza, ma anche con un certo disincanto, che mi derivano dalla maturità, frutto apprezzato dell'età raggiunta, e dalla riflessione sulla Giustizia, che mi ha accompagnata in questo lungo percorso di studi, dedicati in gran parte, tuttavia, al funzionamento delle norme processuali.

L'occasione mi è data dalla c.d. riforma Cartabia<sup>(4)</sup>, che ancora una volta ha scommesso, nel riformare la giustizia civile, sugli strumenti diversi dal processo, che mirano ad una soluzione consensuale, e quindi negoziale della lite<sup>(5)</sup> e che sono stati definiti, non più e secondo la consueta termi-

---

*controversie civili*, Bari 2008. Com'è noto, a seguito della necessità di dare attuazione alla Direttiva Europea 2008/52/CE, è stato promulgato il d. lgs. n. 28/2010, che ha introdotto nel nostro ordinamento la mediazione, suscitando a questo punto l'interesse della dottrina. Qui mi limito a ricordare solo alcuni dei lavori, tra i tanti pubblicati: Aa.Vv., *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52CE* a cura di N. Trocker e A. De Luca, Firenze 2011; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n.28/2010 e nei DM nn. 180/2010 e 143/201*, Torino 2011; F. Santagada, *La mediazione*, Torino 2012; G.P. Califano, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova 2011; F. Danovi, F. Ferraris, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano 2013; D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna 2016; Aa.Vv., *Forme alternative di risoluzione delle controversie e giustizia riparativa* a cura di E. Silvestri, Torino 2019. Per un approccio sociologico-giuridico al tema cfr.: A. Rufino, *Mediare il conflitto: la funzione del diritto nella prospettiva della mediazione e della conciliazione*, Milano 2011; L. Cominelli, *La risoluzione delle dispute. Prassi e teorie per la mediazione, il negoziato e il giudizio*, Milano 2012; per uno più filosofico-giuridico cfr.: G. Così, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino 2017.

(4) Mi riferisco all'ultima riforma sulla giustizia civile, voluta dal governo Draghi e che porta il nome dell'allora Ministro della Giustizia Marta Cartabia varata, in attuazione della legge delega n. 206 del 2021, con il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Come è ormai noto, la legge delegava il governo, tra l'altro, a revisionare la disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. Si legge nella Relazione illustrativa al decreto legislativo che esso «interviene innanzitutto proprio sul rapporto tra la giurisdizione ordinaria e le forme di giustizia alternativa e complementare (n.d.a. su questo aggettivo si avrà modo di tornare) mediante importanti innovazioni nella disciplina dei metodi ADR, valorizzando e rafforzando attraverso molteplici e significative disposizioni gli istituti della mediazione e della negoziazione assistita, e rivisitando la disciplina codicistica dell'arbitrato». Le norme in questione sono contenute negli artt. 7 ss., per l'interpretazione dei quali si rinvia alla dottrina che se ne è occupata, e se ne sta occupando, essendo il discorso che si farà impregiudicato dal tenore letterale delle stesse, se non per alcuni profili specifici, per i quali verranno fornite indicazioni bibliografiche.

(5) L'uso del termine «lite» ha qui una valenza, si potrebbe dire, sociologico-economica, quale l'approdo cui giunse Carnelutti. Ed infatti, se tale termine evoca la sistematica Carneluttiana, come ci ha recentemente illustrato A. Panzarola, *Riflessioni minime intorno ad un concetto metagiuridico: la genealogia della «lite» in Carnelutti*, in questa *Rivista* 2023, 992 ss., nel pensiero dell'a. essa viene poi riconosciuta quale concetto metagiuridico. Del resto, se per il Maestro delle *Lezioni*, la lite si identifica nelle parti, nel bene e negli interessi in contrasto, e si traduce quindi in un conflitto di interessi regolato dal diritto, essa si afferma come nozione eminentemente sociologica o economica, come già rilevato da Lieb-

nologia “alternativi”<sup>(6)</sup>, ma “complementari alla giurisdizione”<sup>(7)</sup>, in un cambiamento di aggettivazione che si rivela non tanto formale, quanto profondamente sostanziale. «In questo mutamento terminologico, infatti, si fonda il riconoscimento della pari dignità della soluzione giurisdizionale della lite e di quella consensual-negoziale»<sup>(8)</sup>.

Ma, diversamente dal favore espresso nelle scelte legislative verso questo tipo di giustizia, non si può non registrare, fin da subito, la scarsa dimestichezza che gli operatori del diritto, e prima ancora gli “utenti del servizio giustizia”<sup>(9)</sup>, nutrono nei confronti dello strumento di cui mi occuperò, descritto, con una espressione favolistica, come la “Bella addormentata”<sup>(10)</sup>, alludendo al fatto che, nonostante i suoi punti di forza, la mediazione non riscontri nella pratica, e dunque sul campo, l’attrattività e il successo sperati.

Neppure l’“incantesimo”<sup>(11)</sup> escogitato e suggerito da Giuseppe De Palo<sup>(12)</sup> per risvegliare la Bella addormentata ha per il momento avuto successo. Si trattava di prevedere un meccanismo che rendesse obbligatorio il tentativo di mediazione, secondo quel modello adottato nel nostro Paese con il c.d. Decreto del fare<sup>(13)</sup>.

man e Calamandrei e ricordatoci da A. Panzarola, *op. cit.*, 1001, note 41 e 42, al quale si rinvia per i riferimenti.

<sup>(6)</sup> Come usualmente accade con l’indicare tali strumenti utilizzando l’acronimo ADR, che significa appunto *Alternative Dispute Resolution*.

<sup>(7)</sup> Termine usato nella Relazione Illustrativa: cfr. *supra* la nota 4.

<sup>(8)</sup> Così S. Dalla Bontà, *Mediation: A Sleeping Beauty. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*, in *Giust. cons.* 2023, 263.

<sup>(9)</sup> Definizione che si giustifica in considerazione di ciò che si dirà a proposito dell’evoluzione della giurisdizione da funzione a servizio: cfr. *infra* il § 6.

<sup>(10)</sup> La stessa S. Dalla Bontà, *Mediation, op. cit.*, 253, dà conto di quale sia l’origine di questa espressione, risalente al Simposio organizzato dal *Cardozo Journal of Conflict Resolution* nel 2014, nell’ambito del quale venne utilizzata questa immagine favolistica per descrivere i problemi della mediazione, in particolare nel contributo di G. De Palo e R. Canessa, per i cui riferimenti bibliografici si rinvia all’autrice citata, che pure ricorda come lo stesso G. De Palo, si sia fatto promotore con L. Love di un progetto *no profit*, intitolato *Sleeping Beauty Conference Series*, con lo scopo di diffondere la cultura della mediazione, quale metodo di risoluzione delle liti, attraverso conferenze in tutto il mondo.

<sup>(11)</sup> L’espressione, anche questa evocativa del linguaggio favolistico, è di S. Dalla Bontà, *op. cit.*, 254.

<sup>(12)</sup> Nel Simposio sopra ricordato a nota 10, G. De Palo proponeva, per risvegliare il ricorso alla mediazione, il meccanismo tratteggiato nello studio commissionato dalla Direzione generale delle politiche interne del Parlamento europeo e intitolato *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*. Sugeriva, così, di prevedere un tentativo obbligatorio di mediazione *ante causam*, con facoltà delle parti di *opt out*. Per maggiori riferimenti si rinvia a S. Dalla Bontà, *op. cit.*, 255.

<sup>(13)</sup> Ricordo che, con il c.d. Decreto del fare n. 69/2013, è stato reintrodotta l’obbligo

Ma non vi è dubbio che, se guardiamo all'ultimo intervento del nostro legislatore, ancora una volta e ancor di più si è voluto puntare sui meccanismi di soluzione consensuale dei conflitti, confidando nella c.d. "promessa della mediazione" <sup>(14)</sup> e nella sua capacità di imporsi per la propria Bellezza, deflazionando così il contenzioso civile <sup>(15)</sup>.

Una Bellezza che obbliga a guardare diversamente alla Giustizia, che non si ottiene solo con l'esito del processo giurisdizionale, ma che si può e si deve scorgere anche nel frutto di un percorso negoziale, vissuto secondo un approccio non frontalmente avversariale, ma fatalmente collaborativo <sup>(16)</sup>. In una visione di Giustizia che, secondo Silvana dalla Bontà <sup>(17)</sup>, si potrebbe avvertire nel senso inglese di *fairness*, espressione che, nella sua ricerca etimologica restituisce, secondo Remo Caponi <sup>(18)</sup>, i significati di: adeguato, calzante, appropriato e finanche bello, «ove forse risuona l'eco dell'idea antica di identità tra ciò che è bello e ciò che è buono (*Kalokagathia*) propria della Grecia del V secolo a.c.» <sup>(19)</sup>.

del tentativo di mediazione, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale per alcuni tipi di controversie, dopo che l'art. 5, d. lgs n. 10/2010 era stato dichiarato illegittimo da Corte Cost., n. 272/2012, per violazione dei limiti della delega parlamentare.

<sup>(14)</sup> Di promessa della giustizia consensuale parla S. dalla Bontà, *op. cit.*, 259 ss. rifacendosi al volume di R.A.B. Bush, J.P. Folger, *The Promise of Mediation*, pubblicato nel 1994 con il sottotitolo *Responding to Conflict through Empowerment and Recognition* e ripubblicato nel 2005, rivisitato nel contenuto, con questo sottotitolo *The Trasformative Approach to Conflict*. Il volume è stato tradotto e pubblicato in Italia nel 2009 dalla casa editrice Vallecchi, con il titolo *La promessa della mediazione. L'approccio trasformativo alla gestione dei conflitti* a cura di G. Scotto e M. Castoldi. In esso gli autori mettono a punto quella pratica di trasformazione del conflitto attraverso la mediazione nota come approccio trasformativo.

<sup>(15)</sup> Osserva al riguardo P. Nappi, *La legge delega di riforma degli strumenti complementari. Note a prima lettura*, in *Il giusto proc.* 2022, 17, come le linee guida del PNRR-giustizia e quelle espresse dallo stesso Ministro della Giustizia Cartabia mostrano chiaramente che «l'urgenza di rafforzare la soluzione stragiudiziale delle controversie, non è motivata solo dalla già richiamata necessità di abbattere il carico giudiziario, ma dal programma, che attua quella volontà di coesione e pacificazione sociale ritenuto indispensabile ai fini della ripresa e resilienza post pandemica, di attribuire agli strumenti complementari, ed in particolare alla mediazione, un fondamentale ruolo di educazione e crescita di professionisti e cittadini che, valorizzando l'autonomia delle parti e la loro responsabilità, li renda attori di un processo di profonda innovazione culturale capace di realizzare una compiuta e virtuosa coesistenza tra giustizia consensuale e giustizia giurisdizionale in quello che viene indicato come "sistema integrato di giustizia"».

<sup>(16)</sup> Così quasi testualmente S. Dalla Bontà, *op. cit.*, 263.

<sup>(17)</sup> Vedi la nota precedente.

<sup>(18)</sup> R. Caponi, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in *Quest. giust.* 30 maggio 2023, §2.

<sup>(19)</sup> Sulla mediazione nella Grecia antica cfr. A. Cozzo, «*Nel mezzo*». *Microfisica della mediazione nel mondo greco antico*, Pisa 2014. La ricerca svolta porta l'a. a riconoscere nelle pratiche condotte da terzi rispetto ad una controversia i caratteri della *equivicinanza* e della

2. – Ora, come Remo Caponi sa, perché abbiamo avuto occasione di parlarne amichevolmente e perché ne ho dato recentemente conto in uno scritto a lui dedicato<sup>(20)</sup>, si tratta delle stesse premesse culturali dalle quali sono partita anch'io nell'indagare i rapporti tra Giustizia e Bellezza, nel libro intitolato *La giustizia "piovuta" dal cielo*<sup>(21)</sup>, nel quale ho cercato di fare un discorso sulla Giustizia più "alto", per coglierne gli aspetti profondi del suo manifestarsi nella convivenza umana.

In esso mi sono occupata da profana anche della iconografia della Giustizia e, quindi e soprattutto, della sua rappresentazione pittorica<sup>(22)</sup>.

Credo che tutti noi abbiamo negli occhi una delle immagini più comuni utilizzate per raffigurare la Giustizia, che affonda le sue radici in culture lontane dalla nostra e che la vede tenere in mano una bilancia<sup>(23)</sup>.

Una delle più belle è certamente quella affrescata da Giotto nella Cappella degli Scrovegni. Nel programma pittorico essa acquista una centralità che la veste di ulteriori significati teologici. È impersonata da una donna regalmente vestita, con la corona, seduta su di un trono e collocata in una cappella tricuspidata, che tiene le mani sotto i piatti di una bilancia, in perfetto equilibrio tra loro. Sul piatto di destra sta un angelo alato intento a premiare un personaggio di cui poco è rimasto se non il banco da lavoro che richiama la vita onesta dell'artigiano; su quello di sinistra un angelo sguaina la spada per punire il malfattore. La bilancia è qui come sospesa, quasi a significare che il peso del bene e del male dipenda non dalla Giustizia, ma da ciò che l'uomo sceglie nel percorso della sua vita<sup>(24)</sup>.

*compartecipazione*, che ne fanno qualcosa di assolutamente diverso rispetto al diritto formale ed equidistante dei tribunali, indicato come *diritto gentile*. «Esso è fatto di senso di giustizia e umanità nei confronti di entrambe le parti in lite» (cfr. p. 444). Ed infatti fine del "diritto" era «il ritorno alla concordia comunitaria, e non semplicemente la distribuzione del torto e della ragione» e concordia significava non soltanto restaurazione dello stato di non prevaricazione e l'assenza di un conflitto formale, ma anche l'equità e la pacificazione sostanziale degli animi (cfr. p. 446). Ecco che l'opera del mediatore è quella di mettere in comunicazione le parti spostando l'attenzione dal passato al futuro che è l'orizzonte di ricostruzione della relazione (cfr. p. 446). G. Scotto, *La genesi del campo mediativo: la mediazione nella Grecia antica*, saggio di presentazione dell'opera, accosta l'indagine condotta da Cozzo al tema attuale delle ADR perché anche guardando alla Grecia antica è possibile aprire nuove prospettive.

<sup>(20)</sup> M.F. Ghirga, *Vita e dogmatica giuridica: a proposito della raccolta di scritti di Remo Caponi*, in questa *Rivista* 2023, 1024 ss.

<sup>(21)</sup> M.F. Ghirga, *La giustizia "piovuta" dal cielo, Riflessioni suggerite dalle Lezioni americane di Italo Calvino*, Torino 2021.

<sup>(22)</sup> Cfr. l'opera sopra citata, p. 114 ss. e l'apparato iconografico riportato alla fine del libro.

<sup>(23)</sup> M.F. Ghirga, *La giustizia "piovuta" dal cielo*, cit., 108 ss.

<sup>(24)</sup> Sul significato e la storia di quest'opera si rinvia a M.F. Ghirga, *La giustizia*, cit.,

Duecento anni dopo, Raffaello Sanzio dipinge l'allegoria della Giustizia nella Stanza della Segnatura di quelli che oggi sono i Musei Vaticani, collocandola in uno dei tondi sulla volta, e presentandola come una figura femminile incoronata, che regge nella mano sinistra la bilancia perfettamente in equilibrio e nella destra una spada<sup>(25)</sup>.

Mi fermo qui perché mi bastano queste poche suggestioni per introdurre una prospettiva diversa dalla quale guardare alla mediazione.

Ed infatti, interrogandomi ancora una volta sul senso della Giustizia, e riconsultando la *Théorie général du procès* dei miei Maestri francesi Cadiet, Normand e Amrani Mekki<sup>(26)</sup>, ho trovato affermato che se nella pittura e nella scultura i simboli più comuni della giustizia tradizionalmente sono incarnati nei tratti di una donna, in alcuni casi bendata, con una bilancia e una spada, elementi questi, che spesso hanno, come ho detto, origini antichissime, – così la bilancia risalente alla cultura egizia ed alla dea Ma'at, destinata a pesare le anime nel momento del trapasso alla morte<sup>(27)</sup>-, altri se ne stanno affermando in epoca contemporanea. E così la colomba, l'ulivo, le mani che si stringono<sup>(28)</sup>.

Come spiegano i Maestri francesi questa nuova simbologia? Sarebbe la stessa funzione del giudicare che sta evolvendo<sup>(29)</sup>. Ed è allora interessante osservare il *trend* di questa evoluzione. Esso viene indicato nella vocazione a cercare sempre più soluzioni conciliative tra le parti attraverso la mediazione dei loro interessi<sup>(30)</sup>. Del resto, colomba e ulivo non sono

110 ss. e alle note bibliografiche. In particolare, sull'impianto dato da Giotto agli affreschi della Cappella, che molto dovrebbero alla teologia di Sant'Agostino, cfr.: G. Pisani, *La concezione agostiniana del programma teologico della cappella degli Scrovegni*, in *Alberto da Padova e la cultura degli agostiniani* a cura di Francesco Bottin 2014, 215 ss.

<sup>(25)</sup> Cfr. M.F. Ghirga, *op. cit.*, 114 ss. e le note.

<sup>(26)</sup> L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie général du procès*, *Themis droit puf*, Paris 2010, 46 ss.

<sup>(27)</sup> Sul punto mi permetto di rinviare, ancora una volta, a M.F. Ghirga, *La giustizia*, cit., 101 ss.

<sup>(28)</sup> Gli aa. sopra citati a nota 27 rinviano a V.P. Ferreira da Cunha, *La balance, le glaive et le bandeau – essai de symbolologie juridique*, in *Droit et esthétique*, préc. 116.

<sup>(29)</sup> L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie général du procès*, cit., 48 ss. affermano: «*C'est que la fonction de juger évolue: il faut essayer, le plus possible, de rechercher l'apaisement, entre les parties, par la conciliation de leurs intérêts. La justice se contractualise*». È interessante rilevare come ciò sarebbe confermato dalla storia e dalla architettura giudiziaria.

<sup>(30)</sup> V. la nota precedente. Sul punto cfr. L. Cadiet, *A propos d'un Droit Fondamental: l'accès à la justice. Le reformes françaises entre paradigme économique et exigence démocratique*, in *Processo civile e Costituzione*. Omaggio a Nicolò Trocker a cura di A. Chizzini, D. Abraham, N. Andrews, C. Silvestri, R. Stürmer, V. Varano, Milano 2023, 251 ss., il quale dopo aver ricordato che la *loi Justice du 21<sup>e</sup> siècle* favorisce i modi alternativi di risoluzione della lite in tutti i campi, conclude affermando che «*la justice hors le juge ne cesse pas d'être*

altro che segni di pace nella nostra tradizione culturale, ove simbolo della ritrovata alleanza con il Dio del diluvio universale è la colomba che porta con sé il rametto d'ulivo<sup>(31)</sup>.

Non stupisce allora che Silvana Dalla Bontà, nell'inaugurare la prima rivista italiana dedicata alla giustizia consensuale<sup>(32)</sup>, definisca gli strumenti auto-compositivi della lite come i più idonei ad offrire giustizia, intesa questa come composizione del conflitto nel senso più pieno del termine, «in un significato quasi prossimo alla pace»<sup>(33)</sup>.

### 3. – Perché allora la “Bella Addormentata” fatica a svegliarsi?

Proverò ad illustrare quelle che mi paiono le ragioni più plausibili, senza nessuna pretesa di completezza e senza un ordine di rilevanza, ma partendo da quello che è il mio ambito lavorativo.

Sono un professore universitario e dunque la prima domanda che devo farmi è quale spazio venga dato alla mediazione e agli strumenti alternativi di risoluzione della controversia nel percorso formativo dei giovani che scelgono gli studi giuridici<sup>(34)</sup>.

La risposta, nota, è che ancora poca attenzione viene riservata a questi temi, forse condizionati dall'impostazione classica della materia, rispetto alla quale allo studio delle norme sostanziali si accompagna quello delle

---

*une justice. Elle participe du système de justice; elle contribue même à en définir le nouveau modèle. Il n'est pas anodin de ne plus parler des 'institutions judiciaires', comme c'est la tradition, mais de 'système de justice'. Il y a dans ce glissement sémantique contemporain, dans ce passage du pluriel des institutions au singulier du système, l'expression d'un véritable changement de paradigme consistant à penser la justice comme un véritable écosystème, avec ses acteurs et leurs interactions au service d'un projet commun, coopératif, pour répondre à la demande social de justice».*

<sup>(31)</sup> Si legge nella Bibbia, in Genesi 8, che «Dio si ricordò di Noè, di tutte le fiere e di tutti gli animali domestici che erano con lui nell'arca. Dio fece passare un vento sulla terra e le acque si abbassarono...Noè poi fece uscire una colomba, per vedere se le acque si fossero ritirate dal suolo; ma la colomba, non trovando dove posare la pianta del piede, tornò a lui nell'arca, perché c'era ancora l'acqua su tutta la terra. Egli stese la mano, la prese e la fece rientrare presso di sé nell'arca. Attese altri sette giorni e di nuovo fece uscire la colomba dall'arca e la colomba tornò a lui sul far della sera; ecco essa aveva nel becco una tenera foglia di ulivo».

<sup>(32)</sup> Intitolata appunto *Giustizia consensuale*, *Rivista semestrale* diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, pubblicata a partire dal 2021 da Editoriale Scientifica, Napoli.

<sup>(33)</sup> S. Dalla Bontà, *Giustizia consensuale*, in *Giust. cons.* 2021, 5.

<sup>(34)</sup> Se ne è discusso al convegno organizzato dal Dipartimento di Diritto, Economie e Culture dell'Università dell'Insubria, che si è svolto a Como l'11 dicembre 2023 e intitolato *Gli studi di giurisprudenza oggi: una riflessione tra passato e futuro*. Anche a livello nazionale il CUN sta programmando un'iniziativa simile, a riprova della necessità di riflettere seriamente sul percorso di studi giuridici.

norme processuali, come norme secondarie, strumentali, necessarie per dare attuazione alle prime<sup>(35)</sup>.

È pur vero che Mauro Bove si è occupato *ex professo* della questione, in un incontro organizzato quest'anno dall'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile<sup>(36)</sup>, dedicato ai *Metodi di insegnamento nel tempo dell'incertezza legislativa*, a riprova della necessità di intervenire prima di tutto sull'organizzazione dei corsi di studio.

Parto allora dall'esperienza vissuta, perché sarebbe velleitario fare un discorso culturale senza calarsi nella realtà quotidiana, specchio della *societas* nella quale si vive. Nell'approcciarmi al tema della giustizia e nell'introdurre gli studenti allo studio della materia offro loro una provocazione e chiedo quale sia la loro reazione di fronte ad una lite insorta con un vicino di casa. Essi, generalmente, si esprimono in questi termini: «gli faccio causa». Si tratta evidentemente di un *topos* del linguaggio comune. Ma poiché il linguaggio è un veicolo formale attraverso il quale si esprime la cultura di una comunità, bisogna interrogarsi sul perché tutt'ora il conflitto abbia come suo sfogo naturale, nell'immaginario collettivo, l'aula di un tribunale<sup>(37)</sup>.

Ciò non stupisce, per esempio, i frequentatori di un corso non per giuristi, ma per traduttori e mediatori culturali, ben più smaliziati e lontani dalle categorie giuridiche, che hanno osservato come, del resto, anche i

<sup>(35)</sup> Sulla strumentalità delle norme processuali mi basti rinviare al classico manuale di E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 8<sup>a</sup> ed. a cura di Vittorio Coesanti ed Elena Merlin, Milano 2012, 38 ss.

<sup>(36)</sup> M. Bove, *Insegnare la mediazione nell'Università*, relazione svolta nel corso del seminario di studio dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre il 14 aprile 2023 e pubblicata in *Giust. cons.* 2023, 169 ss.

<sup>(37)</sup> Mi piace qui ricordare il contributo offerto sul punto dei rapporti tra diritto e cultura da O.G. Chase, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura e rituali* a cura di M.R. Ferrarese, Roma-Bari 2009. Nella *Prefazione*, XXV, J. Bruner osserva che ormai siamo abituati a dire che i metodi di risoluzione delle liti riflettono le culture nelle quali hanno avuto origine. Ma, il valore aggiunto da Chase è quello di sostenere che i metodi con cui le liti vengono gestite giocano un ruolo importante anche nel modellare le culture nelle quali operano. Così nella *Presentazione all'edizione italiana*, IX, M.R. Ferrarese, ricorda come Chase utilizzi una bussola teorica ben definita che è la c.d. teoria dello "specchio", che si fonda appunto su due idee tra loro reciprocamente collegate. Si tratta di quella che considera i modi di risoluzione della lite uno specchio che riflette i valori, le attitudini e i modelli tipici di una società; e dall'altra quella che ritiene che tali modelli contribuiscano a costruire i valori, i modi di pensare e i modelli della stessa società. Ho già in altra sede sostenuto che il diritto è espressione della cultura di un popolo: cfr. M.F. Ghirga, *La giustizia*, cit. Per un approccio diverso v. F. Romeo, *Antropologia giuridica. Un percorso evoluzionista verso l'origine della relazione giuridica*, Torino 2012, 28 ss. L'a. avanza l'ipotesi che «il diritto sia sostrato sul quale si radica la cultura umana e che le ha permesso di evolvere».

*media* <sup>(38)</sup> facciano leva sulla conflittualità, perché non vi è dubbio che litigare fa spettacolo e quindi cattura l'*audience*, molto più che suggerire la ricerca di soluzioni condivise, con il risultato di condizionare il modo di sentire della gente comune, quella stessa che invoca, per ottenere ragione, la sola decisione di un giudice.

Dunque, accollandomi come accademica, e quindi come formatrice di una futura classe dirigente, la prima responsabilità dello scarso calore con il quale si confida nella mediazione come strumento “buono” per la soluzione della lite, non posso non rilevare come anche la classe forense abbia contribuito nel non aver incoraggiato lo strumento della mediazione, per non dire anche, e in qualche caso, osteggiato <sup>(39)</sup>.

Questo sentimento, che considero ingiustificato, ma che cerco di capire, penso che nasca, – ma ovviamente posso sbagliarmi –, dalla incapacità di guardare alla professione forense in un modo diverso, mi verrebbe da dire più maturo e consapevole del ruolo che l'avvocato può giocare in una società sempre più complessa. Un ruolo che vede il professionista impegnato ad accompagnare la vita dei consociati, affiancandoli nella scelta delle relazioni sociali da intessere, aiutandoli a discernere gli impegni giuridici da assumere, insegnando loro a riconoscere i diritti, ma anche i doveri, insomma un ruolo di partecipazione alla vita giuridica di ciascuno nell'espressione fisiologica della stessa, e non solo in quella patologica.

Come ci ha insegnato Liebman <sup>(40)</sup>, e recentemente ricordato Verde <sup>(41)</sup>, «la vita del diritto ha la sua fisiologia e la sua patologia, vale a

<sup>(38)</sup> Per citarne uno, come esempio, si può ricordare *Forum*, programma televisivo che ha esordito nel 1985, affermandosi come una delle trasmissioni di maggior successo di una delle reti commerciali di Mediaset.

<sup>(39)</sup> Solo così, del resto, si può capire lo scarso successo di utilizzo che lo strumento ha avuto. Al riguardo F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, V vol. *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 13<sup>a</sup> ed., Milano 2023, 53, a proposito della riforma Cartabia e del novellato art. 8, d. lgs. n. 28/2010, che ora prevede che le parti debbono partecipare al procedimento assistite da un avvocato quando la mediazione è obbligatoria, ricorda che prima tale assistenza era necessaria per ogni tipologia di mediazione. «Il significato “politico” di quella disposizione era chiaro: il legislatore volle smorzare l'iniziale ostilità (di parte) degli avvocati per la mediazione». Dal canto suo, G. Miccolis. *Nuove norme in tema di mediazione*, cit., 1072, osserva come l'avvocato, da sempre *player* della composizione bonaria, fosse rimasto escluso dal nuovo procedimento di mediazione introdotto dal d. lgs. n. 28 del 2010, e che il legislatore assecondò le lamentele della classe forense e del CNF con il d.l. n. 69 del 2013.

<sup>(40)</sup> E.T. Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli 1962, 53.

<sup>(41)</sup> G. Verde, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente*, relazione tenuta al XXXIV convegno nazionale dell' AISPC Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile, tenutosi a Napoli il 22 e 23 settembre 2023, e intitolato *La riforma della giustizia tra regole della giurisdizione e organizzazione*.

dire il godimento pacifico del diritto soggettivo, per la spontanea osservazione delle norme giuridiche da parte di coloro che vi sono sottoposti, e dall'altra il meccanismo legale coattivo che impone quando necessario con la forza il rispetto e l'attuazione delle norme medesime».

E la fase patologica, come la malattia, può essere evitata dalla cura con la quale si attua la prevenzione del conflitto: ecco una nuova sfida per l'avvocatura che non dovrebbe guardare con diffidenza all'affermarsi della mediazione quale strumento che può sottrarre campi di azione, perché altri se ne trovano pronti da arare.

Queste prime battute, utilizzate per entrare *in medias res*, consentono già di mettere a fuoco alcuni temi che cercherò di affrontare, ma che sono tutti riconducibili al nostro substrato culturale quale collante del modo di essere e di sentire, di rispecchiarsi come comunità in un insieme di *mores*, rispondenti a valori e principi condivisi. Credo che da qui occorra cominciare anche per poi tornare ad occuparsi di Accademia e di Professione.

4. – Parlare di Giustizia oggi, e la mediazione, come cercherò di spiegare, a pieno titolo costituisce uno dei pilastri del discorso, significa anche accettare, come indicazione di metodo, la necessità di utilizzare una molteplicità di conoscenze. Questa a mio giudizio è la condizione per tentare di arricchire il discorso, che rischia altrimenti di diventare sterile, se esclusivamente agganciato a prospettive formalistiche, spinte solo verso l'individuazione di *itinerari* processuali ai quali attribuire capacità taumaturgica dei mali della giustizia.

Penso, invece, che il tema da affrontare, come anticipato, sia prima di tutto culturale, nel significato più alto del termine, che rimanda alla ricerca del senso di tutte le cose ed alla necessità di scegliere consapevolmente i modelli relazionali che si vogliono adottare in una società che ambisca a crescere nel segno della sempre più acquisita civiltà e umanità.

Sappiamo tutti che la giustizia civile ha ad oggetto l'accertamento dei diritti soggettivi e da questo punto di vista l'esistenza di una garanzia costituzionale che consenta di esprimere il bisogno di tutela ad un giudice rispetto ad ogni nuova situazione giuridica sostanziale che viene ad affermarsi nell'ordinamento è certamente frutto di civiltà acquisita<sup>(42)</sup>.

Non bisogna però dimenticare che la lite insorta tra due o più soggetti rappresenta una delle tante ed eventuali vicende che possono accadere

---

<sup>(42)</sup> Sull'atipicità dell'azione di accertamento non mi pare che si possa oggi più dubitare. Diverso è il discorso in merito alla necessità di rendere operativa, soprattutto in questo caso, la norma sull'interesse ad agire, con tutto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ne consegue.

nella vita dei consociati e rispetto alla quale molteplici e diverse sono le soluzioni prospettabili per risolverla e queste dipendono dalle scelte operate. Scelte che non si pongono solo sul piano della politica legislativa, ma che prima di tutto rappresentano un *habitus* mentale di chi le adotta. Scelte che risentono dei *mores*, dell'educazione civica ricevuta, dell'esempio maturato all'interno di una comunità.

Scelte che io penso debbano essere guidate da una Classe forense forgiata alla luce di un "nuovo umanesimo", capace di mettere l'uomo al centro anche nella ricerca della Giustizia, che significa prima di tutto superamento di una crisi relazionale tra soggetti, incapaci di trovare da soli una soluzione per loro accettabile.

E così torniamo alla formazione di questa Classe forense che passa prima di tutto dall'Accademia, dove, per chi come me insegna Diritto processuale civile, quello che si celebra nelle aule di giustizia e che ha ad oggetto, come detto, l'accertamento di un diritto soggettivo, la prima sfida culturale è quella di far riflettere lo studente, sia come futuro giurista, ma prima ancora come cittadino, facente parte di una comunità, sul fatto che il processo non costituisce una via imposta, ma solo garantita e che altre strade sono percorribili per risolvere la controversia<sup>(43)</sup>.

Questo è il punto sul quale troppo poco si riflette. Non vi è dubbio che l'intervento del giudice si lasci apprezzare e sia invocabile laddove il diritto ha bisogno di essere interpretato e la lacuna colmata, laddove si pongono delicate questioni di rapporti tra fonti o quando si auspicano svolte negli orientamenti giurisprudenziali, nelle questioni complesse di vario genere e natura, che non è qui necessario individuare.

Ma credo di non poter essere smentita se affermo che molto del contenzioso pendente davanti ai nostri giudici non riveste queste caratteristiche e non risponde a queste esigenze<sup>(44)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Da questo punto di vista molto interessante è la tesi che "azzarda" P. Comoglio, *Il processo come fenomeno economico di massa. Problemi di finanziamento e di remunerazione delle controversie civili*, Torino 2022, 421, sulla quale cfr. D. Dalfino, *Dalla questione sociale a quella economica: processo, giudici, avvocati*, in *Il giusto proc.* 2023, 948. Per Comoglio «le evoluzioni della disciplina in tema di spese di lite e di abuso del processo paiono indicare una sempre più marcata tendenza a configurare il ricorso alla tutela giurisdizionale come residuale ed eccezionale», al punto tale da proporre una rivisitazione del significato di soccombenza, come non più riferita al merito della causa, ma nel senso «di soccombenza nella scelta di giurisdizionalizzare il conflitto».

<sup>(44)</sup> Il Ministero della Giustizia offre un monitoraggio che fornisce ogni trimestre informazioni a livello nazionale sull'andamento dei procedimenti pendenti dinanzi a tutti gli uffici giudiziari italiani, ma non è possibile ricostruire il dato citato, che posso solo ricavare a contrario dal numero elevatissimo di cause pendenti. Basti qui citare un articolo del Sole24 Ore del 24 settembre 2021 dal quale risulta che per l'Associazione nazionale

Mi pare di scrivere cose così ovvie da provare anche un certo imbarazzo nell'affermare quelli che sono luoghi comuni, ma il dibattito scientifico è ancora troppo lontano dal promuovere nuovi linguaggi rispetto a quelli contenziosi che si parlano nei tribunali<sup>(45)</sup>.

Ecco, allora, che mi trovo a ripetere con forza che ciò che andrebbe insegnato prima di tutto nelle aule universitarie è la conoscenza dell'uomo perché, come affermava Carnelutti, è necessario osservare «come sono fatti e come operano nella verità gli uomini che litigano, gli uomini che difendono, che giudicano»<sup>(46)</sup>.

Del resto, Scarselli a proposito delle lezioni Messicane di un altro Maestro del passato, ma che ha ancora molto da dire ai presenti, Piero Calamandrei<sup>(47)</sup>, afferma che in esse ogni argomento è trattato mettendo in primo piano l'aspetto umano della disamina giuridica: più della logica, più della tecnica, più dell'esegesi rigorosa delle norme, conta il sentire dell'uomo<sup>(48)</sup>.

E ancora, condivido pienamente quanto sostenuto da Mauro Bove<sup>(49)</sup>, ovvero che «la comunicazione di un sapere teorico senza la prospettiva del reale, direi dell'umano, rischia di rappresentare un insegnamento di apparati concettuali scollegati da ciò che le regole dovrebbero ordinare, facendo perdere il senso dell'imparare». Prosegue Bove, citando Ernesto Zitellmann<sup>(50)</sup>, se non si può apprendere senza amore, «perché infine non si

amministratori di condominio il contenzioso tra condomini rappresenterebbe il 10% di tutte le cause pendenti e per l'Associazione nazionale europea amministratori di immobili le controversie di questo tipo sarebbero circa 500 mila all'anno.

<sup>(45)</sup> E purtroppo in molte parti del mondo, dove spirano venti di guerra che sembrano aver messo a tacere ogni altra possibilità di mediazione.

<sup>(46)</sup> Si tratta di un passo tratto da F. Carnelutti, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in questa *Rivista* 1929, I, ss., che ho già ricordato nello scritto *Discrezionalità del giudice e nuovo umanesimo processuale*, in questa *Rivista* 2018, 1579 e nell'opera *La giustizia "piovuta" dal cielo*, cit., 205.

<sup>(47)</sup> G. Scarselli, *Attualità delle Lezioni tenute in Messico da Piero Calamandrei nel febbraio 1952*, in Aa.Vv., *Processo e democrazia. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, a cura di Bindi, Groppi, Milani, Pisaneschi, Pisa 2019, 127 ss., racconta che nel 1952, Piero Calamandrei, all'apice della carriera, fu invitato a tenere alcune conferenze presso l'Università di Città del Messico. Tornato in Italia, Calamandrei raccolse in un volumetto le conferenze messicane, che vennero così pubblicate due anni dopo con il titolo *Processo e democrazia*. Su di esse cfr. anche A. Panzarola, *Una lezione attuale di garantismo processuale. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, ivi, 87 ss., e M.F. Ghirga, *Principi processuali e meritevolezza della tutela*, in questa *Rivista* 2020, 21 ss. Di tali conferenze si occupa anche R. Tiscini, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie*, relazione tenuta al XXXIV Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, già sopra ricordato.

<sup>(48)</sup> G. Scarselli, *Attualità*, cit., 127.

<sup>(49)</sup> M. Bove, *Insegnare la mediazione*, cit., 171.

<sup>(50)</sup> E. Zitellmann, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. civ.* 1912, 289 ss.

impara se non col cuore», «il discente nulla impara se non comprende a cosa possa servire il suo imparare; quindi, per ciò che a noi interessa, se non comprende che concetti, istituti e regole servono a dare risposte ai bisogni umani»<sup>(51)</sup>.

Siccome insegnare il diritto significa fornire le basi di quello che sarà un agire professionale<sup>(52)</sup>, ecco che coglie allora nel segno Roberta Tiscini<sup>(53)</sup> quando a proposito del nuovo paradigma di avvocato afferma che egli è chiamato fin dal primo colloquio con il cliente e per tutto il percorso in cui lo accompagnerà a scrutarne l'animo umano per indagarne gli interessi, le relazioni sociali e gli obiettivi, come individuo e come parte di una collettività. Ed infatti in questo nuovo approccio «non c'è solo il diritto del cliente da proteggere, ma c'è anche il suo inserimento nel contesto sociale, nel quale la posizione del singolo si estende fin dove inizia l'interesse dell'altra parte, così realizzando un'inclusione che tenga conto di tutte le situazioni soggettive degne di tutela»<sup>(54)</sup>.

Ma forse si è persa la memoria di quanto, già e ancora, Piero Calamandrei diceva a proposito di giudici e avvocati<sup>(55)</sup>, ovvero che questi ultimi dovevano considerarsi i più fidi collaboratori dei primi in quanto svolgono l'opera più preziosa prima del processo, «stroncando con saggi consigli di transazione i litigi all'inizio e facendo tutto il possibile affinché essi non raggiungano quel parossismo morboso che rende indispensabile il ricovero nella clinica giudiziaria».

5. – Ora, tornando alla ricerca di un senso più pieno della Giustizia, alla quale aspirare come sistema ordinatore della convivenza sociale, credo non possono non giocare un ruolo fondamentale quel complesso di valori e principi che ne costituiscono la struttura portante, e l'ancoraggio al mondo delle relazioni civili.

Nel nostro ordinamento non vi è dubbio che matrice di questi principi e valori sia, anche e prima di tutto, la Costituzione, come fondante di

<sup>(51)</sup> M. Bove, *ult. loc. cit.*

<sup>(52)</sup> Afferma l'a. sopra citato che tale agire professionale richiede la conoscenza di un apparato di regole esistente, la capacità di trovare la regola del caso, o quella di casi analoghi, e ancora la capacità di modificare le regole preesistenti non più idonee ai bisogni della comunità.

<sup>(53)</sup> R. Tiscini, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie*, cit., § 5.1.

<sup>(54)</sup> Cfr. l'a. sopra citato al §5.1.

<sup>(55)</sup> P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, pubblicato per la prima volta nel 1935 a Firenze da Le Monnier, e dopo altre e diverse edizioni, nel 1999 a Milano dalla Casa editrice *Il ponte alle grazie*.

un'idea di comunità che i nostri Padri si sono voluti dare e che noi abbiamo il dovere di trasmettere a chi ci seguirà, quale frutto prezioso della cultura del dopoguerra; quella Costituzione repubblicana che nel sistema di valori accolti ha al suo centro, come anche di recente ci ha ricordato Andrea Proto Pisani<sup>(56)</sup>, la persona umana.

Proviamo allora a chiederci non tanto se la mediazione obbligatoria costituisca o meno un ostacolo all'accesso ai tribunali e possa configurarsi come un'ipotesi di giurisdizione condizionata, tema già discusso e che non convince del tutto parte della dottrina, che ancora stigmatizza l'obbligatorietà del tentativo di mediazione costruito come condizione di procedibilità<sup>(57)</sup>.

La questione deve, peraltro, considerarsi ormai superata, con buona pace di chi la pensa diversamente, posto che Corte Cost. n. 10/2022 ha dichiarato, con sentenza, l'illegittimità costituzionale del testo unico sulle spese di giustizia, nella parte in cui non prevede che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nella mediazione obbligatoria<sup>(58)</sup>, circostanza questa oggi espressamente prevista grazie alla riforma Cartabia<sup>(59)</sup>.

<sup>(56)</sup> Cfr. la *Premessa* agli scritti raccolti dall'a. nel volume, *Persona umana e processo civile*, Milano 2022.

<sup>(57)</sup> Si è sempre espresso contro l'introduzione del tentativo di mediazione costruito come condizione di procedibilità G. Monteleone, che da ultimo in *Il dissesto della giustizia civile e "le responsabilità della dottrina"*, in *Il giusto proc.* 2022, 7, nota 16, affida alle parole di Pisanelli, nella sua Relazione al codice di procedura civile del 1865, in *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del regno d'Italia (Procedura civile)*, VII, Palermo 1868, 2-3, l'insoddisfazione per lo strumento: «la conciliazione delle parti è un'idea che ha molte attrattive, ma conviene di non esagerarla, e molto più ancora di non forzarla: allora perde ogni pregio e si corre il pericolo di riuscire al fine opposto. Quando lo sperimento della conciliazione si volle rendere obbligatorio, come preliminare necessario al giudizio, non corrispose alle aspettative e degenerò in una vana formalità». Hanno espresso perplessità in ordine alla scelta dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione, tra gli altri: P. Nappi, *I primi dieci anni della mediazione delle controversie civili e commerciali in Italia: riflessioni e proposte*, in *Il giusto proc.* 2020, 428 ss.; Id., *La legge delega di riforma*, cit., 47; M. Bove, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 1065.

<sup>(58)</sup> In particolare, degli artt. 74, comma 2°, 75, comma 1°, del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, recante *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*, nella parte in cui non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione di cui all'art. 5, comma 1-bis, d. lgs. n. 28/2010, quando nel corso dello stesso è stato raggiunto un accordo e dell'art. 83, comma 2°, nella parte in cui non prevede che in tali fattispecie, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia. La sentenza è commentata da G. Reali, *Il patrocinio dei non abbienti in sede di mediazione obbligatoria tra Cassazione, Corte Costituzionale e riforma del processo civile*, in *Il giusto proc.* 2022, 491 ss.

<sup>(59)</sup> La c.d. Riforma Cartabia ha, infatti, introdotto nel d. lgs. n. 28/2010 un Capo II

Si tratta piuttosto, di verificare se vi siano norme della Carta Costituzionale sulle quali fondare una maggiore legittimazione dell'istituto, che vada oltre il suo essere strumentale alla realizzazione di una miglior efficienza del sistema giustizia, grazie all'effetto deflattivo prodotto dal suo utilizzo. Da questo punto di vista ci si chiede, quindi, «se sia possibile una lettura della Costituzione per cui la mediazione non sia solo un mezzo per perseguire altri fini, ma possa essa stessa essere considerata come un fine costituzionalmente rilevante»<sup>(60)</sup>.

6. – Prima, però, di coltivare questo nuovo approccio, mi pare necessario soffermarmi su alcuni presupposti del nostro pensare comune, che affondano le loro radici anche nel testo costituzionale, e che necessitano di essere rivisitati. Mi riferisco all'idea, trasmessaci dai Maestri, che la giurisdizione sia una delle funzioni con la quale lo Stato esercita la sua sovranità e che attraverso la stessa si tutelino i diritti soggettivi<sup>(61)</sup>. A questo modo di intendere la giurisdizione, nell'ambito della distribuzione dei poteri, hanno certamente pensato i Costituenti.

Ma, come ha recentemente osservato Verde<sup>(62)</sup>, non vi è dubbio che nel momento attuale questo potere va perdendo il carattere intrinsecamente autoritario, per evolversi in “servizio”, e la giurisdizione, da funzione sovrana esercitata in regime di monopolio, si trasforma in servizio che può essere reso in concorrenza con altri soggetti.

In alte parole, dobbiamo partire dall'idea che la giustizia non possa più essere considerata una prerogativa solo della sovranità statale, ma semmai un servizio che lo Stato è tenuto a garantire a chiunque voglia esprimere un bisogno di tutela. E, in questa visione della giustizia come servizio acquista centralità il destinatario dello stesso, ovvero la persona umana e la sua dignità.

Ecco allora perché è pienamente condivisibile quanto ci ricorda Verde, ovvero che «la sensibilità attuale alla cui formazione hanno concorso la

---

*bis* che contiene le *Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale*; l'art. 15-*bis* del d.lgs. n. 28/2010 oggi dispone, dunque e al riguardo, che «è assicurato alla parte non abbiente l'assistenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione nei casi di cui all'art. 5, comma 1°, se è raggiunto l'accordo di conciliazione».

<sup>(60)</sup> Così A. Simoncini, in A. Simoncini, E. Cremona, *Mediazione e Costituzione*, in *Giust. cons.* 2021, 16.

<sup>(61)</sup> Mi limito a citare E.T. Liebman, *Manuale*, cit., 2 ss., sulla scorta dell'insegnamento del suo Maestro Chiovenda. Peraltro, osserva al riguardo G. Verde, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile*, cit., §3, che si trattava di un patrimonio condiviso non solo da Chiovenda e dalla sua Scuola, ma da tutti.

<sup>(62)</sup> Nella relazione citata *supra* alla nota precedente.

carta dei diritti dell'uomo e le moderne costituzioni democratiche, ci fa comprendere che il diritto e il processo civile non riguardano, diversamente da ciò che riteneva Carnelutti, soltanto l'«avere» (virgolette dell'a.), ma hanno ad oggetto anche l'«essere» (virgolette dell'a.). Il diritto e il processo civile sempre più hanno da occuparsi della persona e della sua dignità»<sup>(63)</sup>.

Ecco, ancora, perché Lucarelli<sup>(64)</sup> ammonisce sul fatto che ci si arrovela sul servizio, trascurando l'importanza di occuparsi dei beneficiari dello stesso: occorre che la dottrina più illuminata e i decisori politici spostino la loro attenzione per far funzionare la macchina processuale sui fruitori della giustizia. In un'epoca di ripresa e resilienza, allora, l'obiettivo della politica non dovrebbe essere solo quello di modificare le strutture processuali per garantire un miglior funzionamento della giustizia, ma anche quello di promuovere il progresso civile.

Cosa significa ciò in rapporto alla Giustizia? Coltivare nella società il senso di appartenenza e di partecipazione al suo funzionamento nei beneficiari della stessa, e promuovere l'idea che il ricorso al giudice, che deve sempre essere garantito, non costituisca necessariamente la strada privilegiata, ma che ve ne sono altre percorribili attraverso le quali realizzare relazioni sociali più soddisfacenti.

Occorre, in altri termini, educare il cittadino ad utilizzare la sua autonomia con responsabilità anche nella gestione del conflitto e nella scelta degli strumenti per superarlo<sup>(65)</sup>.

Fare Giustizia oggi non significa più solo tendere ad una sentenza che sia giusta, nel senso di attributiva di torti o ragioni, secondo la logica avversariale<sup>(66)</sup>, ma significa anche utilizzare quegli strumenti che il sistema offre e che vengono ricondotti alla c.d. giustizia complementare, o alternativa o ancora consensuale.

Da ultima, Roberta Tiscini<sup>(67)</sup> ha preso posizione sul tema, optando per l'espressione «giustizia complementare», come quella che meglio co-

<sup>(63)</sup> G. Verde, *Il metodo delle riforme*, cit., §7 in fine.

<sup>(64)</sup> P. Lucarelli, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in *Giust. cons.* 2021, 20.

<sup>(65)</sup> P. Lucarelli, *Mediazione*, cit., 27.

<sup>(66)</sup> Cfr. Sul punto R. Tiscini, *Il ruolo del giudice*, cit., § 2.

<sup>(67)</sup> Per l'a. sopra citata «oggi grande attenzione è riservata alla giustizia complementare, metodi alternativi di componimento delle liti di tipo autonomo, che non implicano una rinuncia alla giurisdizione (...), ma che si insinuano all'interno di questa nell'auspicio che un accordo tra le parti possa incidere sul processo, o evitandolo del tutto (mediazione o negoziazione assistita) ovvero consentendone la conclusione anticipata (conciliazione giudiziale o demandata dal giudice)».

glierebbe i rapporti tra le tutele offerte dal processo e quelle degli strumenti alternativi che, nell'intento della riforma Cartabia, dovrebbero insieme assicurare efficienza e celerità<sup>(68)</sup>.

Si tratta comunque di Giustizia, di una giustizia ritrovata nel nuovo equilibrio dato agli interessi che stanno a monte delle relazioni tra consociati, che si realizza al di fuori delle aule dei tribunali.

Si tratta di una Giustizia che ha i caratteri della pacificazione, e rispetto alla quale l'equilibrio della bilancia ben può far da suggestione che accompagna il volo della colomba con l'ulivo.

Una Giustizia allora che dobbiamo prediligere perché è ispirata da una concezione più alta delle relazioni umane, che non si fossilizza sui torti e sulle ragioni, ma che è capace di guardare avanti in una prospettiva di continuità relazionale, più appagante di una sterile vittoria sancita dal provvedimento giudiziale<sup>(69)</sup>.

7. – Torniamo allora al tema posto e chiediamoci se sia possibile trovare un fondamento nella Costituzione all'affermazione appena fatta. In altri termini, nella Carta si possono individuare delle norme che siano portatrici di valori spendibili per legittimare la promozione della mediazione?

---

(68) L'uso dell'espressione "giustizia complementare", piuttosto che quella più diffusa di "giustizia alternativa" o di "giustizia consensuale", rappresenterebbe per R. Tiscini, cit., §2 nota 7, il frutto di una consapevole presa di posizione della recente riforma Cartabia, confermando l'idea che tra giurisdizione e ADR vi debba essere un rapporto di complementarietà, tale da giustificare una collaborazione reciproca degli uni con l'altra in modo da assicurare efficienza e celerità nella tutela dei diritti. L'a. richiama sul punto il pensiero di R. Caponi, *Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa*, ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, Tomo I, Milano 2022, 325, Id., *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, cit., 29 ss.

(69) Da questo punto di vista condivido quanto G. Scotto e M. Castoldi affermano introducendo la versione italiana dell'opera di R.A.B. Busch e J.P. Folger, citata *supra* a nota 15, ovvero che la promessa della mediazione consiste «nell'accompagnare le persone che vivono un conflitto a riscoprire il potere che è nelle loro mani e vedere in modo nuovo se stesse, l'altro e la relazione, ritrovando il senso della comune umanità». Sono, infatti, convinta che abbiano ragione Buch e Folger nel definire il conflitto una «crisi delle interazioni umane» che in quanto processo dinamico è passibile di trasformazione. Per i due autori chiave di questa trasformazione sarebbe *l'empowerment* e il *riconoscimento* e quindi la capacità di agire in modo deliberato riconoscendo nell'altro le sue qualità umane e la sua unicità: cfr. p. 73 ss. per precisazioni sul significato di queste espressioni. Riduttivo, invece, mi pare il discorso che i due autori fanno sul significato di "morale", che rischia di far perdere la profondità prospettica della loro teoria. Mi fermo qui per non rischiare di essere io troppo affrettata e superficiale nel mio giudizio, riservandomi di tornare sul punto in una prossima occasione.

Vorrei al riguardo invocare, prima di tutto, una disposizione che mi ha sempre incuriosito: si tratta del primo comma dell'art. 101 Cost., nel quale si dice che la giustizia è amministrata nel nome del popolo. Nel contesto del discorso che sto svolgendo<sup>(70)</sup>, mi pare di poter dire che essa fonda l'idea di una giustizia partecipativa, nel senso di espressione della comunità di riferimento, ma anche di una giustizia rispetto alla quale il cittadino non è solo beneficiario della stessa, ma protagonista della relazione che intesse con chi la invoca.

Quanto ho appena affermato mi pare sia in linea con quelle considerazioni di natura logico-sistematica secondo le quali la nostra Costituzione «poggia su di una antropologia relazionale non individualista, ma comunitaria, che valorizza e promuove le spinte coesive presenti nella società civile»<sup>(71)</sup>. Basta evocare l'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, richiedendo al contempo l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

I diritti sociali non sono costruiti come diritti a prestazioni da parte dello Stato, ma come diritti a relazioni costitutive, per cui si afferma che esiste nella Costituzione un *favor relationis* che, posto nell'art. 2, permea di sé tutta la Carta.

In questo quadro di promozione relazionale tra gli individui che formano la comunità, anche la mediazione trova una sua più profonda ragion d'essere, quale strumento che consente ai litiganti, attraverso il raggiungimento di un accordo, di superare il conflitto e tornare insieme a regolare i loro rapporti.

Il dovere di solidarietà acquista, dunque, nel nostro ordinamento un ulteriore ruolo: fonda l'idea che, nel sistema relazionale voluto dalla Carta Costituzionale, si debbano considerare frutto di una più matura convivenza civile quegli strumenti di risoluzione della lite non avversariali, ma cooperativi, come la mediazione<sup>(72)</sup>.

---

<sup>(70)</sup> Della norma citata mi sono già occupata nello scritto *Discrezionalità del giudice*, cit., 1558 ss. e note 5 ss. per i riferimenti bibliografici.

<sup>(71)</sup> Così A. Simoncini, in A. Simoncini, E. Cremona, *Mediazione e Costituzione*, cit., 19.

<sup>(72)</sup> P. Comoglio, *Il processo come fenomeno economico di massa*, cit., 420 s., afferma che la presenza di strumenti volti a facilitare una soluzione consensuale della lite può giustificarsi nel dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost. e a nota 134 osserva come «proprio il corretto inquadramento dell'art. 24 Cost. non solo come diritto fondamentale, ma anche come principio fondamentale dell'ordinamento potrebbe essere letto per ammettere non solo la costituzionalità della differenziazione delle tutele e dei rimedi costituzionali,

Ed alla solidarietà quale valore che rende forte una comunità si è del resto già appellato Verde<sup>(73)</sup>, auspicando quel profondo cambiamento al quale è chiamata la nostra cultura nel promuovere la mediazione, la conciliazione, la risoluzione contrattuale della controversia.

8. – Ma, nel segnare la trasformazione della giurisdizione da potere a servizio, proprio Verde<sup>(74)</sup> ne coglie l'ulteriore implicazione nell'impossibilità di continuare ad ascrivere l'efficacia del provvedimento giurisdizionale all'autorità del giudice in base al riconoscimento di una posizione di potere cui corrisponde una soggezione. La forza del provvedimento giurisdizionale sempre più appare sganciata dall'essere il frutto dell'esercizio di un potere, essa è l'"in sé" del servizio richiesto, mentre la sua immutabilità dipende da come si è svolto il processo e dalla possibilità che le parti abbiano potuto pienamente esercitare i loro diritti di difesa e quindi dalla piena realizzazione del contraddittorio<sup>(75)</sup>.

Il contraddittorio assume, allora e sempre più, un ruolo qualificante, ontologizzante della Giustizia che si fa prima di tutto ascolto della parola dell'altro.

Ora, anche quella raggiunta consensualmente è Giustizia, se per tale consideriamo la composizione del conflitto, comunque essa si sia realizzata. Ma che la stessa sia frutto di attività giurisdizionale o a-giurisdizionale, non cambia il ruolo giocato dal dialogo che è sempre quello di cercare di comprendere le ragioni dell'altro e di provare ad avvicinarle alle proprie in un ritrovato equilibrio di interessi.

Occorre, allora, tornare ad interrogarsi sul ruolo del contraddittorio nella mediazione, volendo riconoscere nella stessa uno strumento di realizzazione della Giustizia quale migliore risposta alla soluzione del conflitto in chiave relazionale.

ma anche la costituzionalità di tutele e rimedi non giurisdizionali e non contenziosi, ove più appropriati e adeguati ai diritti da proteggere».

<sup>(73)</sup> G. Verde, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in questa *Rivista* 2021, 1169.

<sup>(74)</sup> Nella relazione già più volte citata al § 3.

<sup>(75)</sup> Per una recente riflessione su questo principio, qualificato come la *Magna Charta* del processo civile cfr. A. Chizzini, *...Aus so krummem holze ...Variazioni su processo civile e costituzione e altro*, in *Processo civile e Costituzione*. Omaggio a Nicolò Trocker a cura di A. Chizzini, D. Abraham, N. Andrews, C. Silvestri, R. Stürmer, V. Varano, cit., 17 ss., che si riallaccia a quanto già espresso, appunto, da N. Trocker nella monografia del 1974, intitolata *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. «Così, in una norma positiva, si consolida il principio per il quale è sulla base del metodo dialettico che alla pronuncia giudiziale deve essere riconosciuto il carattere strutturante la sentenza come giusta».

Da questo punto di vista mi pare che, con l'ultima riforma, si sia fatto un passo avanti. Ho espresso più volte all'amico e Maestro Francesco Luiso, i miei dubbi sulla sua posizione al riguardo. Egli scriveva<sup>(76)</sup>, subito dopo l'introduzione dello strumento mediazione nel nostro ordinamento, «che non è un caso che di contraddittorio non si parli mai, e giustamente, nel testo del decreto legislativo, e che anzi il decreto legislativo contenga l'espressa previsione della possibilità che il mediatore tenga incontri separati con ciascuna delle parti, e che egli sia tenuto a non riferire all'altra parte le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso di tali incontri». Ed infatti, ciò che sarebbe «inimmaginabile in un procedimento decisorio è possibile e anzi è necessario in una mediazione». Secondo Luiso, poiché la mediazione serve per raggiungere un accordo che ponga fine ad una controversia, e tale accordo può essere propiziato anche dalle parti da sole, l'intervento del terzo servirebbe proprio per creare un canale di comunicazione tra loro, quando esse non sono disposte a scoprire le carte, rivelandosi a vicenda i bisogni e gli interessi che ciascuna di esse vuole soddisfare mediante la propria pretesa giuridica. Le parti, invece, si aprirebbero al mediatore, con la fiducia che questi non rivelerà quanto gli è stato confidato. Ciò renderebbe possibile l'accordo.

Ora, a me pare che questa affermazione provi troppo e che comunque non debba essere valorizzata, come peculiarità della mediazione, questa comunicazione indiretta tra le parti, filtrata da un terzo, il mediatore. Se è vero che lo strumento mediazione deve servire anche per porre su nuove basi la relazione tra i soggetti in lite, consentendo la prosecuzione nel futuro dei loro rapporti, la chiarezza e la trasparenza devono entrare prepotenti, almeno a mio giudizio, nel dialogo tra litiganti. Questo, non tanto perché, come da altri ritenuto,<sup>(77)</sup> non sarebbe possibile raggiungere una composizione tra le parti se queste non si siano previamente relazionate in senso oppositivo, ovvero non abbiano formulato ciascuna una propria pretesa, negando quella dell'altro. Solo in questo modo, infatti, sarebbe possibile chiarire l'oggetto della controversia.

Il dialogo ha qui e invece, una valenza di metodo; oserei dire che non si tratta tanto di porsi nei confronti dell'altro in senso oppositivo, ma semmai di cimentarsi, questo sì, nell'ascolto dell'altro. Solo così si supera l'approccio avversariale per conquistare un nuovo modo, più solidale, di trovare soluzioni.

---

(76) Cfr. F.P. Luiso, *Il modello italiano di mediazione. Il "giusto" procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. it.* 2012, 214 s.

(77) P. Sommaggio, *Contraddittorio, giudizio, mediazione. La danza del demone media-*  
*no*, Milano 2012, 60.

Mi permetto allora di osservare che non si tratta di pura retorica, ma della consapevolezza acquisita che la mediazione può diventare un più fruttuoso modo di guardare ai problemi e di imparare a risolverli.

Del resto, se la riforma Cartabia conserva nell'art. 9, d. lgs. n. 28 del 2010, il riferimento alle sessioni separate per dare un contenuto al dovere di riservatezza del mediatore, nel riformulato art. 8 dello stesso d. lgs., nel quale si dettano le regole del procedimento di mediazione, si prevede al quarto comma, che le parti partecipino personalmente alla procedura di mediazione<sup>(78)</sup>, e al sesto comma che esse, con l'assistenza degli avvocati, cooperino in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse<sup>(79)</sup>.

Il riferimento alla clausola generale della buona fede ed alla lealtà non può che alludere all'atteggiamento primario dell'ascolto delle ragioni dell'altro, presupposto per il confronto con le proprie. Ed infatti solo attraverso questo ascolto è possibile acquisire consapevolezza in merito agli interessi in gioco che, detto per inciso, potrebbero anche rivelarsi non in contrapposizione.

Dunque, solo l'effettiva partecipazione delle parti a questo dialogo in contraddittorio può aiutarle a prendere coscienza delle ragioni delle proprie pretese e dei loro bisogni rispetto a quelli dell'altra, rendendo così più plausibile il loro bilanciamento e il raggiungimento di un accordo.

Peraltro, se anche ciò non accadesse, l'esperienza vissuta di un dialogo costruttivo rappresenterebbe comunque la conquista di un metodo che si fa preferibile quando si cerca la Giustizia.

9. – Sul piano culturale, vorrei affrontare un'ultima questione, sulla quale ci siamo molto interrogati, come processualisti, nel corso del convegno

---

(78) La Cassazione, n. 8473/2019, con sentenza, aveva, peraltro, stabilito che «nel procedimento di mediazione obbligatoria disciplinato dal d. lgs. n. 28 del 2010, e successive modifiche, è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore», ma anche che la parte potesse farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente anche nella stessa persona del difensore che la assiste. Il supremo collegio aveva anche chiarito che la condizione di procedibilità potesse considerarsi assolta al termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti avessero comunicato l'indisponibilità a proseguire. La sentenza è commentata da A. Melucco, *Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento delle condizioni di procedibilità nella mediazione*, in questa *Rivista* 2020, 438 ss.

(79) Sulle nuove norme in materia di mediazione si rinvia a G. Miccolis, *op. cit.*, 1076 ss.; A.M. Tedoldi, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, in *Quest. giust.* 27 marzo 2023; M. Lupano, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (II parte). La riforma della mediazione civile*, in *Giur. it.* 2023, 731 ss.

di pochi mesi fa<sup>(80)</sup>, ed io nel mio libro intitolato *La Giustizia piovuta dal cielo*, già citato<sup>(81)</sup>. Qui non entro nel merito di quella che viene definita “giustizia robotica”, ovvero della possibilità di immaginare la sentenza come il prodotto di una macchina<sup>(82)</sup>. Ho già espresso tutte le mie riserve che sono state condivise da Roberta Tiscini<sup>(83)</sup>.

Mi preme però osservare al riguardo come la mediazione sia la strada sulla quale potremo continuare ad incontrare gli uomini e non le macchine, perché se scopo ultimo della stessa è quello di risolvere una controversia, il metodo dell’ascolto dei bisogni dell’altro non è in alcun modo appaltabile ad un *robot*, perché si inserisce in una vicenda umana che tale resta e deve restare per poter produrre frutti e che presuppone la coscienza quale esperienza in formazione non computabile, ovvero non traducibile in algoritmo<sup>(84)</sup>.

10. – Per chiudere questo scritto, con il quale ho provato ad affrontare, con una certa presunzione, il tema della mediazione sul piano culturale, da professore quale sono, non mi resta che sognare quell’Accademia che Bove ci ha descritto<sup>(85)</sup>, come luogo abitato, espressione di una comunità, nella quale insegnare a dialogare in ogni occasione della vita.

---

<sup>(80)</sup> Convegno citato la prima volta a nota 42.

<sup>(81)</sup> Cfr. il capitolo IV, p. 162 ss., e note alle quali rinvio per la bibliografia.

<sup>(82)</sup> Cfr. M.F. Ghirga, *La giustizia*, cit., 183 ss. Su questi temi cfr. da ultima C. Gamba, *Ius dicere e lex tecnologica*, Torino 2023.

<sup>(83)</sup> Cfr. R. Tiscini, *Il ruolo del giudice*, cit., § 13, che conclude riportando a nota 311 il mio pensiero, qui riproposto perché mi pare coerente con quanto in questo scritto ho cercato di sostenere: «Ecco, penso che il punto sia proprio questo: decidere è un atto di imperio che non ha una portata relazionale; giudicare è un’esperienza della vita che mette le persone in relazione tra loro perché il giudizio è giusto quando si è celebrato nel contraddittorio pieno dei soggetti coinvolti, che sono e devono restare uomini, quegli stessi uomini che, come granelli di sabbia, rappresentano lo spettacolo variopinto del mondo, sempre uguali e sempre diversi anche nel loro cercare giustizia, come le dune spinte dal vento nel deserto, secondo l’immagine suggerita da Calvino» (cfr. *La Giustizia “piovuta” dal cielo*, cit., 194).

<sup>(84)</sup> Sarebbe qui presuntuoso dare una definizione di coscienza. Ne tratto con riferimento all’I.A., nell’opera sopra citata cui rinvio anche per i riferimenti bibliografici: cfr. *La Giustizia*, cit., 167 ss.

<sup>(85)</sup> Nello scritto più volte citato sull’insegnamento della mediazione.

MARINO MARINELLI (\*)

Professore ordinario nell'Università di Padova

**LA SAISINE POUR AVIS DE LA COUR DE CASSATION  
E IL NUOVO RINVIO PREGIUDIZIALE EX ART. 363-BIS C.P.C.:  
DIVAGAZIONI SU NORME GIURIDICHE  
E «NORME CULTURALI»**

SOMMARIO: 1 Max Ernst Mayer e la norma giuridica come «norma culturale». – 2. (*Segue*) La *saisine pour avis de la Cour de Cassation* francese e il suo «calco» italiano: il nuovo rinvio pregiudiziale *in apicibus* di cui all'art. 363-bis c.p.c. – 3. Il *flop* della *saisine* nella prassi applicativa francese. – 4 (*Segue*) ...E la sua ragione giustificatrice, declinata in termini di «norme culturali» (con uno sguardo fugace alle prospettive applicative del nuovo art. 363-bis c.p.c.).

1. – In un libro profondo e avvincente, com'erano spesso quelli scritti dalla dottrina tedesca (specie quella processualistica) <sup>(1)</sup> soprattutto a cavallo tra Ottocento e Novecento, dal titolo «*Norme giuridiche e norme culturali*», Max Ernst Mayer <sup>(2)</sup>, agli albori del secolo scorso, enunciò e cercò di dimostrare la tesi che, in linea di principio, la norma giuridica (in primo luogo – anche se non solo – quella penale) è davvero tale per (e realmente sentita come vincolante da) coloro che ne sono i destinatari, i quali per Mayer erano gli organi dello stato e così, anzitutto, i suoi giudici, solo se può dirsi coerente con le loro «norme culturali», ossia con la loro coscienza giuridica comune <sup>(3)</sup>.

---

(\*) Lo scritto è affettuosamente dedicato al Professor Bruno Cavallone.

<sup>(1)</sup> Peraltro, se si volge lo sguardo ai suoi (perlopiù dogmaticamente esangui) contributi odierni, il possente e straordinario corso solare della processualistica tedesca (almeno di quella civile) – iniziato con Oskar Bülow – pare ormai giunto al crepuscolo (se non già tramontato). D'altronde, è la sorte di ogni creatura, dalla più augusta alla più umile, d'avere una giovinezza, una maturità e una vecchiaia. Oswald Spengler lo ha insegnato per le civiltà e gli imperi, che dell'opera umana sono forse le creature maggiori, ma vale anche per la dottrina giuridica.

<sup>(2)</sup> V. M.E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903, spec. 6 ss., 16 ss., 20 ss., 30 ss., 40 ss., 54 ss. e poi, in tutta l'opera, nonché Id., *Rechtsphilosophie*, Berlin 1922, spec. 31 ss. e 87 ss.

<sup>(3)</sup> Alla tesi di Mayer fa dunque da sfondo la disputa (in quei tempi accesa) sul modo di concepire la norma giuridica o come comando rivolto (solo) agli organi dello stato (in

Il lavoro di Mayer incontrò consensi (Berolzheimer<sup>(4)</sup>) e, in buona sostanza, Sauer<sup>(5)</sup>) e dissensi (il Kelsen degli *Hauptprobleme*<sup>(6)</sup>) e Stamm-ler<sup>(7)</sup>), dando luogo ad un intenso dibattito. Di recente, in Francia, l'ha riscoperto e rinverdito Jean-Louis Halpérin, cui dobbiamo studi fondamentali sul *Tribunal* – poi trasformatosi in *Cour – de Cassation*<sup>(8)</sup>, in un saggio demolitorio della «idea di cultura giuridica francese»<sup>(9)</sup>, che si pone agli antipodi rispetto alla *Stimmung* che, nella letteratura processuale, caratterizza i lavori – sol per citare i più recenti – di un Rolf Stürner, di un Daniel Jutras o, a voler insistere, di un Antoine Garapon, di un Oscar G. Chase o di un Emmanuel Jeuland<sup>(10)</sup> che, invece, pur nella diversità dei

---

particolare ai suoi giudici) e/o anche ai suoi consociati (c.d. teoria degli imperativi, elaborata e sviluppata soprattutto da Thon e da Bierling) o invece, come un giudizio ipotetico che ha per oggetto la volontà dello stato, condizionatamente diretta ad un proprio specifico comportamento (la tesi di Kelsen e i suoi seguaci). Sulla disputa e sulla perdurante dignità scientifica (e didascalica) di entrambe le tesi, rimangono ancor oggi ineguagliabili, per finezza e scandaglio di analisi, le pagine di Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925, spec. 227 ss., nonché – riassuntivamente – Id., *Teoria general del proceso*, Barcelona 1936, 43 ss., secondo il quale la teoria degli imperativi (che è concezione «statica») si attaglierebbe di più allo studio del diritto sostanziale e, invece, la scienza del diritto processuale dovrebbe basarsi sull'altra («dinamica») tesi che considera il diritto come regola per l'attività decisoria del giudice.

(4) V. Berolzheimer, *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, München, II 1905, 402 ss.

(5) V. Sauer, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin 1922, 269 ss. che preferisce – ma è questione di pura nomenclatura – discorrere di «dimensione valoriale».

(6) V. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2<sup>a</sup> ed., Tübingen 1923, spec. 370 ss.

(7) V. Stamm-ler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle 1911, 674 ss.

(8) V. soprattutto, Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris 1987 e poi anche, Id., *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, in *Une autre Justice*, a cura di R. Badinter, Paris 1989, 225 ss.; Id., *Le Tribunal sous la Révolution (1790-1799)*, in *Le Tribunal et la Cour de cassation 1790-1990*, Paris 1990, 25 ss.

(9) V. amplius Halpérin, *L'idée de culture juridique française est-elle utile au droit comparé? in Le droit comparé au XXI<sup>e</sup> siècle. Enjeux et idées*, Paris 2015, 155 ss.: saggio che sviluppa e implementa la tesi espressa dallo stesso Autore (in una con F. Audren) nel libro *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Paris 2013, secondo cui il sintagma «cultura giuridica francese», apparso per la prima volta tra le due guerre e diffuso tra i giuristi nei contesti ideologicamente opposti della Francia di Vichy e di quella della *Libération*, poi banalizzato a cavallo tra il XX e il XXI secolo, non corrisponderebbe ad alcun insieme omogeneo di fenomeni (donde la – eversiva – conclusione che «la cultura giuridica francese giammai è esistita, neppure in astratto»).

(10) V. Stürner, *Procédure civile et culture juridique*, in *R.I.D.C.* 4-2004, 797 ss.; Jutras, *Culture et droit processuel: le cas du Québec*, (2009) 54, *R.D. McGill L.J.*, 273 ss.; Garapon, *Bien juger: Essai sur le rituel judiciaire*, Paris 2001, spec. 149 ss.; Chase, *American «Exceptionalism» and Comparative Procedure*, (2002) 50, *Am. J. Comp. L.*, 277 ss.; Id., *Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York-London 2005, spec. 47 ss. e 125 ss.; Jeuland, *Droit processuel général*, Paris 2022 (5<sup>a</sup> ed.), 40 ss.

temi trattati, danno giustamente ampio risalto alla cultura giuridica delle nazioni (e dei loro giudici) che troverebbe nel processo e nell'approccio alle norme e istituti processuali una delle sue manifestazioni più pregnanti e marcate.

Già Franz Klein, il padre delle celebri riforme processuali austriache *fin de siècle*, dall'osservatorio privilegiato della «imperial-regia Cacia», stimava che il processo civile – lungi dall'essere pura meccanica – è il territorio in cui meglio si discoprono le radici della coscienza giuridica e sociale di una nazione<sup>(11)</sup>. E quindi – Egli osservava<sup>(12)</sup> – il fatto che, malgrado conati riformatori in tal senso, il rito sommario-semplificato della *procédure par référé* (pure oggi molto diffusa in Francia)<sup>(13)</sup>, allora prevista dall'art. 806 del vecchio *code de procédure* francese<sup>(14)</sup>, non pe-

<sup>(11)</sup> Sullo stretto legame fra «*culture et procédure*», v. oggi Jeuland, *Droit processuel*, cit., 47 ss.

<sup>(12)</sup> V. *amplius*, Klein, *Die Aufnahme des Référé in das ungarische Prozeßrecht*, in Id., *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, I, Offenbach a.M. 1927, 139 ss.: saggio mirabile, da noi quasi del tutto sconosciuto.

<sup>(13)</sup> Considerato uno degli elementi essenziali della giustizia civile francese, l'istituto del *référé*, ormai da diverso tempo, si è sviluppato e diffuso a tal punto da diventare «il volto più familiare del sistema giustizia» (così, Strickler, *Référés*, in *Dictionnaire de la justice*, a cura di Cadet, Paris 2004, 1127 ss., ed ivi una limpida disamina delle diverse figure di *référés* previste nell'attuale *code de procédure civile* e in altri codici o leggi speciali francesi; sulla «*irrésistible ascension*» del *référé*, v. spec. Perrot, *L'évolution du référé*, in *Mélanges Hébraud*, Toulouse 1981, 645 ss., nonché più di recente, Id., *Institutions judiciaires*, 14<sup>a</sup> ed., Paris 2010, 100 ss.). Com'è noto, il *référé* mira a ottenere, con una procedura semplice e rapida, dal Presidente del tribunale, delle decisioni di per sé provvisorie, ma di un'importanza spesso così notevole che, in pratica, sono destinate a rimanere definitive (in questi termini, quasi letteralmente, v. per tutti, Guinchard-Ferrand-Chainais, *Procédure civile*, 29<sup>a</sup> ed., Paris 2008, 310; da noi, v. a tal proposito i lavori monografici di Silvestri, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino 2005, e di Jommi, *Il référé provision*, Torino 2005, nonché la pregevole sintesi di Bonato, *I référés nell'ordinamento francese*, in *La tutela sommaria in Europa – Studi*, a cura di Carratta, Napoli 2012, 35 ss.). Per giunta, nel linguaggio giuridico francese, il termine «*référé*» si usa pure per indicare un organo giurisdizionale («il giudice del *référé*»), considerato come del tutto autonomo rispetto a quello del merito (v. *amplius*, Estoup, *La pratique des procédures rapides*, 2<sup>a</sup> ed., Paris 1998, 9 ss.).

<sup>(14)</sup> Il *référé* è ufficialmente nato con l'Editto Reale del 22 gennaio del 1685, disciplinante la procedura dello *Châtelet* di Parigi, il cui art. 6 disponeva che, nelle ipotesi ivi tassativamente previste e caratterizzate da urgenza, il giudice poteva emanare un'ordinanza provvisoria, in esito a una procedura rapida e deformalizzata, per ovviare al pericolo di tardività (o intempestività) della tutela giurisdizionale ordinaria. I *conditores* del vecchio (e abrogato) *code de procédure* del 1806 estesero quindi la *procédure par référé* a tutta la Francia, attribuendo ad ogni Presidente di un *Tribunal civil* il potere di emanare la relativa ordinanza. Malgrado la stringatezza (o forse, proprio grazie ad essa) delle disposizioni in tema di *référé* di cui agli artt. 806 ss. del vecchio *code de procédure*, l'istituto – concepito dalla legge come eccezionale e derogatorio – si diffuse nella pratica in maniera notevolissima grazie al lavoro dei Presidenti dei vari Tribunali civili (v. *amplius*, Perrot, *L'évolution du référé*, cit., spec. 647 ss., ma a tal riguardo, resta fondamentale lo studio di Meijers, *Le*

netrasse nelle terre asburgiche si spiegava anche e soprattutto perché era un istituto estraneo alla cultura del processo (e della sua organizzazione) di quella parte di Mitteleuropa. Pensare che qui – scriveva Klein <sup>(15)</sup> – giudici e parti potessero trovare un «rifugio» accogliente e sicuro nella *procédure par référé* (o in qualche suo surrogato), significava andare contro l'esperienza storica. Ciò che in Francia, quasi a voler, così, rimediare alle lungaggini e pastoie che affliggevano il paludato e farraginoso rito comune davanti al *Tribunal de premiere instance*, si assicurava con il *référé* (talvolta in modo sbrigativo anche con riguardo a basilari garanzie difensive), in Austria e Ungheria si era, invece, sempre inteso garantire con il giudizio ordinario («e se un processo ordinario non permette questo, allora significa che non è il processo giusto ed è, così, destinato a vivere con acciacchi e malanni che il ricorso al rito sommario non fa sparire anzi, aggrava ancor più» <sup>(16)</sup>).

Per giunta – notava Klein <sup>(17)</sup> – chi faceva (e fa pure oggi) la parte del leone nel *référé* era (e, perlopiù, è ancora) il Presidente dell'ufficio giudiziario, di fatto investito dal *code de procédure* di una «giurisdizione speciale ed esclusiva» <sup>(18)</sup> fortemente venata di discrezionalità in rito e in merito. Il *référé* francese era dunque figlio di una «cultura della giurisdizione», per cui il *President* – soprattutto – del *Tribunal civil* era «l'erede naturale del giudice dello *Châtelet* di Parigi» <sup>(19)</sup>, che non apparteneva alla Mitteleuropa (o comunque, alle terre degli Asburgo) dove, invece, il Presidente dell'ufficio, ben lungi dal disporre di spiccate competenze speciali ed esclusive (perché dotato di «un'autorità giuridica e morale» superiore a quella dei suoi colleghi) <sup>(20)</sup>, era (ed è pure oggi) più semplicemente un organo con prevalenti compiti amministrativi e organizzativi (e non decisorii) <sup>(21)</sup>.

---

*développement des ordonnances sur référé en France*, in *Rev. hist. de droit français et étranger* 1948, 266 ss.).

<sup>(15)</sup> V. Klein, *op. ult. cit.*, 142 ss.

<sup>(16)</sup> In questi termini, Klein, *op. ult. cit.*, 149.

<sup>(17)</sup> V. Klein, *op. ult. cit.*, 146-147.

<sup>(18)</sup> Così, Klein, *op. ult. cit.*, 146.

<sup>(19)</sup> In questi termini, Klein, *loc. ult. cit.*

<sup>(20)</sup> Osserva Perrot, *op. ult. cit.*, 648, che il Presidente del *Tribunal civil* era l'unico che all'epoca presentava le garanzie necessarie per concedere un'ordinanza di *référé*, giacché era «colui che, in ogni caso, disponeva di un'autorità giuridica e morale sufficiente per imporre la sua soluzione».

<sup>(21)</sup> Sulla classe francese dei giuristi, «composta di famiglie fiere della loro condizione sociale con un treno di vita adeguato e un livello di cultura assai elevato» e – più in particolare – sul legame fra professione giuridica e ricchezza economica, mercé il quale la grande magistratura francese sfuggì alla burocratizzazione (ciò che, invece, non avvenne in

Con buona pace – vien da soggiungere – delle osservazioni *in vitro* di Kelsen<sup>(22)</sup>, per il quale ragionare, in seno al «multiculturale» impero austro-ungarico, di una coscienza giuridica (e/o sociale) comune non era altro che una «ingenua finzione». D'altronde, se si riduce la *iusprudentia* a (quel che non è né può essere, ossia a) una scienza di geometrie e di forme o, comunque, si diventa troppo intimi con la logica e le costruzioni formali, scorrendo gli istituti giuridici sotto la analitica lente di un'ottica Zeiss (ecco, a mio avviso, il limite e l'insidia dell'approccio «neo-normativista» di Halpérin alla «idea di cultura giuridica»), c'è il rischio di non comprendere appieno la stessa vita del diritto come fenomeno culturale e sociale.

Peraltro, non voglio qui nuovamente ripercorrere il dibattito apertosi sul pensiero di Mayer (che le pagine di Halpérin provano essere ancora attuale, pur se la tranciante conclusione cui Egli giunge – la «cultura giuridica francese» giammai sarebbe esistita, neppure in astratto – mi sembra, a tacer d'altro e come credo emergerà più avanti, contraddetta, almeno in una certa qual misura, dal dato esperienziale). Mi preme, invece, più semplicemente, porre in risalto l'intuizione felice che si rinviene nella tesi di Mayer che, a mio avviso, può così svolgersi ed esporsi: il destinatario della norma giuridica, *in primis* il giudice, per considerarla davvero tale la deve reputare conforme o, comunque, non estranea o financo ostile alla propria cultura (o dimensione valoriale). Altrimenti sulla spinta prepotente di questo «elemento dinamico» (così appellava la «Kultur» il sommo Jacob Burckhardt, nelle sue *Considerazioni sulla storia universale*<sup>(23)</sup>) finisce, in un modo o nell'altro, per cercare di allontanarla da sé.

Intuizione (che è pure un *caveat* per chi pone mano alle riforme, specie a quelle processuali<sup>(24)</sup>) la quale, ben lungi dal rimanere una proclama-

Germania), v. *amplius* le splendide pagine di Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München 1953, 244 ss., spec. 251 ss. Legame il quale ha pure permesso di creare nel Paese quella tipica tradizione di *confiance* e insieme di rispetto nei confronti del diritto che per molto tempo ha contraddistinto il ceto medio francese (lo nota, con il consueto acume, Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, Milano 1982, 407-408).

<sup>(22)</sup> V. *amplius*, Kelsen, *Théorie du droit international coutumier*, in *Revue internationale de théorie du droit (nouvelle série)* 1939, 264 ss.

<sup>(23)</sup> V. Burckhardt, *Weltgeschichtliche Betrachtungen* (pubblicate postume nel 1905 dal nipote J. Oeri, che ha ivi radunato le lezioni tenute dal Maestro all'Università di Basilea negli anni 1868 e 1870-1871, consultabili oggi) in Id., *Das Geschichtswerk*, I, Frankfurt a.M. 2007, 763 ss.

<sup>(24)</sup> Basti pensare, sol per portare un esempio, al nostro art. 360-bis, n. 2) c.p.c. – frutto del fascino esercitato sul legislatore della Novella n. 69 del 18 giugno 2009 dai filtri di accesso alla Corte Suprema previsti in Austria e Germania – ai sensi del quale il ricorso apicale è inammissibile quando «è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo» (sulla derivazione austro-tedesca dell'art. 360-bis, specialmente del suo n. 2), v. *amplius*, se vuoi, Marinelli, *La recente riforma del*

zione astratta, trova – diacronicamente e sincronicamente – rilevanti conferme sul terreno empirico. Del resto, vale anche qui una fondamentale opzione di metodo (che, in passato, per molti – da Jhering a Goldschmidt, da Betti a Carnelutti – era una regola aurea della *Methodenlehre* e invece, negli studi odierni, anche dei processualisti, mi pare si dimentichi troppo spesso): i modelli e le costruzioni concettuali non sono valori in sé, ma mezzi al fine, se sono infruttuosi o si riguardano come tali, se non possiedono funzionalità operativa ben possono (anzi, devono) abbandonarsi.

2. – Una delle conferme che ritengo più suggestive (ognuno intende che avrebbe poco senso star qui a redigerne un elenco) si rinviene proprio in Francia e precisamente, nelle vicende applicative della *saisine pour avis de la Cour de Cassation*, donde (è notevole osservare) la recente Novella n. 149 del 17 ottobre 2022, inserendo nel nostro c.p.c. l'art. 363-*bis* sul rinvio pregiudiziale in Cassazione<sup>(25)</sup>, ha attinto a piene mani<sup>(26)</sup>, sovente traducendone pedissequamente le norme procedurali, con una sola sostanziale diversità che evidenzierò nel prosieguo. E d'altronde, un discorso simile vale anche per l'Olanda, ossia per il rinvio pregiudiziale alla Suprema Corte – la *Hoge Raad* – contemplato dagli artt. 392-394 del c.p.c., novellati nel 2012, pur se la derivazione francese dell'istituto è qui meno avvertita<sup>(27)</sup>.

---

*giudizio di cassazione e i suoi riflessi sul terzo grado del processo tributario*, in *Giust. trib.* 2009, 403 ss., spec. 406-407). Filtro che, da noi, non ha mai trovato applicazione concreta diventando, così, sin da subito un ramo secco dell'ordinamento processuale, proprio perché sentito, anche e soprattutto dalla prassi, come insignificante rispetto alla nostra comune coscienza giuridica.

<sup>(25)</sup> Art. 363-*bis* c.p.c. che fa il paio, anche topograficamente, con il precedente art. 363 sul principio di diritto nell'interesse della legge, cui la nuova disposizione si affianca e, nei voti, dovrebbe dar man forte nel rinsaldare i compiti nomofilattici del giudice apicale (con il rischio, così, di alimentare ulteriormente le tendenze ed aspirazioni *culte* o, detto forse meglio, accademiche di una parte dei suoi componenti che, se si ha riguardo a diverse – ormai numerose – decisioni, sovente assumono le vesti dei giudici-giureconsulti lanciandosi, nei loro responsi, in voli pindarici nel cielo dogmatico-sistematico, poco o punto conferenti con il caso concreto da decidere, cui spesso dà l'abbrivo proprio l'art. 363 c.p.c.). Peraltro, già in un passato recente, durante la gestazione di un'altra riforma del giudizio di ultimo grado (avutasi poi con la Novella n. 40 del 2 febbraio 2006), c'era stata la proposta – poi lasciata cadere – di introdurre, ad *instar* della *saisine*, un meccanismo di rinvio pregiudiziale in Cassazione.

<sup>(26)</sup> D'altronde, può dirsi un dato già acquisito in dottrina che la nuova norma si ispiri fortemente alla *saisine* francese anzi, a mio avviso, ne costituisce in larga misura un calco: v. *ex multis*, Besso, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, in *Giur. it.* 2023, 474 ss., Fabbì, *Il rinvio pregiudiziale «alla Corte»*, in *Judicium* 4/2023, § 1 e Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Judicium* 12/2022, § 1.

<sup>(27)</sup> V. *amplius*, Daalder-de Graaf, *Rome, Luxemburg, Den Haag: de prejudiciële pro-*

In Francia, la *saisine pour avis*, prevista dapprima con riguardo al Consiglio di Stato (art. 12 L. n. 87-1127 del 31 dicembre 1987, oggi art. L. 113-1 del *code de justice administrative*) e poi, nel 1991, estesa alla Cassazione civile (artt. L. 441-1/441-4 del *code de l'organisation judiciaire* e 1031-1/1031-7 c.p.c., come modificati dalla L. n. 91-491 del 15 maggio 1991 e dal Decreto n. 92-228 del 12 marzo 1992) e, nel 2001, pure a quella penale (artt. L. 151-2/151-3 cod. org. jud. e 706-55/706-61 cod. proc. pén., come modificati dall'art. 26 L. del 25 giugno 2001), è stata introdotta (lo testimoniano anche i lavori preparatori) ispirandosi e volendo adattare al contesto francese l'esperienza del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE (se non riesumare con «arcaismo regressivo» – lo notava con sarcasmo Bruno Oppetit<sup>(28)</sup> che non aveva in simpatia l'istituto – addirittura il *rescriptum principis* dei romani<sup>(29)</sup>), per garantire meglio (diremmo noi) una nomofilachia preventiva (ritenendosi, dunque, che il ricorso *dans l'intérêt de la loi* di cui all'art. 618-1 c.p.c. richiedesse un intervento *ad adiuvandum* sul piano legislativo)<sup>(30)</sup>.

Infatti, alle condizioni previste *ex lege* a pena d'irricevibilità, qualsiasi giudice (di primo grado e pure d'appello) dell'*ordre judiciaire*, sentite necessariamente le parti, può chiedere *in apicibus* un parere (un *avis*, appunto) che la corte suprema è chiamata a rendere entro tre mesi, con riguardo a una questione di diritto (dopo la riforma dell'agosto del 2015, concernente anche i contratti e gli accordi collettivi)

---

*cedure als rechtsvormend instrument*, in *Ars Aequi*, aprile 2015, 324 ss.; Perdaems, *Vragen Staat Vrij: Prejudiciële Vragen aan de Hoge Raad*, in *Tjdschrift voor formeel Belastingrecht*, n. 5, luglio 2020, 1 ss.

<sup>(28)</sup> V. Oppetit, *La résurgence du rescrit*, in *Dalloz* 1991, 105 ss.; v. anche Coeuret, *Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Rev. trim. d. civ.* 1991, 615 ss., che, invece, valuta positivamente il nuovo istituto, nel quale De Rivery-Guillaud, *La saisine pour avis de la Cour de cassation (Loi n. 91-491 du 15 mai 1991 Décret n. 92-228 du 12 mars 1992)*, in *JCP* 1992, 3576 ss., avverte pure l'eco del *référé législatif* risalente all'età della *Révolution* del 1789 (v. in tal senso, con riguardo al rinvio pregiudiziale alla *Hoge Raad* olandese, anche Daalder-de Graaf, *Rome, Luxembourg, Den Haag*, cit., 331): si tratta, peraltro, di una evocazione che, per varie ragioni, non convince, come mette bene in luce Zénati, *La saisine pour avis de la Cour de cassation (loi n° 91-491 du 15 mai 1991 et décret n. 92-228 du 12 mars 1992)*, in *Dalloz* 1992, 247 ss.

<sup>(29)</sup> Radice romanistica che (in una con quelle – temporalmente molto più recenti – del rinvio pregiudiziale comunitario e consultivo alla Corte EDU) la dottrina olandese discopre, invece, con entusiasmo nello studio del rinvio alla *Hoge Raad*: v. *amplius*, Daalder-de Graaf, *Rome, Luxembourg, Den Haag*, cit., 324 ss. Sul *rescriptum principis* come antesignano storico (anche) del rinvio pregiudiziale italico, v. Barbieri, *Brevi considerazioni sul rinvio pregiudiziale in Cassazione: il giudice di merito superiorem recognoscens*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2022, 369 ss.

<sup>(30)</sup> Lo nota De Rivery-Guillaud, *op. ult. cit., loc. cit.*

che sia nuova<sup>(31)</sup>, rilevante per la decisione della causa, presenti una seria difficoltà sul piano esecutivo, potendo così, dare luogo a interpretazioni divergenti da parte delle *juridictions de fond* e sia suscettibile di porsi in numerosi giudizi<sup>(32)</sup>.

Si tratta – come ognuno può constatare – delle stesse condizioni previste a pena d'inammissibilità dal nuovo art. 363-*bis* c.p.c. il cui vaglio, da noi, è demandato al Primo Presidente della Suprema Corte, investito di una competenza (molto spinta)<sup>(33)</sup>, che chi crede nella competenza c.d. «funzionale» potrebbe ricondurre a questa categoria<sup>(34)</sup>.

<sup>(31)</sup> «Novità» della questione di diritto che, invece, non compare tra i requisiti di ricevibilità del rinvio pregiudiziale alla *Hoge Raad*, testualmente previsti dall'art. 392 del c.p.c. olandese: v. Daalder-de Graaf, *Rome, Luxemburg, Den Haag*, cit., 330 ss.

<sup>(32)</sup> Oggi, dopo la riforma della *Cassation* compiuta nel 2016/2017 (sulle cui luci ed ombre, v. Ferrand, *La Cour de cassation dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle. A propos de la loi n. 2016-1547 du 18 novembre 2016*, in *La Semaine juridique*, Ed. gén. n. 52 del 26 dicembre 2016, 1407 ss. e Amrani Mekki, *Cour de cassation: les modifications de la loi justice du XXIème siècle*, in *Dalloz-actu-étudiant.fr*, 5 gennaio 2017), delle richieste di *avis* è investita la *Cbambre* della Corte nella cui competenza rientra la materia cui si riferisce la specifica domanda di parere, intervenendo la Cassazione in composizione simile a quella – solenne – dell'*Assemblée Plénière* non più di regola, come invece avveniva in passato, ma solo nel caso di «questioni di diritto trasversali o di primaria importanza»: v. Strickler-Varnek, *Procédure civile*, 13<sup>a</sup> ed., Paris 2023, 405-406.

<sup>(33)</sup> Dalla quale, peraltro, anche avuto riguardo alla *littera legis* (ossia al combinato disposto dei commi primo e terzo dell'art. 363-*bis* c.p.c.), parrebbero restar fuori le pregiudiziali diverse da quelle (rilevanza, novità, serietà e «serialità» della questione di diritto) ivi espressamente previste, devolute, così, alla competenza del collegio (sezione semplice o sezioni unite): v. in tal senso, con particolare riguardo al tema dell'applicabilità dell'art. 363-*bis* al processo tributario «civillizzato» ex artt. 1, comma 2° e 62 D.Lg. n. 546/1992, ord. Pr. Pres. Cass. 18 aprile 2023, approvata da Briguglio nel suo *feuilleton* (le cui puntate possono periodicamente leggersi in *Judicium*) sulle prime esperienze applicative dell'istituto; su questo tema specifico, v. anche Corrado, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione ex art. 363-bis c.p.c. e la sua possibile estensione al processo tributario*, in *Riv. dir. trib.* 2024, § 3 ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>(34)</sup> Un concetto – la competenza funzionale – che ha avuto e gode, tuttora, di notevole fortuna, pur avendo allo stesso tempo dei contorni slabbrati, financo evanescenti: lo ha elaborato Chiovenda che, introducendo i suoi *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, XII-XIV, ne rivendica sobriamente la paternità (peraltro, si tratta di una paternità «adottiva», giacché il Maestro, a sua volta, ha ricalcato – pur con qualche variazione sul tema: penso, soprattutto, alle ipotesi di c.d. «competenza funzionale territoriale» – il concetto introdotto nella dottrina tedesca da Wach, *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig 1885, spec. 392 ss.). Un criterio di competenza, per lungo tempo non previsto da alcuna norma positiva (oggi ne fa espressa menzione – in un'ottica prevalentemente «romano-centrica» – l'art. 14 c.p.a. in tema di «competenza funzionale inderogabile») che viene affiancato a quelli consueti (materia, valore e territorio) ed è considerato, quasi *naturaliter*, come assoluto e inderogabile (v. per tutti, Rascio, *In tema di competenza funzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 136 ss.). Con tutti i corollari che ne derivano (o dovrebbero discendere) anche sul piano della dinamica processuale, soprattutto, per quanto specificamente interessa il processo civile, in ordine alla applicabilità della disciplina che il c.p.c. detta per le com-

---

petenze «forti», dei regolamenti di competenza – ad istanza di parte e d'ufficio – nonché della traslazione della causa dal giudice incompetente a quello competente. Si tratta di una categoria che può dirsi ormai stabilmente accolta, anche se con sfumature e qualche differenziazione, dalla prevalente dottrina e giurisprudenza del processo civile, penale e amministrativo (v., tra gli studi più recenti sul tema, Rascio, *op. ult. cit.*, 136 ss.; Baccari, *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano 2011, *passim*, spec. 404 ss.; D'Angelo, *Il riparto della competenza nel codice del processo amministrativo: un dibattito ancora aperto*, in *Foro it.* 2014, 248 ss.) e pure penetrata nella recente legislazione processuale (cfr. l'art. 14 c.p.a.), ma dal perimetro applicativo e – prima ancora – definitorio labile e incerto. Questo vale soprattutto per i cultori del processo civile, i quali – Chioenda *in primis* – perlopiù definiscono la competenza funzionale ricorrendo a una scialba tautologia: essa sarebbe caratterizzata dal criterio funzionale e così, dalla natura o esigenze speciali delle funzioni assegnate *ex lege* al giudice. *Quid* che, però, è del tutto insignificante, giacché la competenza (non solo per materia, valore o territorio, ma anche funzionale) è, per definizione, sempre attribuzione e quindi, esercizio di funzioni (lo evidenziano, già da molti lustri, alcuni processualpenalisti: v. Manassero, *Introduzione allo studio sistematico della competenza funzionale in materia penale*, Padova 1939, spec. 108 ss., 114 ss., 130 ss.; Sabatini, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino 1953, spec. 135 ss. e soprattutto, Riccio, *La competenza funzionale nel diritto processuale penale*, Torino 1959, spec. 5 ss., alle cui voci critiche tuttavia – almeno sino ad oggi – la dottrina del processo civile mi pare rimasta perlopiù sorda). Ed è su queste esili radici che – fenomeno curioso – si è ramificata una tanto rigogliosa quanto confusa vegetazione di ipotesi di (ritenuta) competenza funzionale, che tra esse, a ben vedere, hanno ben poco o, talvolta, nulla in comune se non riguardare l'esercizio di particolari funzioni che sarebbero demandate al giudicante. Vuoi perché si tratta di peculiari funzioni svolte dal giudice – o anche da altri soggetti dell'ufficio giudiziario – in fasi diverse della stessa lite; vuoi per il fatto che la legge affida una causa al giudice di un certo foro, giacché (*in thesi*) ivi la sua funzione sarà esercitata più facilmente o più efficacemente; vuoi ancora, perché la controversia, per le sue specificità oggettive e/o soggettive, è attribuita alle funzioni di un giudice particolare (o, comunque, diverso da quelli tra i quali, di norma, avviene la distribuzione delle cause). Così, in dottrina e giurisprudenza, si discorre – anche di recente – di competenza funzionale con riguardo a: la competenza in sede di gravame, la competenza del tribunale che ha aperto la procedura di liquidazione sulle azioni scaturenti dalla dichiarazione d'insolvenza *ex art. 32 CCII (olim, art. 24 L. Fall.)*, la competenza del tribunale a decidere sulla querela di falso *ex art. 225 c.p.c.*, la competenza del c.d. «tribunale delle imprese», la competenza del giudice dell'esecuzione (ivi compresa quella sulla liquidazione delle spese di procedura e sulle annesse parentesi cognitive) e della tutela cautelare, la competenza sulle controversie in tema di locazione, comodato e affitto *ex art. 447-bis c.p.c.*, la competenza del giudice della separazione a decidere anche sulla domanda di addebito, la competenza del c.d. «tribunale dei minori», la competenza sulle controversie individuali di lavoro *ex art. 409 c.p.c.*, la competenza delle sezioni specializzate per l'immigrazione e più in generale, i rapporti di competenza tra sezioni ordinarie e specializzate del tribunale, la competenza del giudice del merito sulla domanda di condanna per lite temeraria *ex art. 96 c.p.c.* e quella della corte d'appello sull'accertamento dei requisiti per il riconoscimento dei giudicati civili stranieri, la competenza sulla fase decisoria spettante al giudice penale davanti al quale si è svolto il dibattimento, la competenza del giudice che ha irrogato la misura preventiva sul rinnovato esame della pericolosità sociale del soggetto, la competenza del giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo, la competenza territoriale inderogabile *ex artt. 28 c.p.c. e 14 c.p.a.*, nonché – in materia di discriminazione – quella del foro del ricorrente ai sensi dell'art. 28 D.Lgs. n. 150/2011, la

In Francia, però, come tradisce lo stesso sintagma «avis», quello richiesto e dato dal giudice apicale è (e rimane) un parere che lo *juge du fond* può certamente seguire per l'autorevolezza della sua fonte (anche perché – lo insegna l'esperienza – colui che, pur non essendovi tenuto, ha chiesto consiglio a chi reputa più perito, di solito vi si attiene)<sup>(35)</sup>, ma al quale non è obbligato ad uniformarsi in ragione di un vincolo *ex lege*. Altrimenti, si verificherebbe una crassa violazione del divieto – frutto di una visione «legicentrica» della separazione dei poteri – di cui all'art. 5 c.c.<sup>(36)</sup>, con il cui disposto («ai giudici è proibito di pronunciarsi in via di disposizione generale e regolamentare sulle cause a loro sottoposte») si è inteso impedire la riemersione della prassi, corrente sino al 1789 e poi vietata dalla *Loi* del 16-24 agosto 1790, degli *arrêts de règlement* dei *Parlements* dell'*Ancien Régime*, giudici ordinari di ultima istanza, «croce e delizia» dei sovrani francesi<sup>(37)</sup>, invisibili alla *Révolution* che subito li ghi-

---

competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza per i provvedimenti da adottare nei riguardi dei detenuti ed internati *ex art.* 18-ter ord. pen. e art. 678 c.p.p., la competenza dell'ufficiale giudiziario in tema di notificazioni, i rapporti di competenza tra giudice istruttore e collegio, nonché tra il giudice delle indagini preliminari (g.i.p.) e quello del dibattimento, la competenza della corte d'appello sulla revocazione della confisca penale. L'elenco – una sorta di *Leporello* – potrebbe continuare, *sed de hoc satis*.

<sup>(35)</sup> In questi termini, quasi letteralmente, Libchaber, *La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel*, in *Rev. trim. d. civ.* 2003, 157 ss., spec. 160 e prima ancora, quanto alla *saisine* del Consiglio di Stato, Labetoulle, *Ni monstre ni appendice: le «renvoi» de l'article 12*, in *Rev. f. droit adm.* 1988, 213 ss. In Francia, peraltro, non si rinvenivano dati statistici sul numero di volte in cui il giudice che ha chiesto e ottenuto l'*avis* apicale, vi si sia conformato o no: v. *Cour de Cassation – Rapport du group de travail: assemblée plénière, chambre mixte, avis*, Paris 2021, 68 ove il rilievo empirico che può presumersi che il giudice di merito abbia poi seguito il parere fornitogli dalla Corte.

<sup>(36)</sup> Su questo profilo, v. l'ampia disamina di Morgan De Rivery-Guillaud, *La saisine pour avis*, cit., 3577 ss.

<sup>(37)</sup> Gli *arrêts de règlement* dei vecchi *Parlements* erano responsi solenni, aventi carattere generale e astratto che vincolavano i giudici inferiori, non disponevano che per l'avvenire e avevano efficacia *erga omnes*, al pari della legge (un po' somiglianti, perciò, all'editto pretorio dei romani: v. per tutti, Zénati, *La saisine pour avis*, cit., 249). Fu l'*Assemblée Nationale* ad inserire nel Progetto della legge del 1991 l'inciso – poi divenuto norma – per cui il parere dato dalla *Cassation* non vincola il giudice che l'ha richiesto, proprio per riaffermare il divieto degli *arrêts de règlement* (v. *amplius*, *Sénat, Rapp.* N. 297, Rudloff, 24 aprile 1991: «*Cette adjonction rappelle le principe de la prohibition des arrêts de règlement*: critici sull'aggiunta – giacché la *saisine* sarebbe altra cosa rispetto agli *arrêts de règlement* – sono Zénati, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*, e Deumier, *La saisine pour avis: fixer la jurisprudence en amont?* in *Recueil Dalloz*, 2019, 1622 ss.). Sulla giurisprudenza dei *Parlements* – del cui sentimento di orgogliosa indipendenza, a mio avviso, si trova ancora traccia nell'*animus* degli odierni *juges du fond* francesi (v. *infra*, § 4) – sono fondamentali gli studi di Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, I, Paris 1957, 55 ss.; Id., *Histoire de la justice*, Paris (2<sup>a</sup> ed.) 1960, 27 ss.; ai quali *adde* Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor – The University of Michigan Law School 1968, 273 ss., 305 ss., 362 ss.,

gliottinò (detto in senso figurato, ché – come scrive Stefan Zweig nella *Vita di Fouché*<sup>(38)</sup> – il tempo in cui la *guillotene* prese a «marciare come una macchina da cucire», sarebbe venuto pochi anni più tardi).

Da noi, invece, è il contrario (ult. co. dell'art. 363-*bis*): la Cassazione, nell'affrontare e risolvere la questione di diritto decide, una volta per tutte, un «pezzo» della controversia, come fa pure la *Hoge Raad* olandese ai sensi dell'art. 394-1 c.p.c.<sup>(39)</sup>. Donde un *ruling* vincolante *in casu* (pur quando il relativo giudizio s'estingua e la domanda sia riproposta) e però, suscettibile inevitabilmente di «far giurisprudenza» negli altri processi – pendenti o successivi – in cui si ponga la questione «seriale»<sup>(40)</sup> decisa a livello apicale.

Principio di diritto *ex art. 363-bis* che fatalmente è richiesto<sup>(41)</sup> e dato *en amont* e così (questo vale anche per il responso della *Hoge Raad* olandese)<sup>(42)</sup>, spesso senza che il relativo punto controverso sia stato completamente sviscerato dai giudici di merito<sup>(43)</sup>. E ciò, non solo *in iure* ma anche con riguardo al complesso fattuale da cui è scaturito (specie se viene in gioco una questione di diritto sostanziale)<sup>(44)</sup>, con uno stravolgimento

nonché, sul ruolo dei *Parlements* (ora di opposizione ora di promozione) nello sviluppo dell'unità politico-giuridica della Francia, i bei lavori di Egret, *Louis XV et l'opposition parlementaire*, Paris 1970 e di Alatri, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Roma-Bari 1977.

<sup>(38)</sup> Zweig, *Joseph Fouché*, Paris (Grasset) 1937, 5.

<sup>(39)</sup> In Olanda, il rinvio pregiudiziale interpretativo alla *Hoge Raad*, previsto inizialmente per le sole cause civili è stato poi esteso – rispettivamente, nel 2016 e nel 2021 – a quelle tributarie e penali: v. Perdaems, *Vragen Staat Vrij*, cit., 1-2.

<sup>(40)</sup> La «serialità» della questione è nozione disputata nell'ordinamento olandese, anche per il diverso peso specifico che, avuto riguardo alla stessa *littera legis*, questa parrebbe assumere nel rinvio pregiudiziale civile, da un canto, e in quello tributario e penale, dall'altro: v. *amplius*, con osservazioni critiche su questa polisemia legislativa, Perdaems, *op. ult. cit.*, 4-5.

<sup>(41)</sup> A fronte del silenzio della legge sul punto, deve ritenersi che il giudice *a quo* goda di ampia discrezionalità sul *quando* richiedere lumi di ermeneutica in sede apicale (v. in tal senso anche Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Il Processo* 2022, 947 ss., spec. 952).

<sup>(42)</sup> V. infatti, Daalder-de Graaf, *Rome, Luxemburg, Den Haag*, cit., 330-331.

<sup>(43)</sup> Secondo Daalder-de Graaf, *op. ult. cit.*, *loc. cit.* (a me pare, però, un *wishful thinking* e comunque una notazione un po' ingenua), il c.p.c. olandese (cfr. l'art. 393-1) porrebbe a ciò rimedio (almeno in parte), prevedendo che, alla fase apicale davanti alla *Hoge Raad*, possano partecipare anche soggetti diversi (i c.d. *amici curiae*: ad es., associazioni rappresentative, enti esponenziali *etc.*) dalle parti della causa in cui è stato disposto il rinvio pregiudiziale, che potrebbero così arricchire o chiarire alla corte suprema il quadro giuridico e soprattutto fattuale del caso (che, in questo stadio del giudizio, è spesso in divenire).

<sup>(44)</sup> Va precisato che l'art. 363-*bis*, comma 1°, c.p.c. dispone che il giudice *a quo*, prima di disporre il rinvio, «senta» le parti costituite. Contrappeso che – malgrado la lettera del

della normale dialettica tra le parti davanti al loro giudice naturale<sup>(45)</sup>. Peraltro, non mi pare che ciò, di per sé, possa dirsi lesivo dell'art. 25 Cost. giacché, in tal contesto, questo stravolgimento è nella *Natur der Sache*, come insegna, d'altronde, l'esperienza sovranazionale del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e di quello consultivo – seppur da noi non ancora operante – alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>(46)</sup>.

3. – È noto – sol che si guardi quanto è messo periodicamente in rete dalla stessa *Cassation* – che la *saisine* conosce un'applicazione pratica se non fallimentare, molto modesta (ci si assesta su una media complessiva di sei/sette *avis* pubblicati nei *Rapport* annuali della Cassazione civile; ancora peggio va per gli *avis* di quella penale)<sup>(47)</sup>. Ne prendeva atto, facendo un primo bilancio dell'istituto a poco più di dieci anni dalla sua introduzione, Rémy Libchaber<sup>(48)</sup>, osservando che, avuto riguardo al numero «ridicolo» degli *avis* forniti, gli scopi avuti di mira dal legislatore francese nell'introdurlo (pomposamente enunciati dall'allora Primo Ministro Michel Rocard<sup>(49)</sup>), ossia conseguire in prevenzione una assai maggiore uniformità

---

comma 3° della stessa disposizione non sia affatto chiara in tal senso – dovrebbe, proprio perché tale, considerarsi una condizione di ammissibilità della *Richterklage* (al pari della rilevanza, novità, serietà e «serialità» della *quaestio iuris*). D'altronde, lo *juge du fond* francese (lo stesso deve fare il giudice di merito olandese, a mente dell'art. 392-2 c.p.c.), prima di chiedere l'*avis* alla Suprema Corte, ex art. 1031-1 c.p.c., deve consentire alle parti di interloquire per iscritto a pena di irricevibilità della sua richiesta (adempimento su cui la *Cassation* non è solita far sconti: v. ad es., *Cass.*, *avis*, 8 ottobre 2007, n. 07-00.012, in *Bull.* 2007 (*avis*, n. 8), *Cass.*, *avis*, 14 gennaio 2013, n. 12-00.014, in *Bull.* 2013 (*avis*, n. 1); nonché, più di recente, *Cass.*, *avis* n. 17-10001 e n. 17-70002 del 27 febbraio 2017, in *BICC* n. 865 del 1° luglio 2017.

<sup>(45)</sup> Che ci sia questo stravolgimento, mi pare innegabile: lo mette in luce, *more solito* incisivamente, Glendi, *Rinvio pregiudiziale in cassazione secondo la progettata riforma della giustizia tributaria*, in *GT – Riv. giur. trib.* 2022, 565 ss., spec. 568-569, per il quale, inoltre, in tal modo, s'intaccherebbe la garanzia costituzionale del giudice precostituito per legge, giacché il giudice del merito, nel demandare unilateralmente e in corso d'opera la decisione della questione di diritto alla Suprema Corte, finirebbe per spogliarsi della sua naturale *potestas decidendi*.

<sup>(46)</sup> Piuttosto, bisognerà vedere se il gioco vale la candela: ne sembra convinto – al contrario di Glendi, *op. ult. cit.*, *loc. cit.* – Briguglio, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. Prima puntata*, cit., § 5.4. nel testo e in nt. 7.

<sup>(47)</sup> Compulsando *Cour de Cassation – Rapport du group*, cit., 63-64, si evince che, nell'arco di tempo 2010-2020, c'è stata una media di dieci *saisine*, per anno, alla Cassazione civile (su un 30% delle quali – per irricevibilità o altre ragioni – il giudice apicale non ha reso l'*avis*); quanto invece alla *Cassation pénal*, avuto riguardo allo stesso arco temporale, la media di richieste è, addirittura, di una all'anno (con un 56% di casi in cui la Suprema Corte, per irricevibilità o altre ragioni, non ha reso il parere).

<sup>(48)</sup> V. Libchaber, *La saisine pour avis*, cit., 157-158.

<sup>(49)</sup> V. Oppetit, *La résurgence du rescrit*, cit., 105.

dell'esegesi giurisprudenziale e così, una diminuzione del contenzioso) non potevano dirsi conseguiti, neppure in parte<sup>(50)</sup>. E lo stesso vale oggi<sup>(51)</sup>.

Infatti, gli *juges du fond* si mostrano ritrosi nel chiedere lumi in sede apicale e, a onor del vero, va detto che la *Cassation* ci mette pure del suo, dando sovente un bel «giro di vite» nell'applicare i requisiti di ricevibilità previsti *ex lege*<sup>(52)</sup>; a differenza della nostra Suprema Corte che, in questo primo anno di vita del rinvio pregiudiziale, si sta rivelando di manica abbastanza larga nel verificare le condizioni di accesso poste dall'art. 363-bis c.p.c. (è l'impressione che si trae esaminando le *Richterklagen* sinora proposte e pubblicate sul sito istituzionale della Cassazione in ossequio al nuovo art. 137-ter n. 1 disp. att. c.p.c.)<sup>(53)</sup>.

In effetti, la *Cassation* (civile e penale) è particolarmente rigorosa nello scrutinare il carattere «di diritto» e la novità della questione sottoposta al suo parere (meno esigente, a differenza della giurisprudenza – apicale e di merito – olandese<sup>(54)</sup>, è nel saggiare la sua serietà e «serialità»<sup>(55)</sup>). Più precisamente, la questione *de qua agitur* deve essere «*de pur droit*» con

<sup>(50)</sup> Fatico, dunque, a comprendere per quale ragione, nella *Relazione della Commissione Luiso* (a p. 74), che ha fatto da apripista all'introduzione del rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.*, si definisca «felice» l'esperienza della *saisine* francese.

<sup>(51)</sup> V. per tutti, Strickler-Varnek, *Procédure civile*, cit., 406-407, per i quali, allora, sarebbe stato meglio cercar di dare nuova linfa al rinsecchito *pourvoi dans l'intérêt de la loi*.

<sup>(52)</sup> V. Libchaber, *La saisine*, cit., 159 ss.; v. anche, nella nostra dottrina, Giordano, *La «saisine pour avis» alla Corte di Cassazione francese*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 110 ss., Silvestri, *La saisine pour avis della Cour de Cassation*, in *Riv. dir. civ.* 1998, 495 ss., nonché Ead., *Il parere preventivo delle Corti supreme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, 873 ss. Meno severo, invece, è il Consiglio di Stato nel filtrare le *saisine* che gli sono rivolte: v. *amplius*, Darnanville, *La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, in *AJDA* 2021, 416 ss.

<sup>(53)</sup> Allo stato, siamo a quota ventisette (di cui otto dichiarate inammissibili).

<sup>(54)</sup> Giurisprudenza che, specie nel rinvio pregiudiziale civile, è piuttosto severa nel vagliare l'importanza e «serialità» della questione di diritto: v. sul punto, con osservazioni critiche, Perdaems, *Vragen Staat Vrij*, cit., 5-6.

<sup>(55)</sup> Quanto alla «*difficulté sérieuse*», occorre che, dall'esame della richiesta dello *juge du fond*, si possa ragionevolmente opinare che la questione dia (o possa dar) adito a soluzioni ermeneutiche divergenti: v. ad es., *Cass.*, *avis* del 9 gennaio 2017, in *BICC* n. 863 del 1° giugno 2017, nonché *amplius*, il «*Rapport Matet*» relativo a *Cass.*, *avis* n. 15006 del 18 marzo 2013, in *BICC* 2013. Da noi il comma 2° dell'art. 363-bis c.p.c. prevede che l'ordinanza di rinvio rechi la «specifica indicazione delle interpretazioni possibili» e, giacché il secondo comma subisce testualmente la *vis attractiva* del primo (che fissa i requisiti di ricevibilità della *Richterklage*), mi pare trattarsi di un onere previsto a pena d'inammissibilità. Peraltro, è soprattutto la «serialità» che la Cassazione francese vaglia «*avec souplesse*»: non occorre che la questione di diritto si sia già posta in un «*vaste mouvement de contentieux*» (come vorrebbe, invece, Zénati, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *D. Chron.* 1992, 253-254), fatto che il giudice e le parti potrebbero ignorare o non agevolmente percepire, ma più semplicemente che, in futuro, questa *possa* presentarsi in numerosi giudizi. Dunque, l'art. 363-bis c.p.c., nel disporre che la questione di diritto sia «susceptibile di porsi in numerosi giudizi», ha codificato questa interpretazione.

l'espunzione, così, delle questioni «*mêlangée de droit et de fait*» che noi diremmo «miste»<sup>(56)</sup>. Donde, se stiamo agli *avis* sinora resi dalla *Cassation*, una (leggera) preferenza dei giudici di merito per gli interPELLI su questioni procedurali – forse perché qui si ritiene più agevole discernere il «diritto dal fatto come l'acqua dal vino»<sup>(57)</sup> – piuttosto che di diritto sostanziale (e d'altronde, lo stesso potrebbe avvenire pure da noi<sup>(58)</sup>, soprattutto se si tiene presente, in una prospettiva inversa, il consolidato orientamento in tema di art. 101, comma 2°, c.p.c., che, nel limitare il dovere del giudice di articolare il contraddittorio *inter partes* alle questioni «di fatto» o «miste di fatto e diritto» rilevate d'ufficio, estromette dal campo applicativo della norma le questioni processuali, appunto perché ritenute di «puro diritto»<sup>(59)</sup>).

---

(56) V. ad es., *Cass.*, *avis* 12 dicembre 2001, n. 11-00.007, in *Bull.* 2011 (*avis n. 9*). Nelle «questioni miste» – che, come tali, non sono oggetto di *avis* perché riservate al giudice di merito – la *Cassation* (a differenza del Consiglio di Stato) ricomprendeva anche quelle riguardanti il c.d. «*contrôle de conventionnalité*», ossia la conformità di una norma di legge interna alle convenzioni internazionali di cui è parte la Francia: questo perché la norma convenzionale concreterebbe un «fatto» demandato all'apprezzamento dello *juge du fond* (v. *Cass.*, *avis* 8 ottobre 2007, n. 07-00.011, in *Bull.* 2007 (*avis n. 7*), quanto alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché *Cass.*, *avis* 12 luglio 2017, n. 17-70.009, in *Bull.* 2017, con riferimento alla Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 1982 in tema di cessazione del rapporto lavoristico su iniziativa del datore di lavoro; v., in senso critico, Deumier, *Conventionnalité et saisine pour avis*, in *Rev. trim. d. civ.* 2018, 66 ss., per il quale questo orientamento era pure in conflitto con la posizione della stessa *Cassation* circa le questioni di conformità al diritto europeo di norme di convenzioni internazionali bilaterali stipulate dalla Francia, la richiesta di *avis* sulle quali era, invece, considerata ammissibile); oggi, peraltro (a partire da *Cass.*, *ass. plén.*, *avis* nn. 19-70.010 e 19-70.011 del 17 luglio 2019, approvati dallo stesso Deumier, *La saisine pour avis: fixer la jurisprudence en amont?*, cit., 1622 ss.), la *Cassation* ha mutato orientamento, abbracciando la tesi opposta.

(57) V. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris 1997, 78.

(58) Rammento che, da noi, il primo caso di rinvio pregiudiziale (si tratta di Corte d'appello di Napoli, ord. 2.3.2023, adita con una domanda di ristoro *ex Lege Pinto*) riguarda proprio una questione processuale, ossia l'applicabilità davanti al giudice di pace – nel rito previsto *ante* Novella n. 149/2022 – del *track* decisorio semplificato di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c.

(59) V. per tutte (anche per suo il nitore espositivo), *Cass.* 23 maggio 2014, n. 11453, che all'uopo pone pure l'accento sull'ampio spettro di controllo che l'ordinamento prevede per gli *errores in procedendo*, nel sindacare i quali la Corte di legittimità diviene giudice del fatto processuale, avendo conseguentemente accesso alla documentazione litigiosa. Ragione per cui, a mio avviso, in linea di principio, *nihil obstat* – ovviamente quando ne ricorrano anche le altre condizioni – a un rinvio *ex art. 363-bis* pure sulla questione di giurisdizione: in tal senso v. Corte Giust. Trib. di primo grado Agrigento, ord. 31.3.2023, n. 428, approvata da Briguglio, *Esperienze applicative*, cit., § 5 e invece, criticata da Corrado, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione*, cit., § 3, per il quale, data la inscindibile connessione fatto-diritto che la caratterizza, la questione di giurisdizione dovrebbe ritenersi «mista» e comunque, deducibile solo con il regolamento preventivo *ex art. 41 c.p.c.*, attorno al quale ruoterebbe un sistema «chiuso» e così, non etero-integrabile con il rinvio *ex art. 363-bis* c.p.c.

La necessità, versandosi in tema di una giurisdizione consultiva (che però è) di legittimità, di distillare *la question de droit*, tenendola rigorosamente distante, separata e impermeabile rispetto alle considerazioni di fatto<sup>(60)</sup>, è qui avvertita a tal punto che la richiesta del giudice di merito (e così, il «quesito di diritto» ivi formulato) e la risposta della *Cassation* sono strutturate in modo da risultare completamente depurate dai dati fattuali della vicenda di cui è causa. Di qui, *avis* che perlopiù la *Cassation* – già sobria nel redigere i propri *arrêts* (così diversi dalle turgide e ipertrofiche «sentenze-trattato» del nostro giudice supremo)<sup>(61)</sup> – correda di una motivazione talmente scarna da sfiorare, in certi casi, «l'afasia»<sup>(62)</sup>.

Quanto alla «*question nouvelle*», la cui concretizzazione (com'è normale per i concetti vaghi o elastici) è fatalmente venata di discrezionalità decisoria, può essere tale sia perché concerne norme di legge di nuovo conio<sup>(63)</sup> sia perché, comunque, non è stata ancora affrontata e risolta dallo *juge de droit* (e così, anche pertinente a fonti meno recenti o anche svincolata da uno o più specifici testi normativi e però, mai considerata in sede di legittimità)<sup>(64)</sup>. Ed è proprio nel vagliare il «*ne pas encore tranchée*» che il giudice supremo è spesso severo<sup>(65)</sup>, escludendo la novità

(ma allora – soggiungo – lo stesso dovrebbe valere pure per la questione di competenza, arg. ex artt. 5, 38 ultimo comma, 42 e 43 c.p.c.).

<sup>(60)</sup> Sull'evoluzione della dicotomia fatto-diritto nel «sistema» della Cassazione francese, rinvio all'efficace sintesi di Halpérin, *La distinction du fait e du droit dans l'évolution du système français de la cassation*, in *Fatto e diritto nella storia dell'ultimo grado del processo civile europeo (Atti del convegno del 22 dicembre 2017 in memoria di Nicola Picardi)*, a cura di Consolo, Fabbi e Panzarola, Roma, 2021, 21 ss.

<sup>(61)</sup> Sulla differenza – di forma e di sostanza – tra *avis* e *arrêt* della *Cassation* (e del Consiglio di Stato), che poi si riverbera anche sulla diversa strutturazione dei rispettivi atti, v. *amplius*, Libchaber, *La saisine pour avis*, cit., 159 ss. e la tassonomia di Zénati, *La portée du développement des avis*, in *L'inflation des avis en droit*, a cura di Revet, Paris 1998, 101 ss. che distingue tra «*avis pour régler*», «*avis pour juger*» e «*avis pour interpréter*».

<sup>(62)</sup> In questi termini, Libchaber, *La saisine pour avis*, cit., 162 ss., sulle cui considerazioni s'indugerà un poco *infra* al § 4; v. anche, raffrontando criticamente le decisioni della Cassazione con quelle del Consiglio di Stato, più facondo nel motivare, Tallon, *Libres propos sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation française, à partir de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000 (arrêt Perruche)*, in *Estudos em homenagem à D.I. de Magalhães Collaço*, a cura di de Moura Ramos e altri, Coimbra 2002, 653 ss.

<sup>(63)</sup> Per il Relatore (Jean-Jacques Hiest) della *Loi* del 1991, che ha esteso la *saisine* alla Cassazione civile, la questione poteva dirsi nuova solo se riferita a un «*nouveau text de loi*» (lo riferisce, Darnanville, *La saisine pour avis*, cit., 418 nt. 34).

<sup>(64)</sup> V. *amplius*, anche per una rassegna e disamina delle diverse soluzioni prospettate in dottrina, De Rivery-Guillaud, *La saisine pour avis*, cit., 3578 ss.; Keromnes, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Gaz. Pal.* 3-4 dicembre 1997, 2 ss. e Darnanville, *op. ult. cit.*, 418 ss.

<sup>(65)</sup> Rinvio agli *avis* citati e passati in rassegna soprattutto da Darnanville, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*, cui *adde* *Cass., avis* 14 giugno 1993, n. 09-30.006, in *Bull.* 1993 (*avis n. 5*), *Cass.*,

della questione pur se consti un solo precedente della *Cassation* che l'affronti (anche solo *en passant*)<sup>(66)</sup> o se questa risulti oggetto di ricorsi in cassazione pendenti – e così, da decidere<sup>(67)</sup> – o ancora, se sulla stessa ci sia un costante orientamento interpretativo dei giudici di merito e, più in generale, che possa farsi ricorso alla *saisine* per provocare *revirement* o comporre conflitti in seno alla giurisprudenza apicale<sup>(68)</sup>.

4. – Tra i giuristi francesi che guardano con favore a questo istituto per l'*esprit de dialogue des juges* che vi è insito<sup>(69)</sup> (qualcuno financo auspica che il legislatore tramuti l'*avis* della Cassazione in un *arrêt* rendendolo vincolante per il giudice di merito che l'ha richiesto)<sup>(70)</sup>, ci si interroga periodicamente<sup>(71)</sup> su quali possano essere le ragioni dell'insuccesso o, comunque, della sua scarsa applicazione nella pratica<sup>(72)</sup>.

Forse che in Francia il contenzioso civile è mediamente di breve durata<sup>(73)</sup>, sicché si può procedere *sans souci* e attendere, così, che una

*avis* 27 aprile 2000, n. 02-00.004, in *Bull.* 2000 (*avis* n. 2), *Cass.*, *avis* 26 settembre 2006, n. 06-00.010, in *Bull.* 2006 (*avis*, n. 2) e *Cass.*, *avis* n. 7 e n. 8 del 29 settembre 2008, in *BICC* n. 692 del 1° dicembre 2008.

<sup>(66)</sup> Quindi, il primo rinvio pregiudiziale *ex art.* 363-*bis* c.p.c. (dico quello della Corte d'appello partenopea, adita quale giudice di unico grado ai sensi della Legge Pinto e già citato sopra alla nt. 58) che ha superato il vaglio presidenziale di ammissibilità, in Francia, probabilmente sarebbe stato dichiarato irricevibile, giacché sulla questione rimessa – per stessa affermazione del giudice *a quo* – consta già un precedente apicale.

<sup>(67)</sup> Da noi, invece, avuto riguardo al tenore letterale dell'art. 363-*bis* c.p.c. («...*non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione*»), la «novità» della questione parrebbe venir meno solo con la sua già intervenuta soluzione in seno alla Suprema Corte (lo nota Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, cit., 952).

<sup>(68)</sup> Sinora, il tema della «novità» della questione è, nella nostra dottrina, poco arato: se ne occupa soprattutto Briguglio, *Esperienze applicative*, cit., § 6 che ne accoglie una nozione piuttosto ampia.

<sup>(69)</sup> V. ad es., De Rivery-Guillaud, *La saisine pour avis*, cit., 3576 ss.; Zénati, *La saisine pour avis*, cit., 247 ss.; Darnanville, *La saisine pour avis*, cit., 416 ss.; Deumier, *La saisine pour avis: fixer la jurisprudence en amont?*, cit., 2019, 1622 ss.; Ruiz Fabri-Sorel, in *Droit proces-suel*, a cura di Guinchard, 11<sup>a</sup> ed., Paris 2021, 1401-1402.

<sup>(70)</sup> V. *amplius*, anche per gli appropriati riferimenti, *Cour de Cassation – Rapport du group de travail*, cit., 68-69.

<sup>(71)</sup> V. ad es., la fine analisi di Libchaber, *La saisine pour avis*, cit., 157 ss. e, più di recente, Strickler-Varnek, *Procédure civile*, cit., 405-407.

<sup>(72)</sup> Per tentare di dare vitalità all'istituto, alcuni gruppi di lavoro, formati da giuristi teorici e pratici, suggeriscono di ridurre le condizioni di ricevibilità attualmente previste *ex lege*, espungendo, in particolare, la serietà e «serialità» della questione di diritto e invitano la Cassazione a una maggiore *souplesse* nel vagliare l'ammissibilità delle domande di *avis*: v. ad es., *Cour de Cassation – Rapport du group de travail*, cit., 69 ss. e anche *Le rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, Paris luglio 2021, *recomm. n. 13*.

<sup>(73)</sup> È questo il caso dell'Olanda (a giudicare, almeno, dai *Reports 2020/2022* della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia).

questione di diritto – quand’anche nuova, «seriale» e di difficile esegesi – approdi in *Cassation* seguendo il canale ordinario dell’*Instanzenzug* di cui al codice di rito, anziché quello speciale della *saisine*? Mi par di no, la velocità con cui normalmente viaggia un giudizio civile francese non è certo quella di un TGV. In effetti, senza avere l’ossessione per i dati statistici (e al tempo stesso, guardandosi dall’incorrere nell’eccesso opposto di un Winston Churchill, che diceva di fidarsi solo delle statistiche che falsificava), se si fa un po’ di spicciola analisi mensurale, ad es. comparando i dati forniti dai più recenti *Reports* (2020 e 2022) della Commissione Europea per l’Efficienza della Giustizia, in Francia la durata media di un giudizio civile (specialmente di primo grado e appello) non è di molto inferiore rispetto a quella che c’è da noi (situandosi la Francia, nella non commendevole classifica degli stati europei la cui giustizia civile procede adagio, nelle posizioni alte).

Forse che, allora, il legislatore francese è parco nell’intervenire e, quando lo fa, le sue norme brillano per concisione, ordine e *clarté*? Pure qui, mi par di no. Gli aggettivi che i giuristi (teorici e pratici) francesi usano per il loro legislatore<sup>(74)</sup>, perlopiù ritenuto garrulo, invadente, confuso e *pasticheur* sono quelli che spesso impieghiamo pure noi (da ultimo, con riguardo alla recente – inutile e pure dannosa – riforma del processo ordinario di cognizione).

A me pare che la ragione del *flop* o, comunque, dello scarso successo della *saisine pour avis* risieda soprattutto nel fatto che è un istituto che il giudice francese, cui pur sono familiari gli strumenti che caratterizzano i rapporti con le Corti sovranazionali (si pensi al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE<sup>(75)</sup> o a quello consultivo alla Corte di Strasburgo), sente, *in interiore homine*, lontano da quella che è, ancor oggi, la sua «cultura della giurisdizione». C’è infatti – direbbe chi si diletta di psicologismo giuridico – un *quid* latente nella mente (o nelle basi neurali della «coscienza della giurisdizione») di questo giudicante che qui riaffiora (ce se ne rende ben conto, sol che si scambi due parole sulle vicende applicative della *saisine* con qualche *juge du fond* o *du droit*). Una «norma

---

(74) V. per tutti, Darnanville, *La saisine pour avis*, cit., 420.

(75) Che peraltro, i giudici francesi (specialmente quelli supremi) dimostrano talvolta di non aver ancora del tutto digerito: v. ad es., CGUE, 4 ottobre 2018, C-416/17 (*Commissione Europea c. Repubblica Francese*), con cui la Corte di Lussemburgo ha, per la prima volta, condannato uno stato membro (appunto la Francia) per inadempimento, nell’ambito di una procedura di infrazione, a causa dell’inerzia di una sua Corte di ultima istanza (si trattava del *Conseil d’etat*) nel disporre il rinvio pregiudiziale quale strumento di garanzia dell’uniforme applicazione del diritto europeo.

culturale» – faccio mia l'intuizione di Mayer con cui ho aperto questo scritto – che, variando la celeberrima metafora del Barone di Montesquieu («*Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi*») (76), anch'egli – seppur per breve tempo, ché si liberò della carica appena poté – giudice del *Parlament* di Bordeaux, di cui era Presidente di sezione (77), si potrebbe formulare sinteticamente così: «il giudice, nell'attuazione del diritto nel caso concreto, è bocca della legge».

Discorro di «norma culturale», anche perché il fatto che il «parere» della *Cassation* non vincola il giudice di merito (a cominciare da quello che l'ha richiesto) esclude qui in radice qualsiasi possibile conflitto con il precetto costituzionale per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge (contrasto che, invece, da noi si è evocato in relazione al *ruling* vincolante di cui all'art. 363-*bis*) (78).

---

(76) Sulla quale, tra i lavori più recenti, v. il bel saggio di Dauchy, «*Le juge, bouche de la loi*». *A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu*, in *Nagoya University Journal of Law and Politics*, n. 256 (2014), 325 ss.

(77) Montesquieu aveva ereditato il ruolo di *Président à mortier* del *Parlament* di Bordeaux, oltre al titolo nobiliare, dallo zio Jean Baptiste de Secondat, carica che, di lì a poco, alienò mantenendo però per tutta la vita il titolo onorifico di *Président*: v. Shackleton, *Montesquieu. Biographie critique*, Grenoble 1977, 36 ss.

(78) V. M. Fabiani, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 197 ss. e Scarselli, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in *Giustizia insieme* 5 luglio 2021, per i quali soprattutto il giudice d'appello della stessa causa, in virtù del rinvio *in apicibus* disposto dal giudice del primo grado *ad libitum suum*, si troverebbe, ancor prima di essere investito della specifica questione di diritto, vincolato al responso della Cassazione, venendo così privato *in parte qua* della sua potestà decisoria, in contrasto con il precetto costituzionale della esclusiva soggezione del giudice alla legge e così, con le garanzie di autonomia riconosciute dall'art. 101, comma 2°, Cost. Il problema è simile a quello affrontato a suo tempo dalla Corte costituzionale quanto al conflitto, escluso dalla Consulta (v. Corte cost., 25 marzo 1970, n. 50), con l'art. 101, comma 2° (e pure con l'art. 107, comma 3°) Cost. dell'art. 546 dell'abrogato c.p.p. Rocco, ai sensi del quale il giudice di rinvio doveva uniformarsi alla sentenza della Cassazione per ciò che concerneva ogni questione di diritto con essa decisa. Mutato quel che c'è da mutare, *la ratio decidendi* di Corte Cost. n. 50/1970, a mio avviso, persuade ancor oggi: la pronuncia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio (e l'egida) della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento *in iure* avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa. Peraltro, pur trattandosi di un tema non perfettamente sovrapponibile, non mi pare che, con riguardo al rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo disposto discrezionalmente dal giudice di primo grado, si sia mai ipotizzato un *vulnus* dell'autonomia decisoria dei giudici delle fasi successive (specialmente di quello d'appello), *sub specie* di violazione dell'art. 101, comma 2° Cost. (né, d'altronde, risulta che in Olanda, dove pure ex art. 394-1 c.p.c. il responso interpretativo della *Hoge Raad* vincoli *tutti* i giudici di merito della causa in cui è stato richiesto, si sia prospettata una illegittimità di questa norma, perché lesiva delle prerogative costituzionali del giudicante).

Gli è dunque che la *saisine* è un istituto che mal s'attaglia alla «idea» di giurisdizione dell'*homo iudicans* francese, soprattutto dello *juge du fond*, che è orgoglioso e geloso delle sue prerogative (anche) decisorie<sup>(79)</sup> sin dai tempi dei *Parlements dell'Ancien Regime* del cui sentimento di fiera indipendenza l'*animus* degli odierni giudici di merito (talvolta – penso, ad es., al *Tribunal* di Colmar o alla *Cour d'appel* di Aix-en-Provence – financo allocati negli stessi gloriosi edifici in cui sedevano i vecchi *Parlements*), reca traccia. Tanto è vero che ancor oggi, in Francia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 625 e 638 c.p.c., il giudice del (primo) rinvio, conseguente alla cassazione della sentenza, non deve attenersi al principio di diritto formulato *in apicibus*, ben potendo «ribellarvisi» – che è evenienza considerata nient'affatto patologica (e anzi, ritenuta pure coerente con la visione della *Cour de cassation* come «*juge des arrêts et non des affaires*»)<sup>(80)</sup> – giacché rimane comunque libero di interpretare le norme di legge rilevanti per la decisione della controversia. E quando, impugnata la sentenza del giudice di rinvio «ribelle», la Cassazione è convocata in «Assemblea Plenaria» ai sensi dell'art. 431-6 c.p.c.<sup>(81)</sup>, per dirimere il conflitto tra giudice di legittimità e di merito, la percentuale di *revirement* della giurisprudenza apicale, che si ha allorché l'*Assemblée Plénière* condivide la diversa interpretazione data dal giudice di rinvio, è significativamente alta<sup>(82)</sup>.

Si può dunque comprendere la diffidenza degli *juges du fond* nei riguardi della *saisine* di cui, in questo *milieu* culturale, si tende a lumeggiare soprattutto la *dark side*: un istituto che al postutto rischia di distogliere il giudice di merito dal suo compito di «*bouche de la loi*», ossia di attingere dalla legge la norma applicabile alla fattispecie concreta; *juge du fond* che per giunta, nel demandare *im Werden* la soluzione della questione di diritto alla *Cassation*, finirebbe così per abdicare in modo defatiga-

---

(79) V. il suggestivo lavoro di Schill, *Die Stellung des Richters in Frankreich. Eine rechtshistorische Darstellung unter Einbeziehung der Gerichtsverfassung*, Bonn 1962, 12 ss.

(80) V. per tutti, J. Boré, L. Boré, *La Cassation en matière civile 2023/2024*, Paris 2023, 740 ss.

(81) Il contrasto tra il principio di diritto enunciato dalla (prima) sentenza cassatoria e la pronuncia del giudice di rinvio che tale principio non ha condiviso disattendendolo, è risolto in maniera vincolante *ex art.* 431-6 c.p.c. dalla stessa *Cour de cassation* in formazione solenne (nel passato dalle sei *chambres* riunite, oggi in «Assemblea Plenaria», composta dal Primo Presidente della Corte, dai sei Presidenti e i sei Consiglieri decani di Sezione, nonché da un Consigliere per ciascuna delle sei Sezioni: in tutto, diciannove magistrati).

(82) In passato, ci si assestava su circa il 40% dei casi (v. J.-F. Weber, *La Cour de cassation*, Paris 2010, 72), oggi siamo al 60% (v. *amplius*, *Cour de Cassation – Rapport du group de travail*, cit., 22 ss., nonché *Le rapport de la commission de réflexion*, cit., *recomm. n.* 13).

torio al suo potere-dovere di decidere<sup>(83)</sup>, in una prospettiva di asservimento o subordinazione al giudice apicale.

Gli è, inoltre, che la *saisine* s'attaglia poco o punto alla stessa «idea» della funzione della *Cour de cassation* («vertice» meno «ambiguo» rispetto all'attuale Cassazione italiana)<sup>(84)</sup>, intesa come giudice «che cassa» ed è sì chiamata a garantire l'uniforme interpretazione del diritto oggettivo, ma solo dopo che le relative questioni giuridiche siano state affrontate e risolte, avuto riguardo alla trama fattuale che le innerva, nelle fasi svoltesi e conchiusesi davanti ai giudici del merito (e non, invece, a ingessare l'evoluzione della giurisprudenza intervenendo *en amont* in corso d'opera). E allora, nell'estrema stringatezza con cui la *Cassation* suole redigere i propri «pareri»<sup>(85)</sup> – che un «estraneo» è indotto a bollare come segno di aridità o financo sciatteria motivazionale – chi respira e conosce questo *milieu* scorge soltanto una naturale e placida ratifica di siffatto modello culturale<sup>(86)</sup>.

Infatti, la possibilità di avere nel giudice apicale una guida realmente coerenziatrice della giurisprudenza<sup>(87)</sup>, l'esigenza di dare una guida logica (talora di vera politica del diritto) alla esperienza decisoria esigono sì principi di diritto, i quali però siano costantemente forgiati e riforgiati nella fucina di sempre diverse questioni di fatto, rielaborati e cesellati alla

<sup>(83)</sup> Sul rischio innegabilmente connesso anche al nostro art. 363-*bis* c.p.c. di una «deresponsabilizzazione» del giudice *a quo*, v., con diversità di toni e accenti, Trisorio Liuzzi, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *Judicium*, § 1; Capponi-Panzarola, *Questioni e dubbi sulle novità del giudizio di legittimità secondo gli emendamenti governativi al d.d.l. n. 1662/XVIII (breve contributo al dibattito)*, in *Giustizia insieme*, § 1; Santagada, *Rinvio pregiudiziale in cassazione (art. 363-bis c.p.c.)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di Tiscini, Pisa 2023, 525 ss., nonché Glendi, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., 568-569.

<sup>(84)</sup> V. Halpérin, *La distinction du fait e du droit*, cit., 37 ss., per il quale *modus et mens iudicandi* degli attuali consiglieri di Cassazione non sono molto diversi da quelli delle prime generazioni dei componenti del *Tribunal* e poi della *Cour de cassation*, rimanendo il giudice apicale francese un *Tribunal de la loi* molto più simile alla Corte di Giustizia europea o a una Corte costituzionale che alla *Supreme Court* statunitense, inglese o indiana.

<sup>(85)</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>(86)</sup> V. *amplius*, Libchaber, *La saisine pour avis*, cit., 160 ss. D'altronde, la «regola» che agli estranei spesso sembra non intellegibile (o peggio, una «schiaività») chi è del «gruppo» la comprende e maneggia «con perfetta libertà e naturalezza», come osserva Spengler, *Der Untergang des Abendlandes*, Band II, München 1920, 428 ss.

<sup>(87)</sup> Che poi, è il senso dell'esoterico sintagma «nomofilachia» (del tutto sconosciuto alle altre legislazioni contemporanee) che Calamandrei importò dall'Atene periclea, ove i «nomofilàci» (letteralmente: custodi della legge) erano i magistrati depositari del testo ufficiale della norma giuridica chiamati ad assicurarne la stabilità e l'osservanza (v. Biscardi, *Nomophylakes*, in *Nov. dig. it.*, XI, Torino 1965, 312 ss., ed ivi ulteriori riferimenti di fonti e letteratura, nonché Id., *Diritto greco antico*, Milano 1982, 72 ss.).

luce di casi clinici e dell'esperienza in situazioni conflittuali<sup>(88)</sup>. Queste condizioni sovente non si danno allorché lo *juge du fond, motu proprio* e in corso d'opera, chieda lumi esegetici *in alto loco*, specie a fronte di questioni di diritto scaturenti da norme di nuovo conio, le quali spesso esigono un minimo rodaggio che solo la prassi – formando e affinando gli indirizzi interpretativi – può garantire. Ecco, dunque, il perché di una motivazione scarna e non diffusa a corredo del «parere», di una sobria e quasi asettica «proposta» interpretativa («*mibi videtur, ce m'est à vis*») e non di un principio di diritto da seguire, calato subito e imperiosamente dall'alto (che per giunta potrebbe impedire ogni gradualità nell'assimilare le nuove norme)<sup>(89)</sup>.

A ben vedere, è pure il frutto di questa visione del ruolo della *Cassation* quella «*règle non écrite*» introdotta pretoriamente<sup>(90)</sup>, per cui sulla *saisine* si ha un «non luogo a procedere» se la relativa questione di diritto è già oggetto di ricorsi in cassazione pendenti (ancora) da decidere<sup>(91)</sup>. In questo contesto (in cui si privilegia un «*approche contentieuse*»), tra *pourvoi* e *demande d'avis* – e così, tra *arrêt* e *avis* – non ci può essere concorso o equivalenza (come, invece, parrebbe verificarsi da noi per il ricorso e il rinvio pregiudiziale in Cassazione *ex art. 363-bis c.p.c.*)<sup>(92)</sup>, ma il primo è considerato poziore rispetto alla seconda, giacché «*c'est dans la fournaise des faits que la Cour forge ses arrêts; quant à ce que l'on nomme la jurisprudence, ce n'est rien d'autre que le résidu des arrêts, une fois la situation litigieuse refroidie*» (come scrive Libchaber – le cui suggestive parole, per una volta, riporto nella lingua originale – in quello che, a mio giudizio, è lo studio più meditato, originale e profondo sulla *saisine pour avis de la Cour de cassation*)<sup>(93)</sup>.

C'è allora da chiedersi se il nostro rinvio pregiudiziale (operante a far data dal 1° gennaio 2023) sia destinato ad avere, nella prassi, miglior o identica sorte rispetto al suo antesignano d'Oltralpe<sup>(94)</sup>. A tal proposito,

<sup>(88)</sup> V. in tal senso, incisivamente, Libchaber, *La saisine pour avis*, cit., 159.

<sup>(89)</sup> V. *amplius*, le acute riflessioni di Libchaber, *op. ult. cit.*, 160 ss., per il quale, inoltre, chi deplora la «*faiblesse argumentative*» o financo il «*mutisme*» dei pareri resi dalla *Cassation*, non comprende che, quanto a forma e sostanza, altro è l'*arrêt* e altro è l'*avis*.

<sup>(90)</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>(91)</sup> V. Libchaber, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*, ove anche il rilievo che una quantità «*non négligeable*» di casi in cui la *Cassation* decide di non provvedere sulla richiesta di *avis* si basa su questa regola *praeter legem*.

<sup>(92)</sup> V. *supra*, § 3 nt. 67.

<sup>(93)</sup> V. Libchaber, *op. ult. cit.*, 159.

<sup>(94)</sup> Ché avere peggior sorte, sol che si ponga mente al numero di *avis* della *Cassation pénale* (in media, uno all'anno: v. sopra, § 3, testo e nt. 47), sarebbe oltremodo arduo!

mi pare indubbio che pure la nostra «cultura della giurisdizione» si nutra dell'idea del «dialogo»<sup>(95)</sup> anche fra le corti interne<sup>(96)</sup> (come d'altronde avviene ormai da tempo nei rapporti fra giudici nazionali e sovranazionali e financo tra le stesse corti sovranazionali<sup>(97)</sup>) che è insita nel nuovo rinvio pregiudiziale (e, ancor prima, nella *saisine* francese)<sup>(98)</sup>. E mi sembra parimenti indubbio che, a differenza della dialettica tra il «libertario» *juge du fond* e la *Cassation* francesi, che l'esperienza del primo rinvio dopo la cassazione della sentenza e della stessa *saisine* dimostrano essere equiordinata<sup>(99)</sup>, da noi il dialogo tra il giudice di vertice e quello di merito non possa certo dirsi *tra pari*<sup>(100)</sup>, caratterizzandosi invece per una totale ed immediata supremazia del primo sul secondo (la quale permea di sé l'art. 384, co. I-II e lo stesso art. 363-*bis*, ult. co., c.p.c., che, infatti, riannodano alla decisione o al responso interpretativo della cassazione un'efficacia vincolante nel giudizio in cui sono resi).

---

<sup>(95)</sup> Su questo «*nouveau principe structurant*» v. per tutti, Ruiz Fabri-Sorel, in *Droit processuel*, cit., 1399 ss., ed ivi ampi riferimenti di letteratura.

<sup>(96)</sup> Lo mette in luce, con specifico riguardo al rinvio *ex art. 363-bis* c.p.c., la meditata e brillantemente redatta Corte Giust. Trib. di primo grado Agrigento, ord. 31.3.2023, n. 428 già menzionata sopra (v. § 3 nt. 59): «l'istituto introdotto dall'art. 363-*bis* si basa su un nuovo bilanciamento fra i poteri riconosciuti alla giurisdizione di merito e di legittimità, rispetto al quale alla compressione di potere decisorio cui il giudice remittente decide, per un verso, di sottostare nell'esercizio delle prerogative che, come giudice, la legge gli attribuisce fa da contrappeso, per altro verso, una forte espansione del ruolo di impulso dello stesso giudice di merito, individuato come *parte* di un sistema giustizia nel suo complesso che non è più soltanto funzione dello Stato diretta all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma sempre più servizio pubblico nel quale le risorse destinate alla soluzione della singola controversia possono offrire beneficio per il soddisfacimento di un più ampio compendio di esigenze individuali, di cui sono portatori altre parti di altre controversie che pongono temi di indagine omogenei. E allora, il giudice di merito che si accosta al rinvio pregiudiziale, nel demandare la decisione della questione alla Corte di cassazione, non compie un atto che lo deresponsabilizza. Anzi, ne accentua la responsabilità (anche nel prospettare al giudice apicale la 'specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili') in un contesto che vede il richiedente ed il decidente, coinvolti attivamente in un *dialogo* pari-ordinato nel quale ciascuno è chiamato a porre dei tasselli indispensabili per un esito idoneo a svolgere un ruolo di effettività della tutela giurisdizionale. Insomma – per usare il linguaggio degli economisti – un'idea di giustizia non più ispirata anche alla logica di dualismo competitivo ma a quella di un *pluralismo cooperativo tra giudice di merito e giudice supremo*».

<sup>(97)</sup> Al tema ha dedicato studi mirabili Nicolò Trocker, che li ha raccolti in Id., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino 2011.

<sup>(98)</sup> V. per tutti, Ruiz Fabri-Sorel, *op. ult. cit.*, 1399-1402.

<sup>(99)</sup> Rinvio alle belle pagine di Libchaber, *La saisine pour avis*, cit., 157 ss.

<sup>(100)</sup> Al contrario, dunque, di quel che (ingenuamente) opina il giudice tributario agrigentino, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale citata sopra (v. § 3 nt. 59 e, in questo §, la nt. 96).

Anzi, a ben vedere, il nuovo rinvio pregiudiziale, specie se allargato (*ope legis* oppure *ope iudicis*) anche ad altri riti (come il tributario)<sup>(101)</sup>, rischia da un canto di accentuare il ruolo egemonicamente apicale della Cassazione e, d'altro canto, d'incrementare – con tutti gli inevitabili annessi e connessi – l'enorme mole del carico di pendenze insolute che l'affligge e al quale, almeno sino ad ora, la Corte, essenzialmente per incapacità organizzative, non ha saputo porre rimedio<sup>(102)</sup>. Peraltro («*sia merito, sia caso*»), se stiamo ai rinvii pregiudiziali pubblicati sul sito istituzionale della Cassazione *ex art. 137-ter n. 1 disp. att. c.p.c.* (vertenti su questioni – e questioncelle! – dell'indole più varia)<sup>(103)</sup>, mi pare che, in questo suo primo anno di vita, la *saisine* «all'italiana» – con riguardo alla quale, peraltro, a differenza di quanto avviene in Francia (e pure in Olanda), la legge non dispone alcun termine per rendere il responso apicale<sup>(104)</sup> – abbia avuto un buon riscontro presso i giudici di merito. A questo, per giunta, fa da *pendant* una certa qual liberalità nel vaglio presidenziale delle condizioni di ammissibilità previste dall'art. 363-*bis* c.p.c.<sup>(105)</sup>.

Il futuro ci dirà se son rose o fuochi di paglia, in particolare se la Cassazione, magari a fronte di una ritenuta iperattività nell'uso del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di merito, si farà più – o financo esasperatamente – severa nel verificarne le condizioni di ricevibilità, similmente a quanto avviene per il ricorrente principale e incidentale (come insegna, ad es., l'esperienza del «quesito di diritto» di cui all'abrogato art. 366-*bis* c.p.c. e del principio di «autosufficienza» del ricorso, su cui la Novella n. 149/2022 è intervenuta con un ritocco dell'art. 366 n. 6 c.p.c.,

---

<sup>(101)</sup> La questione – come si è già osservato – è attualmente *sub iudice*: v. sopra, § 2 nt. 33.

<sup>(102)</sup> Lo nota perspicuamente Glendi, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., 568-569; nello stesso senso, in buona sostanza, anche Capponi, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?* in *Giust. ins.* 2021.

<sup>(103)</sup> Un campo in cui l'art. 363-*bis* c.p.c. potrebbe essere davvero utile concerne le questioni di diritto intertemporale che sovente si pongono con riguardo a riforme di (più o meno) ampio raggio: penso – sol per citare casi recenti – a quelle relative al processo di cognizione ordinaria, scaturite dalla norma transitoria di cui all'art. 35 della Novella n. 149/2022, nonché alle varie questioni poste dal Cod. Crisi e Insolv. e già oggetto di esegesi divergenti da parte dei giudici del merito (ad es., se il nuovo – più restrittivo termine – per l'esdebitazione si estenda ai fallimenti vecchi).

<sup>(104)</sup> Termine che, d'altronde, quand'anche fosse espressamente previsto *ex lege*, considerato pure il carico di lavoro della nostra Suprema Corte, sarebbe – *ça va sans dire* – «canzonatorio».

<sup>(105)</sup> V. sopra, § 3, testo e nt. 53.

fors'anche nel tentativo di evitare ulteriori bacchettate da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo)<sup>(106)</sup>.

---

<sup>(106)</sup> Com'è ormai noto, la Corte di Strasburgo, con sentenza del 28 ottobre 2021 (*Succi c. Italia* – n. 55064/11), pur legittimando il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, nel caso di specie ne ha stigmatizzato *ex art. 6 § 1 CEDU* l'applicazione, ritenuta eccessivamente sproporzionata e formalistica.

MARCELLO DANIELE (\*)

Professore ordinario nell'Università degli Studi di Padova

## LA CRISI DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE: UN FENOMENO IRREVERSIBILE?

SOMMARIO: 1. Un cantiere sempre aperto. – 2. L'esigenza di disincentivare le distorsioni applicative. – 3. La decadenza del *drafting* legislativo. – 4. La congenita imprecisione delle norme europee. – 5. Governare il diritto giurisprudenziale.

1. – Il codice di procedura penale, che rappresenta tuttora la principale fonte del diritto processuale penale, versa in uno stato di profonda crisi, sottoposto ad una costante erosione da parte della giurisprudenza. Sono innumerevoli i casi in cui le norme del codice restano lettera morta o, peggio, vengono integrate o addirittura sostituite dal diritto vivente.

Intendiamoci: non esiste e, con ogni probabilità, non esisterà mai un codice in grado di regolamentare ogni aspetto del processo penale. Il motivo sta, molto semplicemente, nei difetti intrinseci del linguaggio umano. Per quanto si possa sforzare, nessun legislatore sarà mai in grado di creare norme perfette, come pensavano ingenuamente gli Illuministi. È inevitabile che le prescrizioni legislative, per definizione formulate in termini generali ed astratti, presentino un certo margine di incompletezza o, comunque, di ambiguità. La realtà è troppo complessa per poter essere incasellata in modo esaustivo dalla legge. Ci saranno sempre situazioni tali da sfuggire al codice, e che dovranno quindi essere regolate dalla giurisprudenza, talvolta anche senza l'ausilio di un sia pur minimo supporto testuale.

Stiamo parlando di imperfezioni congenite e, quindi, in un certo modo fisiologiche. La crisi del codice, però, è ben più profonda, ed ha un segno inequivocabile. Alludo agli incessanti mutamenti che l'hanno contraddistinto fin dalla sua entrata in vigore, in tutte le sue parti più rilevanti: dalla disciplina delle indagini preliminari, del dibattimento e delle impugnazio-

---

(\*) Scritto destinato al volume che raccoglie gli atti del Convegno "*I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*" (Roma, 11-12 novembre 2022), edito da Roma Tre Press.

ni, per arrivare fino alle norme sui riti speciali e sulle misure cautelari. Da ultimo, non pochi articoli sono stati rivisitati o aggiunti *ex novo* dalla c.d. «riforma Cartabia»<sup>(1)</sup>; e, senza aver neppure valutato l'impatto applicativo delle nuove modifiche, già si inizia a ragionare su ulteriori interventi<sup>(2)</sup>.

Siamo di fronte, evidentemente, ad un legislatore debole e in affanno, che tenta ormai da decenni di inseguire ed ingabbiare una realtà che non riesce a dominare. La domanda che dobbiamo porci è se esistano dei rimedi; se vi sia, cioè, un modo per frenare la crisi del codice, o se, al contrario, si tratti di un fenomeno irreversibile.

2. – Da un certo punto di vista, un margine di manovra per ovviare alla crisi c'è. Mi riferisco alle situazioni in cui il codice funziona male non per come è scritto, ma per il modo in cui viene letto da chi è chiamato ad applicarlo.

A volte, cioè, le norme di legge appaiono sufficientemente chiare; eppure, la giurisprudenza trova il modo di eluderle. La ragione, spesso, è comprensibile, in quanto è legata all'esigenza di scongiurare la vanificazione della pretesa punitiva determinata dalla prescrizione del reato indotta dall'eccessiva durata delle attività procedimentali. Si tratta, in questi casi, di una forma di auto-difesa del potere giudiziario, che, nel contesto di un sistema processuale patologicamente congestionato, percepisce alcune norme processuali come portatrici di garanzie sproporzionate. Ciò perché le vede come prescrizioni tali da imporre inutilmente il rispetto di forme magari anche complesse, senza che ne derivi un reale vantaggio per i diritti o i valori che ne stanno a fondamento.

Valga, per tutti, il caso dell'art. 525, comma 2°, c.p.p.; il quale richiede che, a pena addirittura di nullità assoluta, alla deliberazione della sentenza concorrano gli stessi giudici che hanno «partecipato» al dibattimento (c.d. «immutabilità» del giudice dibattimentale).

La norma, che risponde all'esigenza di preservare il principio di oralità-immediatezza, ai sensi del quale i giudici chiamati a decidere sulla colpevolezza dell'imputato dovrebbero assistere all'assunzione orale delle testimonianze in giudizio, mi pare inequivocabile. Chi ha esperienza della realtà delle aule giudiziarie, tuttavia, sa bene come essa sia stata trasfigurata dalla prassi.

---

<sup>(1)</sup> L. 27 settembre 2021, n. 134 e d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151.

<sup>(2)</sup> Come dimostra la «Commissione per la riforma del processo penale» istituita dal Ministro della Giustizia, Carlo Nordio, con d.m. 5 maggio 2023.

Tutto deriva dai frequenti trasferimenti dei magistrati da un ufficio all'altro; un fenomeno dovuto ai motivi più diversi, e per colpa del quale non è inusuale che uno o più dei membri del collegio giudicante assistano solo ad una parte del dibattimento, per poi essere collocati in un'altra sede.

In ipotesi del genere, la via maestra per non incorrere nella nullità assoluta della sentenza dovrebbe essere la riassunzione orale delle prove di fronte al nuovo giudice. È chiaro, però, che la rinnovazione, sia pure parziale, dell'istruzione dibattimentale allungherebbe i tempi. Inoltre, non va nascosto che essa rischia di concretizzarsi in un'attività inutile: i testimoni, richiamati nuovamente a deporre, potrebbero non avere più un ricordo dei fatti sufficientemente nitido, limitandosi a richiamare le dichiarazioni già rese di fronte al vecchio giudice.

Ciò spiega perché la giurisprudenza sia arrivata ad indebolire di non poco la portata dell'art. 525, comma 2°, c.p.p. Stando alla sentenza *Bajrami* delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in caso di mutamento del giudice dibattimentale, la rinnovazione orale dell'istruzione probatoria non sarebbe un diritto, ma andrebbe disposta solo in presenza di specifiche e motivate ragioni addotte da chi la richieda, in grado di dimostrarne la reale necessità<sup>(3)</sup>.

Si capisce la finalità di una lettura del genere, specie quando la sua adozione sia l'unico modo per concludere il processo prima che intervenga la prescrizione del reato. Ma non si può negare che ci troviamo davanti ad una forzatura. «Specifiche esigenze» ai fini della rinnovazione orale dell'istruzione dibattimentale sono richieste dall'art. 190-*bis* c.p.p. in via eccezionale, solo in rapporto ai procedimenti per i reati espressamente elencati. La sentenza *Bajrami* generalizza indebitamente tale prescrizione, trasformando l'eccezione in regola<sup>(4)</sup>.

Esiste la possibilità di disincentivare queste forme di aggiramento delle prescrizioni codicistiche? Sarebbero necessari interventi legislativi radicali, capaci di eliminare a monte le cause di inefficienza della macchina processuale. In particolare, nel caso di un sistema che, come il nostro, vorrebbe essere improntato al modello accusatorio, la legge dovrebbe riuscire ad assicurare la precondizione indispensabile affinché il principio di oralità-immediatezza operi al meglio: vale a dire, la celebrazione del dibattimento ad una non eccessiva distanza di tempo dalla commissione dei fatti.

---

<sup>(3)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 30 maggio 2019, *Bajrami*, n. 41736.

<sup>(4)</sup> Cfr. M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *Sist. pen.* 2021, f. 2, 56 s.

Non è una strada facile, sia chiaro. Si dovrebbe partire da una ricognizione delle attività procedurali che, specie nella fase anteriore al dibattimento, non risultano in grado di assicurare delle reali forme di tutela, per ridurne il più possibile l'ambito operativo (fino ad arrivare, laddove necessario, alla loro soppressione). Allo stesso tempo, si dovrebbero individuare e preservare le garanzie che, invece, possiedono una reale pregnanza. Il contrario, purtroppo, di quello che ha fatto la riforma Cartabia; la quale, anziché semplificare, ha ritenuto di appesantire i controlli giurisdizionali esercitabili nei confronti degli organi inquirenti<sup>(5)</sup> e, con riguardo al problema del mutamento del giudice dibattimentale, ha puntato tutto su un surrogato dell'oralità-immediatezza: la visione, da parte del nuovo giudice, della videoregistrazione delle precedenti deposizioni dibattimentali<sup>(6)</sup>.

La soluzione è senz'altro preferibile rispetto a quella adottata dalla decisione *Bajrami*, ma è piena di incognite. Dal punto di vista dell'efficacia cognitiva, l'assistenza dal vivo alla raccolta orale di una testimonianza non ha paragoni; è inevitabile che il mezzo audiovisivo filtri ed alteri la percezione delle domande e delle risposte, con il rischio di perdere elementi fondamentali ai fini del giudizio di credibilità del dichiarante. Ci sono, inoltre, alcuni aspetti dell'art. 495, comma 4-ter c.p.p. suscettibili di originare dubbi interpretativi. Non è chiaro, in particolare, se la visione della videoregistrazione da parte del nuovo giudice debba avvenire in udienza, o si possa svolgere in camera di consiglio. E, comunque, non è possibile dare per scontata la presenza, in tutti gli uffici giudiziari, di idonei impianti audiovisivi.

3. – Fin qui abbiamo considerato le distorsioni giurisprudenziali che, perlomeno in teoria, potrebbero essere corrette. Se, tuttavia, si cambia angolo visuale, c'è da essere meno ottimisti in merito alla possibilità di rimediare alla crisi del codice.

Anzitutto perché, se osserviamo le varie modifiche che, specie nel corso degli ultimi anni, hanno investito le norme processuali penali, è

---

<sup>(5)</sup> Si pensi ai nuovi meccanismi di controllo sull'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro e sul rispetto dei termini per concludere le indagini: v. P. Ferrua, *Il modello costituzionale del processo penale e la riforma 'Cartabia'*, in *Crit. del dir.* 2023, 241 s., nonché *infra*, § 3.

<sup>(6)</sup> In forza del comma 4-ter dell'art. 495 c.p.p., «se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva».

difficile non pensare che la crisi investa la stessa tecnica legislativa, ossia il modo in cui le norme legislative sono concepite e formulate.

Qui assumono un peso decisivo le caratteristiche della società contemporanea, contraddistinta da un estremo pluralismo, in cui i gruppi di pressione più diversi riescono a trovare rappresentanza all'interno degli organi politici. In un contesto del genere, grazie anche alle infinite possibilità di interazione offerte dall'informatica, le norme legislative sono sempre più un prodotto collettivo, analogamente a quanto avviene in altri ambiti (7).

Il che significa che molti più attori hanno la possibilità di partecipare alla loro redazione, perfino arrivando a modificarle in modo incontrollato, con modalità tali da rendere impossibile individuarne la reale paternità. Il risultato, come è facile immaginare, è spesso scadente dal punto di vista qualitativo. Dando uno sguardo a diverse delle ultime modifiche introdotte nel codice di procedura penale, si ha la sensazione di prescrizioni scritte in modo incoerente o, comunque, scoordinato (8).

La decadenza del *drafting* legislativo emerge con chiarezza proprio dalla riforma Cartabia: la quale, nel dichiarato intento di incrementare l'efficienza, avrebbe dovuto semplificare il processo penale, preferibilmente snellendo il codice; e invece lo ha ulteriormente gonfiato, perlopiù procedendo per addizione e non per sostituzione. Così appesantito, è diventato un codice ancora più difficile da leggere; ed è chiaro che più le norme legislative sono complicate, più aumentano i margini per la giurisprudenza per interpretarle e, magari, sovvertirle, raggiungendo conclusioni lontane da quelle immaginate dal legislatore.

Si pensi ai già menzionati meccanismi di controllo del rispetto dei termini massimi per concludere le indagini e decidere se esercitare l'azione penale o richiedere l'archiviazione del procedimento. A fronte dell'estrema difficoltà pratica di azionarli, la riforma ha ritenuto di rafforzarli ulteriormente, introducendo un complesso reticolo di stimoli per il pubblico ministero, fino ad arrivare ad una *discovery* forzata degli atti indagine a favore della difesa (9). Ma le nuove norme sono formulate in modo tal-

(7) Si pensi alle voci enciclopediche rinvenibili su *wikipedia*, redatte da un numero imprecisato di autori anonimi.

(8) È il caso, ad esempio, dell'art. 115-*bis* c.p.p. (introdotto dal d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188), il cui comma 1° (relativo alla tutela della presunzione di innocenza nei «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato») si sovrappone parzialmente al comma 2° (che concerne i «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza»).

(9) Introdotti dagli artt. 405-407-*bis* e 415-*ter* c.p.p.

mente artificioso e complicato che non ci sarebbe da stupirsi qualora non venissero mai applicate, o comunque non venissero intese nel senso sperato dai riformatori<sup>(10)</sup>.

4. – Vi è un ultimo fattore di crisi del codice che mi pare difficilmente superabile. Mi riferisco all'ingresso nel nostro sistema delle fonti sovranazionali, e in particolare del diritto dell'Unione Europea.

Queste fonti, frutto degli accordi e dei compromessi fra gli Stati più diversi, risultano fatalmente imprecise. Si tratta, come è stato più volte osservato, di prescrizioni prive di fattispecie nel senso proprio del termine<sup>(11)</sup>. Esse indicano obiettivi da raggiungere, valori da tutelare, garanzie da osservare, ma non specificano le forme procedurali con le quali conseguire tali risultati.

Norme così costruite richiedono per forza di cose una concretizzazione giurisprudenziale, specie da parte delle supreme Corti europee (Corte di giustizia dell'Unione Europea e Corte europea dei diritti dell'uomo, magari in dialogo con la Corte costituzionale italiana). Il *case-law* che ne consegue, a sua volta, viene recepito nel tessuto normativo nazionale attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme e, laddove possibile, della disapplicazione del diritto interno.

In questo modo, è la giurisprudenza, caso per caso, a convertire le generiche norme europee in prescrizioni più precise, le quali, però, non sempre ne costituiscono delle implicazioni necessarie. Sotto l'ombrello delle fonti europee, le Corti sono in grado di operare proprie scelte di valore, autonomi bilanciamenti fra gli interessi in gioco anche non coincidenti con quelli effettuati a livello nazionale.

Certo, nell'ambito del diritto processuale penale i confini operativi del diritto europeo rimangono ancora, tutto sommato, limitati. E, nei settori in cui la competenza del legislatore nazionale resta salda, non vi sono dubbi sul fatto che la struttura «aperta» delle norme europee non potrebbe essere replicata. Eventuali disposizioni prive di fattispecie si troverebbero in radicale contrasto con le esigenze di precisione che discendono dal principio di legalità processuale previsto dall'art. 111, comma 1°, Cost.<sup>(12)</sup>.

Le fattispecie autonomamente costruite dalla giurisprudenza sulla base della legislazione europea, nondimeno, esercitano pur sempre un'azione

<sup>(10)</sup> Cfr. M. Daniele, *La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in *Sist. pen.* 2023, f. 7-8, 27 s.

<sup>(11)</sup> V. per tutti, R.E. Kostoris, *La dimensione reticolare delle fonti*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, V<sup>a</sup> ed., Milano 2022, 73 s.

<sup>(12)</sup> Ai sensi del quale il giusto processo deve essere «regolato dalla legge».

disgregatrice nei confronti del codice. Attraverso i varchi aperti dall'interpretazione, esse penetrano nel sistema nazionale e, progressivamente, lo mutano con modalità più insidiose di quelle tipiche delle riforme operate dal diritto legislativo, proprio perché meno evidenti.

Un esempio ormai risalente, ma tuttora significativo, è rappresentato dalla nota sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 2005 relativa al caso *Pupino*, con la quale già aveva iniziato a manifestarsi la forza dirompente che può esercitare il diritto giurisprudenziale attraverso il canale delle norme europee.

Una maestra di una scuola elementare era stata accusata di maltrattamenti nei confronti di alcuni dei suoi alunni. All'epoca non sarebbe stato possibile ascoltare le potenziali vittime tramite l'incidente probatorio: un istituto che l'art. 392 c.p.p. riserva ad una serie di ipotesi tassativamente elencate, fra cui non era prevista quella in questione. Al fine di superare questo ostacolo, la Corte di giustizia aveva preso le mosse da un principio costantemente ripetuto nella legislazione dell'Unione Europea: le audizioni delle persone vulnerabili come i minorenni dovrebbero essere limitate il più possibile, ed avvenire ad una distanza non eccessiva dalla commissione dei fatti, in modo da evitare che i dichiaranti siano costretti a ripetute rievocazione di eventi che potrebbero turbare il loro benessere psichico<sup>(13)</sup>.

In particolare, la Corte di giustizia ne aveva ricavato l'obbligo di assicurare al giudice nazionale la possibilità di autorizzare i minori possibili vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione con modalità idonee a tutelarli in modo adeguato, «ad esempio al di fuori dell'udienza e prima dello svolgimento di quest'ultima». Una possibilità che, nel nostro sistema, è per l'appunto consentita dall'incidente probatorio, che però qui avrebbe dovuto essere utilizzato al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge nazionale<sup>(14)</sup>.

Tale decisione, per quanto giustificata dall'esigenza di tutelare i minorenni coinvolti nel procedimento, non era priva di ripercussioni dal punto di vista dei diritti delle persone indagate: non va dimenticato che l'incidente probatorio determina non pochi inconvenienti per la difesa, costretta a gestire il controesame dei dichiaranti in un momento in cui le indagini potrebbero non ancora essersi concluse e, quindi, magari senza poter contare su un'adeguata conoscenza del caso.

---

<sup>(13)</sup> Nel caso *Pupino*, si trattava degli artt. 2, 3 e 8 della Decisione-quadro sulla vittima (15 marzo 2001, 2001/220/GAI).

<sup>(14)</sup> Cfr. Corte giustizia dell'Unione Europea, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*. La possibilità di avvalersi dell'incidente probatorio nei procedimenti per maltrattamenti è stata in seguito introdotta dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172.

5. – Le osservazioni fin qui svolte non permettono certo di intravedere una rapida soluzione alla crisi del codice di procedura penale. Siamo di fronte ad un fenomeno epocale, legato alle profonde difficoltà in cui versa il potere legislativo. In parte per demeriti propri, a fronte dell'incapacità di rimediare ai *deficit* tecnici che contraddistinguono la redazione delle norme, nonché a perseguire un efficace disegno di razionalizzazione del sistema processuale. In parte per il portato della globalizzazione, che ha permesso al *case-law* delle Corti europee, veicolato dalle norme sovranazionali contrattate tra gli Stati, di irrompere all'interno dei sistemi nazionali.

A queste condizioni, ipotizzare la sparizione del diritto giurisprudenziale dal nostro sistema è, semplicemente, utopistico. Ciò, tuttavia, non significa che esso debba essere accettato acriticamente.

Credo sia fortemente auspicabile, *in primis*, fare il possibile per ricondurre lo spazio operativo entro confini fisiologici. Il suo compito è quello di riempire i vuoti che il linguaggio delle norme legislative non è strutturalmente in grado di colmare. Non certo quello di rimediare alle carenze del legislatore: una funzione di supplenza che molti magistrati eviterebbero volentieri, ma che, a fronte di norme formulate in modo tale da risultare disfunzionali, diventa ineludibile.

Laddove non sia praticabile eliminare il diritto giurisprudenziale, è necessario, se non altro, pretenderne la conformità a adeguati *standard* qualitativi. Come esiste una grammatica delle norme legislative, ne esiste una anche delle norme giurisprudenziali. Dovrebbero anch'esse rispondere al principio di legalità, risultando il più possibile precise e prevedibili nelle loro implicazioni. Non dovrebbero, inoltre, servire a perseguire scelte di valore: salvo il limite dell'illegittimità costituzionale, le opzioni di politica criminale spettano al potere legislativo; i giudici hanno il compito di rispettarle, evitando di sostituirle con le proprie aspirazioni.

Soprattutto, non va dimenticato il limite fondamentale del diritto giurisprudenziale, ben noto nei sistemi che, come quelli anglosassoni, lo pongono al centro della produzione giuridica: il fatto che si tratti di un diritto strettamente legato alle peculiarità dei singoli casi. Di qui il divieto di estenderne la portata in rapporto a casi diversi: sarebbe concettualmente sbagliato estrarne delle regole formulate in termini generali ed astratti, come se fossero, per l'appunto, le norme di un codice.

Dobbiamo, insomma, imparare a governare nel modo corretto le norme giurisprudenziali. Un risultato nell'interesse della stessa magistratura, poiché eviterebbe di snaturarla e di trasformarla in un soggetto politico, come tale facile da delegittimare.

ANTONIO VACCA

Professore a contratto presso l'Università di Padova

## SUL RICORSO PER CASSAZIONE AVVERSO LE SENTENZE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO, PER MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. *Ius dicere* e tecniche eristiche – 2. Sull'ammissibilità del ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione ex art. 111, comma 8°, Cost., avverso le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – 3. Conclusioni.

1. L'eristica<sup>(1)</sup> è definita nel Dizionario di filosofia edito da Treccani<sup>(2)</sup> come l'arte del disputare (in greco ἐριστική τέχνη) attraverso strumenti dialettici volti a far prevalere la propria tesi, indipendentemente dal suo contenuto di verità. Il termine ha assunto un'accezione negativa già nell'antichità, mantenuta anche nel linguaggio moderno, in cui indica la sottile strumentalizzazione delle abilità retoriche, accezione valoriale che trova origine negli scritti platonici e, in particolare, nel Teeteto (165 d)<sup>(3)</sup>, ove il sommo filosofo greco giunge a definire l'eristica quale l'arte, praticata dai «μισθοφόροισὲν λόγοις», di irretire l'interlocutore attraverso argomentazioni false e ingannevoli, dirette a sfruttare l'ambiguità e la polivalenza del linguaggio.

Sceverata ogni valutazione di carattere morale o valoriale e considerato, invece, unicamente il profilo logico-giuridico, ossia la sillogistica dello *ius dicere*, la tecnica decisoria adoperata nella recente Cassazione civile, Sezioni unite, 23 novembre 2023, n. 32599 propone l'intero campionario dell'arte eristica, al fine di dimostrare l'ammissibilità del ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione ex art. 111, comma 8°, Cost., avverso le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, presumibilmente

---

<sup>(1)</sup> Per un esame brillante dell'arte eristica si legga A. Schopenhauer, *Eristische Dialektik – Die Kunst, Rechtzubehalten*, in Arthur Schopenhauer (Autor), Julius Frauenstädt (Hrsg.): *Aus Arthur Schopenhauer's handschriftlichem Nachlaß. Abhandlungen, Anmerkungen, Aphorismen und Fragmente*. Leipzig 1864. Si legga, anche, Aristotele, *Le confutazioni sofistiche – Organon VI*, Roma-Bari 2007.

<sup>(2)</sup> Voce tratta da [www.treccani.it/enciclopedia/filosofia](http://www.treccani.it/enciclopedia/filosofia) 2009.

<sup>(3)</sup> Platone, *Teeteto*, Roma-Bari 1999.

per il desiderio del giudice di pronunciarsi su una questione «scottante» nonostante l'opposto orientamento in precedenza espresso dalla medesima Corte Suprema di Cassazione.

In particolare, il Giudice della legittimità, come nella seconda parte del presente scritto si porrà in evidenza, tratta come sillogismi<sup>(4)</sup> puri dei meri sillogismi entimematici, i quali consistono in argomentazioni in forma di sillogismo nelle quali una delle premesse non è certa ma solo probabile, dal che discende la valenza mai dimostrativa, ma meramente persuasiva degli stessi.

Del pari, esso utilizza con valenza di giudizi sintetici, ossia idonei a disvelare qualcosa in più rispetto a quel che già è contenuto nelle premesse del ragionamento, delle mere tautologie, in cui premessa e conclusione del sillogismo coincidono, in tal modo nulla provando in ordine alla validità del ragionamento ed alla verità della conclusione propugnata. In altri termini, sono elargite alla stregua di dimostrazioni delle mere *petitiones principii*, ove si postula ciò che si dovrebbe dimostrare.

Non mancano, poi, delle ipotesi di fallacia sillogistica<sup>(5)</sup>, celate dietro sillogismi all'apparenza validi. Ad esempio, laddove sono indebitamente sovrapposti e fatti coincidere i significati dei concetti di giudicato e di decisione, si presenta una tipica ipotesi di *quaternio terminorum*, ossia si introduce nel sillogismo dimostrativo un doppio significato al medesimo termine (in questo caso, la decisione che può formare oggetto di impugnazione ai sensi dell'art. 111, comma 8°, Cost.), con conseguente violazione della 1<sup>a</sup> regola del sillogismo secondo cui l'architettura del ragionamento sillogistico deve essere strutturata da solo tre termini (maggiore, minore e medio) e non può presentarsi mai, anche nascostamente o implicitamente, mediante la duplicazione divergente di significati, un quarto termine, o addirittura un quinto, un sesto, et cetera, pena il venir meno della coerenza e, dunque, della validità del ragionamento.

Del pari, nella sentenza in esame, è possibile rinvenire un'ipotesi di fallacia del medio non distribuito, in violazione della 4<sup>a</sup> regola del sillogismo, secondo la quale il termine medio deve essere distribuito in almeno una delle due premesse. Se così non fosse, infatti, il termine medio non collegherebbe più gli altri due termini ed essi potrebbero essere connessi a

---

(4) Per una visione d'insieme non specialistica e di facile consultazione degli strumenti della logica classica, moderna e contemporanea, v. F. D'Agostini, *I mondi comunque possibili*, Torino 2012.

(5) Sull'argomento v. Benzi, *Il problema logico delle fallacie*, in *Quando il pensiero sbaglia. La fallacia tra psicologia e scienza*, a cura di G. Mucciarelli e G. Celani, Torino 2002.

sottoclassi diverse della classe designata dal termine medio, con conseguente arbitrarietà della conclusione raggiunta dal sillogismo.

Altra forma di fallacia rinvenibile nell'iter logico-giuridico svolto dalla Corte di Cassazione è quella delle premesse particolari, violativa della 7<sup>a</sup> regola del sillogismo, per cui da due premesse particolari non segue alcuna conclusione.

Non manca, infine, l'*argumentum ad verecundiam*, in ragione del quale, invece che a motivazioni, ci si appelli *ad auctoritatem*, a prescindere dal fondamento di verità e dalla conferenza del richiamo.

2. – L'ammissibilità del ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione ex art. 111, comma 8°, Cost. (6), avverso le sentenze dell'Adunanza

---

(6) Sul tema, G. Verde, *Il riparto delle giurisdizioni fondato sulla contrapposizione diritti soggettivi – interessi legittimi (storia di concetti a cui si è data la sostanza di 'cose')*, in questa *Rivista* 2023, 358; R. Vaccarella, *Violazioni del diritto europeo e 'motivi inerenti alla giurisdizione': novità in vista?*, *ivi* 2022, 207; A. Cancrini, *Impugnabilità in cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, *ivi* 2020, 698; S. Villata, *Sui 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, *ivi* 2015, 632; A. Berlati, *'Limiti esterni' della giurisdizione amministrativa e ricorso in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato*, in *Arch. civ.* 1997, 241 ss.; R. Bin, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti?'* A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti di giurisdizione, in *www.federalismi.it* 2020, 10; V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 1994; Id., *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Scritti in onore di G. Miele, Il processo amministrativo*, Milano 1979; A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2018, 643 ss.; P. D'Orsogna, *Il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione*, in AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano 2005, 920 ss.; A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.* 2013, 341 ss.; R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per 'i soli motivi inerenti alla giurisdizione' e ricorso per 'violazione di legge')*, in *www.sipotra.it* 2017; M.V. Ferroni, *Il ricorso in cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova 2005; C.E. Gallo, *Il controllo della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it* 2017; S. Gattamelata, *Il ricorso in cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.* 2014, 1043 ss.; v. Gaverini, *Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro amm. C.d.S.* 2007, 82 ss.; A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it* 2018, 2 ss.; S. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 2012, 1677 ss.; F. Modugno, *Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. giur.* 1981, 1 e 8; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1994; F. Olla, *Il sindacato della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e la interpretazione della legge*, in *Giust. civ.* 2008, 1548 ss.; P. Patrino, *I 'motivi inerenti alla giurisdizione' nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli 2016; A. Panzarola, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2018, 587 ss.; G. Verde, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 367; F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte Co-*

Plenaria del Consiglio di Stato, è stata in passato esclusa dalla sentenza della Cassazione civile, Sezioni unite, 30 ottobre 2019, n. 27842 (7), sulla base della seguente argomentazione: «il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale, non è ammissibile avverso la sentenza resa, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, dall'A.P. che, a norma dell'art. 99, comma 4, d.lgs. n. 104/2010, abbia enunciato uno o più principi di diritto e restituito per il resto il giudizio alla sezione remittente, non avendo detta statuizione carattere decisorio e definitivo, neppure parzialmente, del giudizio di appello, il quale implica una operazione di riconduzione della *regula iuris* al caso concreto che è rimessa alla sezione remittente».

A suffragio di tale conclusione si adduceva il carattere non decisorio delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, come riconosciuto dal medesimo Supremo Consesso della Giustizia amministrativa nella sentenza, 23 febbraio 2018, n. 2, ove è stato affermato che: «l'enunciazione di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della *regula iuris* enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisorii che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all'articolo 2909 c.c. e di cui all'art. 395, n. 5, c.p.c. Il vincolo del giudicato può pertanto formarsi unicamente sui capi delle sentenze dell'Adunanza plenaria che definiscono – sia pure parzialmente – una controversia, mentre tale vincolo non può dirsi sussistente a fronte della sola enunciazione di principi di diritto, la quale richiede – al contrario – un'ulteriore attività di contestualizzazione in relazione alle peculiarità della vicenda di causa che non può non essere demandata alla Sezione remittente» (8).

---

*stituzionale*, in *Giur. cost.* 2018, 1537 ss.; G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.* 2018, 122 ss.; M. Francaviglia, *La violazione del diritto dell'Unione europea come motivo di ricorso per cassazione ex art. 111, ult. comma Cost.: un rimedio peggiore del male?*, in *Giur. cost.* 2020, 2535 s.; R. Martino, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla querelle, tutta italiana, circa l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost.: note a prima lettura*, in *Il processo* 2021, 566 ss.

(7) In *Foro it.* 2020, I, 246.

(8) G. Costantino, *Appunti sulla nomofilachia e sulle 'nomofilachie di settore'*, in questa *Rivista* 2018, 1443; G. Cocozza, *Principio di diritto fissato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e prospettive overruling*, *ivi* 2020, 1119; A. Pajno, *Il precedente nel giudizio amministrativo. nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Contratto e impr.* 2021, 1; L. Cesare, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.* 2013, 976; E. Follieri, *L'Adunanza Plenaria, 'sovrano illuminato', prende coscienza che i*

Su tali basi esegetiche, le Sezioni Unite, nella citata sentenza 30 ottobre 2019, n. 27842, peraltro, al solo fine di consolidare le fondamenta delle conclusioni raggiunte, associavano all'inammissibilità del ricorso *ex art.* 111, comma 8°, Cost., l'inefficienza delle sentenze dell'Adunanza Plenaria enunciative di principi di diritto ad assurgere a giudicato, il quale «può formarsi soltanto sui capi della sentenza aventi contenuto decisorio».

A tale ultimo riguardo è, però, necessario rilevare che tale argomentazione non solo ha un mero carattere rafforzativo della tesi sostenuta, ma presenta anche una valenza logicamente non biunivoca, ossia se è vero che il giudicato può formarsi solo su sentenze aventi contenuto decisorio non è necessariamente vero il contrario, ossia che tutte le decisioni aventi contenuto decisorio debbano assurgere a giudicato<sup>(9)</sup>. Si pensi alle varie ipotesi<sup>(10)</sup> di provvedimenti che definiscono il giudizio e, dunque, a cui non può negarsi un carattere decisorio, incidendo essi conformativamente sulle situazioni giuridiche soggettive azionate, pur non acquisendo quella stabilità e intangibilità che è connaturata al giudicato.

Al fine di sovvertire tali conclusioni e di riconoscere l'ammissibilità del ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione *ex art.* 111, comma 8°, Cost., avverso le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, le

---

*principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*, in *Urb. e app.* 2018, 382 ss.; C. Pagliaroli, *L'Adunanza Plenaria interviene sull'efficacia delle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico in funzione nomopoietica*, in *Riv. giur. edil.* 2018, 104 ss.

<sup>(9)</sup> R. Tiscini, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino 2009; S. Menchini, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *AA.VV., Sulla riforma del processo civile. Atti dell'incontro di studio. Ravenna, 19 maggio 2006*, Bologna 2007, 55; R. Tiscini, *Il giudicato 'rebus sic stantibus' tra revocabilità del provvedimento e ricorso straordinario per cassazione*, in *Giust. civ.* 2018, 733 ss.; in generale sul giudicato, v. F. Carnelutti, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in questa *Rivista* 1935, I, 205; E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935, ora in *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano 1962; E.T. Liebman, voce *Giudicato* I) diritto processuale civile, in *Enc. giur.*, XVI, Roma 1989, 1; G. Chioyenda, *Principi di diritto processuale civile*, rist., Napoli 1980; Id., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, rist., Milano 1993, 231ss.; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, I. *Parte generale*, Padova 1994, 422 ss.; S. Satta, *Commentario al c.p.c.*, Milano 1959-1962, II, 2, 26; S. La China, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino 1985, 5 ss.; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Torino 2011, I, 11 ss.; A. Attardi, *La cosa giudicata*, in *Jus* 1961.

<sup>(10)</sup> Si pensi a quanto previsto dall'art. 669-*octies* c.p.c. L'autorità del provvedimento cautelare di cui al comma 9° dell'art. 669-*octies* c.p.c. in ragione della disposizione contenuta nel comma 8° del medesimo articolo, se non assurge all'autorità del giudicato, può ritenersi assumere, comunque, una valenza definitoria della controversia, che si può in astratto protrarre *sine die*, il che ne giustifica una qualificazione in termini di decisorietà.

Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, hanno addotto diverse «plurime argomentazioni».

In primo luogo, è affermato che «il collegamento tra ricorribilità per eccesso (o difetto assoluto) di potere giurisdizionale, ai sensi dell'articolo 111, comma 8, Costituzione, e attitudine al giudicato delle pronunce dell'A.P. enunciative di principi di diritto» è dubbia, sulla base della considerazione che «l'attitudine al giudicato non costituisce un elemento imprescindibile ai fini della impugnabilità dei provvedimenti giurisdizionali, essendovi provvedimenti insuscettibili di giudicato e tuttavia impugnabili».

Si tratta di una peculiare ipotesi di *quaternio terminorum*, usata a fini confutatori della tesi avversata, in quanto al concetto di decisione, costituente il solo presupposto della ricorribilità ai sensi dell'art. 111, comma 8°, Cost., il cui ambito semantico involge ogni provvedimento giurisdizionale idoneo a definire una controversia su diritti soggettivi e *status*, si attribuisce, nel passaggio dal termine medio alla conclusione del sillogismo, un diverso e più ampio significato, che sovrappone al concetto di decisione quello di giudicato, laddove, invece, l'ampiezza semantica dei due concetti è solo parzialmente coincidente. Ossia, al fine di confutare la tesi precedentemente sostenuta, il giudice della legittimità ha duplicato impropriamente il significato del termine medio del sillogismo posto alla base della tesi avversata, per, poi, concludere per l'erroneità della stessa. Senonché, l'inammissibilità del ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione *ex art. 111, comma 8°, Cost.*, avverso le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si basa, in modo esclusivo e assorbente, sull'assenza del requisito della decisorietà nelle sentenze in parola e non, invece, sull'assenza dell'attitudine delle stesse ad acquisire la qualità di cosa giudicata; esito quest'ultimo che costituisce solo una conseguenza accidentale, correlata alla peculiare natura delle pronunce meramente nomofilattiche dell'Adunanza Plenaria.

Una seconda argomentazione addotta si sostanzia nell'affermare che: «se è vero che l'8° comma dell'art. 111 Cost. è una “specificazione” del 7° comma, è anche vero che il requisito della “decisorietà” è richiesto per individuare, tra i provvedimenti aventi forma diversa dalla sentenza, quelli idonei ad incidere su diritti soggettivi, laddove i provvedimenti aventi la forma di sentenza sono ricorribili per cassazione – se altrimenti non impugnabili – per ciò solo che sono sentenze (a prescindere dall'incidenza su diritti soggettivi)».

Invero, il comma 7° dell'art. 111 Cost., fa espresso riferimento alle sentenze (da intendersi, peraltro, in termini sostanzialisti e non formali), laddove, invece, nel regolamentare l'impugnabilità dei provvedimenti giurisdizionali del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizio-

ne, la Costituzione adopera il diverso e più circoscritto termine di «decisione», il che, a meno di non voler disconoscere ogni valore alla diversità terminologica introdotta dal legislatore costituente, trova una giustificazione nella circostanza che i motivi inerenti alla giurisdizione involgono di necessità l'attribuzione e l'esercizio della *potestas iudicandi*, afferendo alla giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive. Ne consegue che un provvedimento privo di decisorietà, non involgendo in senso stretto l'esercizio della *potestas iudicandi*, deve ritenersi sostanzialmente estraneo o, *rectius*, indifferente rispetto ai motivi inerenti alla giurisdizione.

D'altronde, rappresenta un'evidente petizione di principio, se non una autentica tautologia, che nulla può dimostrare, affermare che è ammissibile l'impugnazione e, in particolare, la proposizione del ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione *ex art. 111, comma 8°, Cost.*, avverso le sentenze (del Consiglio di Stato) in quanto le sentenze (del Consiglio di Stato) sono sempre impugnabili (anche per i soli motivi inerenti alla giurisdizione *ex art. 111, comma 8°, Cost.*).

La decisione in commento ricorre, anche, all'*argumentum ad verecundiam*, laddove si richiama all'autorità delle medesime Sezioni Unite che avrebbero «ribadito l'incondizionata ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali aventi forma di sentenza, senza necessità di ulteriore scrutinio sulla loro portata decisoria, dovendosi quindi affermare che non è consentito neppure al legislatore ordinario far dipendere la ricorribilità per cassazione delle “sentenze” del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8°, con l'effetto di limitarla, a seconda della composizione dell'organo decidente (sezione semplice o A.P.)»<sup>(11)</sup>.

Il richiamo all'autorevolezza della citata sentenza non solo è privo di valenza dimostrativa delle conclusioni prospettate, ma appare, invero, erroneo e fuorviante, se solo si consideri che essa enuncia il seguente principio di diritto: «i provvedimenti c.d. *de potestate* adottati dal tribunale ordinario, quando competente ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., nel corso dei giudizi aventi ad oggetto la separazione e lo scioglimento (o cessazione degli effettivi civili) del matrimonio, nel sistema normativo antecedente alla riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022 (cfr. art. 473-*bis*.24, commi 2° e 5°, c.p.c.), non sono impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7°, Cost., trattandosi di provvedimenti tempo-

---

<sup>(11)</sup> R. Coletta, *Sulla definitività 'liquida' nel ricorso straordinario avverso i provvedimenti 'de potestate'*, in questa *Rivista* 2023, 239; E. Vullo, *Provvedimenti indifferibili, temporanei e urgenti*, in *Fam. e dir.* 2023, 982.

ranei incidenti su diritti soggettivi (in tal senso decisori) ma non definitivi, in quanto privi di attitudine al giudicato seppur *rebus sic stantibus*, essendo destinati ad essere assorbiti nella sentenza conclusiva del grado di giudizio e, comunque, revocabili e modificabili in ogni tempo per una nuova e diversa valutazione delle circostanze di fatto preesistenti o per il sopravvenire di nuove circostanze».

D'altronde, anche nel paragrafo espressamente richiamato nella sentenza in commento, si riconosce l'impugnabilità delle sentenze, senza necessità di indagare sulla loro decisorietà e definitività (in termini di giudicato *rebus sic stantibus*) esclusivamente con riferimento alle impugnazioni ordinarie, escludendo invece che tali conclusioni possano essere estese all'impugnazione straordinaria di cui all'art. 111, comma 7°, Cost. Peraltro, anche a voler ammettere che la lettura della sentenza della Cassazione civile, sez. un., 25 luglio 2023, n. 22423 prospettata da Cassazione civile, sez. un., 23 novembre 2023, n. 32599 sia corretta e non fuorviata e fuorviante, nondimeno, la conclusione sillogistica da essa ricavata è invalida, in quanto rappresenta una tipica ipotesi di fallacia del medio non distribuito. La conclusione cui si giunge, infatti, secondo cui la ricorribilità per cassazione delle «sentenze» del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8°, Cost. non può mai essere esclusa perché non può essere esclusa, in generale, l'impugnabilità delle sentenze, infatti, è frutto della mancata distribuzione del termine medio che collega le due premesse, costituito dal requisito della «impugnabilità» delle sentenze.

Hanno, poi carattere meramente assertivo, nella forma dell'*argumentum ab utili*, le successive affermazioni contenute nella sentenza in esame, le quali, perciò, risultano prive di ogni capacità dimostrativa della tesi che s'intende sostenere.

In particolare, si afferma la «non comprensibilità» di una «soluzione che sottraesse al sindacato per eccesso di potere giurisdizionale – previsto (sin dalla l. n. 3761/1877) a garanzia dell'integrità delle attribuzioni degli altri poteri dello Stato (legislativo ed esecutivo) e dell'esercizio del potere giurisdizionale (nei casi di indebito diniego, rifiuto o arretramento) da parte dell'autorità giurisdizionale adita (nella specie, amministrativa) cui quel potere spetta – le sentenze dell'A.P. enunciative di principi di diritto, anche alla luce dell'orientamento che riconosce l'interesse a ricorrere (alle Sezioni Unite) per eccesso di potere giurisdizionale proprio ed esclusivamente avverso le sentenze d'appello che, essendo espressione dell'organo di vertice del plesso giurisdizionale amministrativo e contabile, sono anche le sole suscettibili di arrecare un *vulnus* all'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri».

Il richiamo a una sorta di autoevidenza della soluzione prospettata, che indurrebbe a far dubitare della capacità di comprendonio di chi sostenga il contrario, rappresenta una tipica forma di esercizio dell'*ars eristica*, nella forma *ad hominem*, diretta a convincere senza dimostrare.

La garanzia dell'integrità delle attribuzioni degli altri poteri dello Stato (legislativo ed esecutivo) e dell'esercizio del potere giurisdizionale (nei casi di indebito diniego, rifiuto o arretramento) da parte dell'autorità giurisdizionale adita, d'altronde, non è preclusa né scalfita dalla inammissibilità del ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione *ex art. 111, comma 8°, Cost.*, avverso le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che si limitino ad enunciare un principio di diritto, potendo o, *rectius*, dovendo trovare tale garanzia la propria naturale esplicitazione in relazione alla decisione che definisca il giudizio, anche in applicazione del principio di diritto enunciato dalla Adunanza plenaria; pronuncia nomofilattica che, peraltro, presenta sì una rilevante autorevolezza, ma non ha una forza cogente al di fuori del giudizio da cui trae origine e, anche in questo caso, con tutte le mitigazioni che derivano dall'autonomo esercizio dello *ius dicere* da parte della Sezione del Consiglio di Stato cui sia rimessa la decisione, che addirittura, *in extrema ratio*, può ricorrere al meccanismo di dissenso di cui all'art. 99, comma 3°, c.p.a.; ad esito del quale l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato verrebbe a pronunciare una decisione ricorribile *ex art. 111, comma 8°, Cost.*

L'autorevolezza dell'organo da cui proviene il principio di diritto e, quindi, la forza persuasiva della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non è, perciò, idonea a trasmutare una sentenza priva di contenuto decisorio in una decisione idonea a definire il giudizio, come tale ricorribile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.

3. – Si deve, perciò ritenere che sia ragioni letterali sia ragioni sistematiche sia la peculiarità del ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, che esigono una stretta correlazione con l'esercizio del potere decisorio, inducano a far concludere per l'inammissibilità del ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione *ex art. 111, comma 8°, Cost.*, avverso le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ove questa si limiti a pronunciare solo principi di diritto.

Nondimeno, è opportuno rilevare che il ricorso deciso con la sentenza in parola avrebbe, comunque, dovuto essere riconosciuto ammissibile, nei limiti che si diranno, ma per ragioni diametralmente opposte a quelle addotte dal giudice della legittimità.

Infatti, i motivi inerenti alla giurisdizione azionati non involgevano solo i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria del Consiglio

di Stato, rispetto a cui opera la preclusione derivante dalla natura non decisoria delle correlate statuizioni giurisdizionali, ma erano correlati anche alla declaratoria di inammissibilità degli interventi in giudizio<sup>(12)</sup> posti in essere da parte di alcuni soggetti, asseritamente titolari di interessi legittimi collettivi<sup>(13)</sup>, statuizione quest'ultima che assume senza ombra di dubbio un connotato decisorio, idoneo a legittimare alla proposizione del ricorso di cui all'art. 111, comma 8°, Cost.

Ne consegue che le Sezioni Unite ben avrebbero potuto dichiarare il diniego ovvero il rifiuto di tutela giurisdizionale sotto tale profilo, senza, però, ritenere impropriamente assorbiti i restanti motivi, ma dichiarandone, invece, l'inammissibilità; in tal modo salvaguardando la coerenza dell'ordinamento in uno con le esigenze di giustizia.

---

(12) M. Ramajoli, *L'intervento per ordine del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2023, 223; G. Tropea, *L'intervento volontario nel processo amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.* 2023, 3; M. Ricciardo Calderaro, *L'intervento nel processo amministrativo: antichi problemi e nuove prospettive dopo il Codice del 2010*, in *Dir. proc. amm.* 2018, 341; AA.VV., *L'intervento nel processo amministrativo*, a cura di M. Ramajoli e R. Villata, Torino 2023.

(13) V. Consiglio di Stato 28 novembre 2022, n. 10441 e Ad. Plenaria 20 febbraio 2020, n. 6; Travi, *In tema di legittimazione ad agire degli enti associativi esponenziali*, in *Foro it.* 2020, 3, 298.

## STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

---

CLAUDIO CONSOLO (\*)

### SERGIO CHIARLONI, GIUSREALISTA CURIOSO

SOMMARIO: 1. – La «curiosità» dello studioso giusrealista. 2. – Sergio Chiarloni, l'arbitrato e la «società di classi». 3. – Sergio Chiarloni e la «difesa» della nomofilachia.

1. – Ho scelto di intitolare il mio intervento a «*Sergio Chiarloni, giusrealista curioso*»: prendendo due temi fra quelli da lui frequentati – quello dell'arbitrato e quello della (mitologia e metamorfosi della) nomofilachia – per mostrare in che senso mi sembra che fosse un giusrealista e, soprattutto, un giusrealista di grande capacità di porsi i quesiti focali, di rispondere ai quesiti, di rinnovare e riangolare le domande sui quesiti, di rinnovare le risposte ai quesiti e, quindi, estremamente curioso ed estremamente inappagato. *Trial and error and re-trial* nel campo della giustizia civile.

La sua caratteristica era quella di non essere serio (compiaciuto, compunto), ma di essere anche al tempo stesso molto molto serio, animato da un grande desiderio di capire (e solo poi far capire), non solo il diritto e non tanto il diritto, quanto di capire la società e il diritto nella società, la giustizia civile all'interno di questa dimensione, anche ma non solo giuridica, che caratterizza la società e più ancora la società moderna iperegolata rispetto a quella di un tempo. Dunque lavorava di crivello, non senza un tantino di divertimento onnivoro e di malizia.

Affrontava questi vasti temi avendo nel bagaglio, nello zaino, sia l'esperienza – di cui si è giustamente parlato e che non era affatto per lui secondaria – dell'avvocatura; sia la passione politica che, in certi momenti maggiore, in certi momenti minore, ma certamente lo ha caratterizzato (peraltro con quel tono sobrio di cui si è già tutto detto); sia una propensione per la comparazione, per la comparazione fatta con i viaggi, per la comparazione fatta con le amicizie, per la comparazione fatta, ovviamente

---

(\*) Lo scritto riproduce, appena rielaborato, l'intervento quale pronunciato e registrato alla «Giornata di studi in onore e memoria di Sergio Chiarloni» tenutasi all'Università di Torino il 10 febbraio 2023.

e soprattutto, con le più vaste letture (ma non ritorno qui su quanto evocato, due anni fa, nel commemorarlo per l'Indice dei libri del mese e per la *Giurisprudenza italiana*).

Di tal che poi, alla fine, se dovessimo ricercarne una cifra, io parlerei di quella di un cultore, e in Italia non ce ne sono molti, della *jurisprudence* nel senso inglese del termine, e quindi di una *jurisprudence* fortemente socio-economica, con un approccio di analisi sia storica sia economica del processo, certo molto diverso da quello nordamericano in auge per un mezzo secolo, ma pur sempre definibile analisi sociale ed economica del processo e delle realtà ad esso contigue.

Da questo punto di vista, dunque, era un approccio che per molti versi si poneva in antitesi con le varie metodologie, più o meno canoniche, della processualciviltistica, non solo della sua epoca di esordio ma in sostanza, *lip services* a parte, di ogni epoca successiva. In questo senso si capisce molto bene il significato di quel dipinto domestico (*n.d.r.*: riprodotto nella locandina del convegno) da Lui prediletto e in cui pare abbastanza evidente che il «fuoco» doveva divorare le metodologie invalse di tipo sostanzialmente formalistico, dogmatico, neopandettistico, sussiegoso, «sustoso» come si dice in Veneto; quello secondo me era il significato di quella fiamma, per far venire, al posto del «puro» scandaglio della e nella procedura civile, invece, il gusto e la passione per lo studio socio economico della giustizia civile, delle professioni giuridiche, della incidenza del diritto sulle scelte, radicalmente condotto.

Si accompagnava tuttavia in Lui anche una notevole *ars disputandi*, una effervescente capacità argomentativa di tipo, se vogliamo, tradizionale, e in grazia di tali talenti c'era poi sempre il contrappunto con prove brillanti di esegesi affidate a piccole note, sulla *Giurisprudenza italiana* o in altre sedi, che mostravano che non era per mancanza di capacità di porsi sul piano consueto che Egli aveva scelto invece di collocarsi principalmente su un piano più vasto, che è quello che emerge da una serie di scritti, uno dei quali, non ancora ricordato, era per Lui molto importante: il lavoro sulla evoluzione della giustizia civile nella *Storia d'Italia* Einaudi. Tra i suoi scritti si vede proprio, ad un certo punto, una cesura, perché diventò centrale occuparsi, dal punto di vista della giustizia civile, della evoluzione non solo del processo ma in genere dell'ordinamento giudiziario e forense nella storia d'Italia.

2. – All'arbitrato Lui ha dedicato molti lavori, soprattutto e non a caso all'arbitrato societario, perché gli interessava studiare la società e gli sembrava, anche per una certa qual esperienza di avvocato torinese, ambiente nel quale echeggiava la figura di Minoli (che mai poté insegnarvi), che

l'arbitrato fosse un tassello molto importante per capire la vita sociale e per capire poi la vita delle società commerciali.

Se si legge il paragrafo 11 dello scritto «*Diritto processuale civile e società di classi*» – pubblicato sulla *Rivista trimestrale*, mercé l'ampia ospitalità liberale di Carnacini, e che corrisponde molto da vicino al noto e scandaloso «libretto giallo»<sup>(1)</sup> –, paragrafo dedicato all'arbitrato, vi si trova un'ampia disamina svolta dal punto di vista dell'utilità dell'arbitrato nel mondo delle società. Siamo molto prima (perché siamo nel '75) del nascere dell'arbitrato societario in senso stretto, però Lui elabora una serie di considerazioni sulla tipologia di società in cui l'arbitrato può avere maggiore o minore *appeal*. Si pone poi anche il quesito del significato che ha nella vita economica l'arbitrato irrituale, contrapposto all'arbitrato rituale che è quello che credo, ma penso un po' in molti crediamo, sia l'arbitrato vero e proprio, dunque quello cui lo statuto delle società può ammissibilmente affidarsi (mentre in vari – personalmente io, ma credo anche Sergio e anche altri – dubitiamo abbastanza della compatibilità con le prerogative dell'arbitrato inserito nello statuto societario dell'arbitrato irrituale cioè integralmente privatistico: l'arbitrato irrituale nella vita della società può sì comparire, non come arbitrato statutario però per via di quei suoi caratteri semipubblicistici, ma principalmente come scelta oggetto volta per volta di compromesso, oppure in altri contesti, quali quelli dei patti parasociali, come oggetto di clausola compromissoria).

Sergio si interroga, dunque, sul significato sociale della singolare persistenza dell'arbitrato irrituale e trova che l'arbitrato irrituale calzi quasi alla perfezione per far fronte a certe esigenze di giustizia nel mondo dei rapporti fra le società: per la sua discrezione innanzitutto; per la lontananza dello svolgimento del procedimento e dei suoi esiti contrattuali dall'occhio del grande fratello «fiscale»; per la tendenza che si ha, in certi ambienti, ad eseguire i lodi senza bisogno di quell'*exequatur* che nel campo dell'arbitrato irrituale ovviamente non c'è e la cui assenza, dunque, costringerebbe, in caso di inadempienza, a porre in essere un processo (qui Egli nota che ci sono dei casi in cui l'inadempienza all'esito di un lodo irrituale è da ritenere pressoché impossibile, perché ci sono dei legami, di tipo sociologico, che fanno sì che, una volta definita la controversia con un lodo irrituale, esso viene rispettato davvero, come se il lodo fosse realmente la famosa schietta espressione della volontà stessa dei paciscenti). Temo

---

<sup>(1)</sup> *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, meritoriamente ripubblicato da RomaTrePress nel 2023 nella Collana «*La memoria del diritto*».

che mezzo secolo dopo sia un quadro divenuto un po' anacronistico. Allora coglieva invece nel segno.

Quindi questa parte dello scritto del '75 è nutrito di letture molto diverse da quelle a cui si dedicano di solito i cultori dell'arbitrato e specie dell'arbitrato irrituale, nel senso che la prima cosa che inizia a mettere in luce è il *favor* per l'arbitrato durante il periodo della Rivoluzione francese per mostrare come quel *favor* – che già emergeva nella Costituzione che lui ci ricorda potersi chiamare «oligarchico-censitaria» del 1791 – si sia poi riprodotto, anche se già un po' modificato, nella Costituzione Giacobina del 1793, e poi nella Costituzione che lui chiama «moderata» dell'anno III. Ora, in un articolo destinato a un pubblico di giuristi, Lui parla della Costituzione dell'anno III immaginando che noi sappiamo quale fosse l'anno III dell'esperienza della Rivoluzione francese, mentre temo che quasi nessun lettore si rendesse conto di quale fosse quest'anno terzo (che per la cronaca poi è il post-Termidoriano a cavallo fra 1794 e 1795) e delle caratteristiche impresse nell'agosto del 1795, specie dall'abate Sieyès, alle forme di governo dello Stato repubblicano.

Esamina poi il *favor* per l'arbitrato nel periodo successivo, calante rispetto all'acme che ci fu all'inizio della Rivoluzione francese. Esamina dunque perché l'iniziale grandissimo *favor*, esteso alle giurie, ha ceduto di fronte alla moderazione della virulenta critica alla «giurisprudenza» dei tredici autonomi Parlamenti e dei Giudici professionali francesi e cioè, in sostanza, al rastremarsi di quella idea passionale dell'avvocato Robespierre che la «giurisprudenza» fosse la più detestabile delle creature sociali frutto della storia civile (quella stessa idea che nel 1790 condusse Robespierre a proporre, quale presidio della sovranità legislativa ormai del popolo, la Legge sull'istituzione del Tribunale di Cassazione, oltre ai giudici elettivi non di carriera). Quindi c'è un filo fra questi due interessi, tra i molti naturalmente, avvertiti da Sergio: l'arbitrato da un lato e il giudizio di cassazione dall'altro lato.

Il lungo paragrafo 11 dello scritto «*Diritto processuale civile e società di classi*» che abbiamo ricordato, si dipana nell'esaminare in maniera molto minuziosa quali sono i costi, quali sono i benefici, quali sono gli incentivi, quali sono i rischi, quali sono le propensioni dei vari operatori economici nell'arbitrato, sia di quello rituale, magari statutario, sia di quello irrituale destinato alle liti più importanti – quelle assolutamente importanti, salvo che non si riesca, come lui dice, a raggiungere la composizione con un *gentlemen agreement* – oppure alle liti più modeste, ma fra persone che sono costrette a convivere e che dunque, una volta avuto un lodo irrituale, lo onoreranno senza bisogno di fare un giudizio di cognizione, che sarebbe stato, di solito (allora non c'era ancora il rito semplificato), un ordinario

giudizio di cognizione, salvo vedere poi anche la eventualità dell'accesso, semmai, al procedimento monitorio (che era naturalmente, per altro verso, un'altra delle sue «bestie nere» classiste).

Ricordo, *per incidens*, che nella recensione di Luigi Montesano a quello che chiamiamo il «libretto giallo» (perché la copertina era gialla e forse perché taluno evocava un pochino anche il maoismo di quel momento) la critica maggiore fu quella di non dare una giusta risposta all'utilità sociale del procedimento monitorio, cioè di aver messo in dubbio l'utilità per la società tutta del procedimento monitorio, visto da Chiarloni, invece, come un procedimento in cui le classi più abbienti e più favorite della società e specie le corporazioni, possono, in qualche modo, schiacciare il piccolo debitore. Questo aspetto del rito monitorio era nella recensione (che non era poi però, a onor del vero, affatto una stroncatura, pur provenendo da un giurista abbastanza conservatore come Luigi Montesano) l'aspetto più critico nei confronti del «libretto giallo». Peraltro, se guardiamo a quello che sta succedendo nella giurisprudenza europea recente, si nota che proprio il procedimento monitorio è finito sul banco degli accusati per la capacità che ha di mettere in soggezione e in difficoltà il debitore a fronte della grossa *corporation*, della grossa multinazionale che specula sugli appetiti consumistici che ha nutrito con le forme più subdole ed elettroniche di pubblicità. A parte le quattro sentenze dell'anno scorso (2022), la Corte di Giustizia europea ha dovuto tante e tante volte occuparsi di questo tipo di disparità che, fra l'altro, toccano anche la materia dell'arbitrato; per cui l'altro filone della Corte di Giustizia è proprio quello di indagare come una clausola arbitrale possa essere considerata una clausola oppressiva, come può accadere quando c'è un eccessivo divario di forza economica fra le due parti. Ed è dal punto di vista dell'eccessivo divario della forza economica fra le due parti che fa sì che, giustamente, dopo tanto dibattito, abbiamo tutti convenuto che almeno nella cessione del credito non circoli la clausola compromissoria: nella cessione del contratto, sì, perché dopo tutto c'è l'assenso del contraente ceduto, nella cessione del credito, che non ha bisogno ovviamente di questo assenso, e che è divampata con le cartolarizzazioni, sarebbe iniquo far circolare la clausola compromissoria stipulata con un avversario magari di ben diversa caratura rispetto al cessionario.

Vi è in Lui un'attenzione, in sostanza, per la sociologia del diritto, ma in termini molto diversi da quelli che caratterizzavano la principale scuola italiana di sociologia del diritto dell'epoca, che era quella milanese che associamo al nome di Treves e che ispirava la rivista «*Sociologia del diritto*» (che fu, del resto, una bellissima rivista per moltissimi anni cui da noi soprattutto Denti fu attento e partecipe). Sergio coltivava, senza dirlo,

questa dimensione di sociologia del diritto, che è una dimensione importantissima e che, devo dire, quando io cominciai gli studi giuridici trovai terribilmente sacrificata, tanto che sembrava quasi un peccato, sembrava voler abbassare il tono del dibattito alludere a qualsivoglia considerazione di tipo sociologico. Mi interessò subito la produzione di Sergio, che non aveva paura di atteggiarsi anche ad aspirante – dilettante se si vuole – sociologo del diritto, ma nel modo alto e quasi pragmatico-filosofico che caratterizzava gli autori che probabilmente Lui leggeva di più, che erano gli autori della scuola di Francoforte.

La scuola di Francoforte è stata una scuola immensa, animata da così tanti pensatori, che sarebbe riduttivo definire semplicemente «sociologi» (ne ha parlato nel suo ultimo libro *De Masi*, contrapponendola al circolo liberista viennese e poi di Chicago). Erano, certo, anche eminentemente sociologi, ma erano in qualche modo filosofi della politica, filosofi della vita sociale e, infatti, il «libretto giallo» e lo stesso articolo sulla *Trimestrale* su «*Diritto processuale civile e società di classi*» erano intessuti di citazioni di tutti quegli autori, di Horkheimer, di Habermas e di tutti gli altri, fino a Marcuse e a Fromm. Tenendo sempre conto anche, però, della matrice marxista – che non era in quel momento pensata come una matrice costruttivamente e fattivamente comunista, era pensata piuttosto come una matrice intellettuale – nel senso che non c'è dubbio che, non solo Marx, ma anche Engels, che Lui cita spessissimo e di cui discute alcune profezie, erano una fonte di comprensione della società umana, certo resa dal progresso tecnologico, questo Moloch diabolicamente attraente, fatalmente un poco anacronistica ormai da molti decenni. E Lui non voleva privarsi, a costo di apparire in quel momento magari troppo colorito in una certa direzione, dell'apporto di una scuola di pensiero così significativa (studiata non solo nel suo approccio ottocentesco, ma anche di quello maturato nel '900, prima e dopo la seconda guerra mondiale, quando la scuola di Francoforte era essa pure emigrata principalmente negli Stati Uniti: la unificazione europea molto patisce di essersi affacciata dopo tutte quelle ondate migratorie, in larga misura risultate non reversibili).

Non c'è invece una critica organica all'altra scuola di pensiero contemporanea, cioè a quella che potremmo chiamare la scuola di Vienna, anch'essa poi emigrata negli Stati Uniti e poi diventata la scuola di Chicago; ma anche se la critica non è esplicita, anche perché forse all'epoca in cui Lui scriveva non era ancora così rilevante la scuola di Chicago (con Posner quale suo formidabile epigono giuridico), si capisce che in moltissime occasioni quello era il bersaglio.

3. – Al dibattito sulla «nomofilachia» Sergio ha dedicato una successione di scritti, quasi tutti comparsi sulla *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*; e qui naturalmente non c'era bisogno di chiedere ospitalità allo spirito liberale, bastava notare come questi scritti fossero interessantissimi ed anzi fecero in quegli anni della *Trimestrale* la sede per eccellenza del dibattito sui contrasti di giurisprudenza e sulla nomofilachia.

Comincia nel 1989 con uno scritto su «*Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*». Questo è uno scritto veramente celebre, perché qui emerge per la prima volta la distinzione fra i contrasti diacronici e i contrasti sincronici, fra quelli consapevoli e quelli inconsapevoli, fra quelli all'interno della giurisprudenza di sezioni diverse e quelli all'interno della giurisprudenza di Cassazione della stessa sezione; e comincia ad affacciarsi anche la considerazione sul ruolo precipuo delle Sezioni Unite se raffrontato all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario che pure non le contempla. È chiaro che sullo sfondo di questo interesse, che comincia appunto nel 1989, vi era il fascino, che ormai aveva contagiato un po' tutti, dell'insegnamento di Gorla sulle Corti e il loro ruolo di concertatori della polifonia giudiziale: in sintesi: non si può pensare che gli ordinamenti continentali sono quelli che ignorano lo *stare decisis* e non si può, peraltro, neanche pensare (ecco il comparatista) che gli ordinamenti di *common law* siano quelli che si attengono strettamente allo *stare decisis*. La realtà sta nel mezzo e ci sono infinite sfumature che vengono così messe a fuoco (*per incidens*: con movenze non distanti dall'anglo-indiano Dias, cultore fine di *Jurisprudence* – autore mancato prematuramente, di cui ascoltai con nutrimento le lezioni a Cambridge nella estate del 1975 e di cui stava allora uscendo il *textbook*, forse non abbastanza noto –).

Poi una collana di concisi saggi: già un anno dopo, nel 1990, «*La Cassazione e le norme*»; poi, nel 1992 «*In difesa della nomofilachia*» (su questo torno un po' più ampiamente a breve); poi «*Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*», questa volta sulla *Rivista di diritto processuale* del 2001; poi, nel 2002 di nuovo sulla *Trimestrale*, su «*Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*». E, finalmente, poi, ancora un ultimo scritto – dopo però il contributo all'Enciclopedia Einaudi sulla storia d'Italia – «*Riflessioni minime sui paradossi della giustizia civile*», *Trimestrale* del 2019, che era una conferenza tenuta all'Accademia delle Scienze di Bologna.

Non si può, naturalmente, ripercorrere analiticamente i contributi di Sergio a questo amplissimo dibattito, cui si era così tanto appassionato. Tuttavia sempre con realistica franchezza e con avveduta campitura storica. Gli scritti erano concepiti, di solito, come frutto di incontri, anche con i

magistrati, dedicati agli osservatori e alle prassi, soprattutto incontri organizzati da Magistratura Democratica. Ma il suo punto di vista emerge molto chiaramente ed è un approccio tutt'altro che supino ad alcune delle mitologie nutrite, a tratti, in quelle occasioni.

La mitologia più importante, financo galvanizzante, era quella della nomofilachia cosiddetta dialogica, che diviene però il bersaglio delle critiche di Sergio. Ricordo – per chi magari non lo ricordasse, trattandosi di un dibattito risalente a venti, venticinque anni fa – che la «nomofilachia dialogica» significava che non bisognava accentuare il peso della Corte di Cassazione; bisognava dare non solo pari dignità, *ex art.* 101 Cost., ma anche pari rilevanza, pari portata sistemologica, ai pronunciamenti dei giudici di merito. E che, comunque, anche all'interno della Corte di Cassazione – finanche all'interno della stessa sezione, finanche nello stesso momento di tempo, genesi dei perigliosi contrasti sincronici – si dovesse dare largo spazio ai dibattiti, alle differenze di opinione non composte; in sostanza fare della giurisprudenza di Cassazione qualcosa di molto simile a un simposio scientifico in cui tutte le opinioni sono bene accette e in cui la composizione coerenza-trice non è lo scopo istituzionale principale.

A Sergio questa impostazione – di cui allora gli alfieri erano magistrati molto noti, Ippolito, e anche altri, quasi tutti di una certa parte di Magistratura Democratica – non piaceva per nulla. Semmai Lui si sentiva più vicino all'impostazione di Borré, che era un'impostazione, appunto, più sava. E in questo si vede anche l'equilibrio, sia di Borré, sia di Sergio, i quali dicono: i dibattiti sono una cosa bellissima, si possono fare in infinite occasioni, e anche all'interno della Corte di Cassazione, ma vedete di essere, se possibile, più stanziali, di vivere vicino alla Corte, di modo tale che vi incontrate poi fuori dall'udienza, fuori dalla camera di consiglio, dibattete e vi chiarite le idee, poi qualcuno rimarrà soccombente, rimarrà in minoranza, a questo punto si assume una certa decisione e ad essa ci si attiene con *self restraint* almeno per un ragionevole numero di anni. Lo esige un principio costituzionale ancor più fondamentale, ovvero lo stesso art. 3. Inoltre l'art. 6 Cedu e l'art. 111 Cost. Questa era in embrionale sostanza la sintesi della sua critica all'andamento estremamente erratico che mostrava – e che in parte mostra tuttora, per ragioni però in parte diverse come dirò – la giurisprudenza della Corte di Cassazione e anche la stessa giurisprudenza «speciale», che dovrebbe essere quella particolarmente coerenza-trice di guida e di ricerca ponderata di uniformità, devoluta alle Sezioni Unite. Egli ambiva alla sintesi, prediligeva la *clarté*, additava i rischi del culto nel diritto, in specie nella determinazione dei percorsi processuali, per «l'arte dell'arte». Non reputo fossero tanto e solo corollari, più o meno elaborati e consapevoli, della svalutatrice dottrina

marxista del diritto quale pseudoscienza subalterna e strumentale. Destinata a contrarsi al crescere della giustizia sociale. Mentre la sua iperarticolazione, e diciamo pure la parola: la sua incalcolabilità negli aspetti più minuti di rilievo quotidiano per i singoli, è accettata quasi con compiacimento dalle forze dominanti, confidenti in una costanza e calcolabilità di grado elevato e fruttuosità complessiva. Anche la sostanziale intangibilità dei lodi irrituali credo pensasse avere un ruolo in questa dislocazione secondo prerogative di classe dei rischi della incertezza giuridica in generale e processuale in particolare. Forse un piccolo ruolo codesto dell'arbitrato "libero" ma significativo, al pari, su più larga scala economica, della tecnicità formalistica nella disciplina della opposizione monitoria che in vari modi agevola e rende irreversibile il consolidamento delle ingiunzioni (quanto spiagge anche a lui la trovata della Cassazione sulla improcedibilità accelerata a sorpresa, poi certo rientrata ed in genere ogni episodio di intrappolamenti e vanificazioni nell'accesso alla giustizia, tanto declamato quanto ricorrentemente infirmato da giochini deflattivi-nomofilattici). Dopo tutto per perdere la pazienza, non occorre alcun credo ideologico.

Le cose sono un po' cambiate, perché a un certo punto il Legislatore stesso ha dato, seppur senza sanzione reale, quel risalto che sappiamo alle pronunce delle Sezioni Unite e ha detto che le Sezioni semplici non possono discostarsi, se non rimettendo la questione di nuovo alle Sezioni Unite. E quindi il Legislatore ha un po' seguito l'idea di una nomofilachia *taken seriously*, non di tipo dialogico, non di tipo da «coltivata giungla» di opinioni e ricostruzioni. Sovviene il ricordo di importanti letture dal libro dello storico Alatri (Parlamenti e lotte politiche nella Francia del Settecento) a quello di Halperin, sulla nascita ed evoluzione della Cassazione, a quello di Griffith sul ruolo politico dei giudici inglesi. Però il tema si è spostato, a questo punto, da noi, all'operato delle Sezioni Unite e diciamo che negli ultimi dieci/quindici anni il tema di fondo è proprio quello di capire come lavorano le Sezioni Unite, in che misura le Sezioni Unite – munite di questa autorità particolare che non si manifesta per i giudici di merito, ma si manifesta per le singole sezioni della Cassazione, che sarebbero pur obbligate alla rimessione in caso di dissenso – riescano a garantire un ordinato svolgimento della guida coerenza-trice che, stando all'art. 65 ord. giud., spetta precipuamente e nel suo insieme alla Corte di Cassazione. Non osta il fatto che la Costituzione conosca la Cassazione ma non ne abbia messo a fuoco pure le sue sezioni unite, basterebbe che codeste sono la sua espressione cui più è congeniale assicurare con tempestività e costanza la funzione di guida coerenza-trice, soprattutto dei giudici del merito.

E qui riemerge un fattore di rischio importante, che è dato dalla mutevole composizione delle Sezioni Unite. Dal problema della loro effettiva, così mi capitò di definirla, «base partecipativa». Le Sezioni Unite in Italia decidono con nove componenti ma, in realtà, fanno parte delle Sezioni Unite (credo) in questo momento circa trenta magistrati, a rotazione, e sono invero tanti. Ma, soprattutto, queste decine di magistrati (riflesso del fatto che la più parte delle decisioni *non* sono sui c.d. contrasti) mutano nel tempo breve velocemente: quelli di sette/otto anni fa probabilmente solo in minima parte coincidono con quelli di oggi. Quindi vi è una instabilità dovuta anche, in parte, ad esigenze avvertite, diciamo apertamente, all'interno della corporazione giudiziaria: siccome è prestigioso appartenere all'*ensemble* che nutre i singoli collegi delle Sezioni Unite, bisogna far ruotare fra molti, comunque fra non pochi, questa appartenenza. E poi, dopo, i collegi sono solo di nove e poi, all'interno dei collegi di nove, c'è il relatore (che è solo uno), c'è il presidente, c'è poi meritevolmente il c.d. componente fisso. Però, alla fine, sono solo questi tre, di cui uno e in certi periodi addirittura due mutano, che possono assicurare la costanza nel tempo degli insegnamenti delle Sezioni Unite e sono un po' pochi, al punto che la esperienza analizzata da Sergio ci ha mostrato un tasso elevato di inattività funzionale: non quanto allo approfondimento quasi accademico, inani quanto alla tenuta degli indirizzi adottati. E, infatti, le Sezioni su alcuni temi anche tipicamente processualcivilistici – fra quelli in particolare seguiti da Sergio si ricordi il ricorso incidentale condizionato per cassazione – hanno mostrato una capacità di dire, stradire, contraddirsi, ritornare a dire, sì che nessuno oggi, per tornare all'esempio, può dirsi in grado di sapere qual è la «vivente» disciplina del ricorso incidentale condizionato; esso va fatto, per tuziorismo, ma sapere se poi era un ricorso necessario oppure invece era soltanto *ad abundantiam*, e poi l'ordine di esame, nessuno è in grado assolutamente di dirlo con precisione. Nel diritto vivente, appunto.

Perché c'è questa instabilità, questa seminomofilachia, appunto, della imprecisione di tracciati, e per conseguenza appare ai più scolastico e ieratico evocare la calcolabilità weberiana-capitalista, o anche solo la tensione democratica alla parità di trattamento in ogni data epoca, sia pure micro-epoca? Le ragioni che danno la stura ai contrasti non sono più forse tanto quelle della polifonia, in senso lato, politico, come alla fine del secolo passato. Adesso le ragioni, per essere schietti, per praticare il *truth telling* – che era una delle cose che certamente Sergio ha sempre praticato –, adesso la ragione vera sta nel fatto che molti di questi magistrati, soprattutto quelli che vanno in Sezioni Unite e che amano andare in Sezioni Unite e che lì, soprattutto, si impegnano e guardano a fondo le questioni di diritto,

sono sostanzialmente degli studiosi e in particolare poi degli studiosi di diritto processuale civile o, più spesso, con grande passione, di procedura civile che alla fine è tutta un'altra cosa. Come ho potuto constatare in questi anni di preziosa esperienza presso il Direttivo della Scuola Superiore della Magistratura, molti magistrati si sentono eminentemente degli studiosi ed esprimono la stessa mentalità che era tipica dei professori di trenta, quarant'anni fa, cioè cercano la verità, cercano la verità perfino nel campo dell'applicazione delle norme del diritto processuale civile, non preme loro la stabilità, non cercano di far prevalere il principio di uguaglianza, non hanno di mira l'esigenza di evitare, negli *overruling* in materia processuale, le ingiustizie (con il correlato problema degli affidamenti incolpevoli), anche quelle più patenti, ma sono alla ricerca della «giusta» soluzione. Credono che esista, chissà in grazia di quale formazione panglossiana.

Come è nata questa deriva, che, potremmo dire, è una deriva verso la rinnovata ricerca di una capillare forma di interstiziale sapienzialità del diritto? Come sia nata e perché non si sia riusciti a contenerla, dando più importanza alla responsabilità sociale – a mente soprattutto del principio di uguaglianza – del ruolo della Corte di Cassazione e in particolare delle Sezioni Unite: questo è un tema larghissimo su cui si è discusso in tantissime occasioni, ma si ha come la sensazione che non c'è nessun primo presidente, nessun presidente aggiunto che riesca a mitigare quest'ansia di verità, questa «verofilia» nomofilattica. Non credo che ci siano in altri Paesi molte Corti supreme che hanno una tessitura interna di voci polifoniche così esasperata come quella della nostra Corte di Cassazione, come ce l'hanno anche le sue Sezioni Unite. Sarà magari forse un influsso ambientale, che irradia dal terreno stesso dell'agone dei *comitia* e dei *concilia* del foro romano della tarda Respublica?

Purtroppo, la difesa della nomofilachia è di nuovo un fatto sociologico, è di nuovo un fatto ordinamentale, non è un fatto di puro diritto. Il punto non è più quindi di dare ragione a Gorla e di dire che anche da noi c'è un tendenziale affermarsi – che c'è sempre stato anche nell'epoca del diritto comune – dello *stare decisis*; c'è l'arte del *distinguishing*, ma se non si riesce a fare efficacemente esercizio dell'arte del *distinguishing*, ci dovrebbe essere un tendenziale *stare decisis*. Che non è rassegnazione a veri o supposti errori. Quella battaglia sul piano teorico è vinta sostanzialmente, è vinta ormai da molti decenni. Il punto è: chi custodisce i custodi? Che poi, in breve, con altri innesti, divengono legislatori processuali. Chi assicura un certo qual *stare decisis* nell'operato della falange più rilevante del giudice di legittimità, cioè delle Sezioni Unite?

Vi faccio un esempio per concludere, di cui però mi pare che Sergio non si sia occupato, e mi piacerebbe molto conoscerne oggi il pensiero, ed il caso è questo: ci sono tre decisioni delle Sezioni Unite, nell'arco di quindici anni, che dicono che se c'è una decisione di rigetto in rito e poi anche di rigetto in merito – questo sia con riguardo alle cause in primo grado, sia con riguardo all'ammissibilità e fondatezza delle impugnazioni – conta all'atto pratico soltanto il rigetto in rito, solo quello si ha l'onere di impugnare, il rigetto nel merito va considerato un *obiter dictum*, un argomento del tutto *ad abundantiam* su cui non si genera soccombenza e non si genera quindi onere di impugnazione. Questa soluzione è conforme a una certa impostazione teorica che sarà giusta o sbagliata, non è importante adesso qui valutarlo (l'aveva trovata giusta allora soprattutto Evangelista, l'allievo di Satta che fece una voce importante sull'*Enciclopedia del diritto*, con una bella sentenza, non lunghissima ma appieno organicamente concetta, e poi dopo l'impostazione fu trovata giusta in due successive occasioni dalle Sezioni Unite). Ebbene, ho assistito ad alcuni incontri della Scuola Superiore Magistratura sul giudizio di cassazione e ho notato che vi erano alcuni giovani Consiglieri, spesso della sezione tributaria o talora della terza, che per ragioni di economia processuale - ad evitare un giudizio di rinvio - tendevano a superare questo orientamento. E, infatti, sono poi state emesse un certo numero di sentenze, non solo della sezione tributaria, che dicono che i soccombenti devono invece impugnare anche la seconda statuizione, quella nel merito, che è pure essa, secondo loro, una statuizione idonea diversamente a consolidarsi. Questo crea una confusione notevolissima e il rischio di ingiustizia è grave. Capiamo che lo spettro del vulnus alla ragionevole durata, fatalmente conseguente alla apertura di un giudizio di rinvio – neppur esso conclusivo – pesa e turba. E i casi di tal fatta sono davvero molti. Ma la rimessione alle sezioni unite può essere evitata solo sul supposto che non sia certo il loro assenso alla proposta di innovazione? O per altre ragioni? E procedere così “in solitario”, caso per caso, talora sì e talora no, all'*overruling*?

Il Legislatore, naturalmente di tutto si occupa, di cambiare la posizione di tutti i mobili della casa – mi pare una efficace metafora – di talché nessuno rientrando a casa capirà assolutamente dove è la sua poltrona preferita e la sua cucina, ma certamente il (c.d.) Legislatore (altro bel discorso chi lo sia oggi davvero; discorso che, dopo la Cartabia, animebbe ed intrigherebbe anche il nostro rimpianto Amico) mai interviene sulle cose davvero importanti. Non lo sa fare, le conosce troppo episodicamente e comunque non par vocato a soppesarle. Né la questione o altre di analogia generale portate vengono di nuovo rimesse alle Sezioni Unite.

Ecco allora che concludo dicendo che bisognerebbe portare a Piazza Cavour una copia adeguata di quel dipinto (il dipinto riprodotto nella locandina del presente convegno), e metterlo al centro dell'aula delle Sezioni Unite – magari davanti alle immagini di Giustiniano e di Teodora che tutto sommato alla fine mi sembrano piuttosto demodé – e vedere se si può disinnescare quel gusto del cavillo, quel gusto, in sostanza, del continuare a ritornare sulle stesse cose senza sguardo sociologico, senza capacità di analisi economica, senza capacità di ponderazione di costi e benefici.

Questo fu uno dei contributi che Sergio ha dato e che noi dobbiamo cercare di continuare a – uso una espressione verbale solenne che viene da «*honestus*» – «coonestare», cioè in sostanza a dar corpo, a dar vigore, a dar voce senza timidezza, sempre con la onestà e direi il gusto mentale di cercare di dire la verità o quella che si reputa essere la verità, pronti a mutare avviso se ci si convince del contrario, ma in ciascun momento dell'itinerario senza né paura né ambizione. Questa era la Sua caratteristica.

## DIBATTITI

---

GIOVANNI VERDE

Professore emerito nell'Università Luiss Guido Carli

### **LE FORME. AH! CHE C'È OLTRE LE FORME? (LEGGENDO L'ULTIMO LIBRO DI RENATO ORIANI)**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini della ricerca. – 3. Essere e dover essere. – 4. L'errore del giudice (e talora del legislatore) nell'individuare (o nel dare) il «nome» del provvedimento. Premessa. –5. Segue: il libro– 6. – L'errore del giudice provocato dalla scelta della parte. – 7. Indicazioni operative.

1. – In questo periodo della mia vita non riesco più ad interessarmi delle disposizioni processuali di cui, in mancanza d'altro, il nostro legislatore ci inonda a getto continuo. Mi provocano una crisi di rigetto contro cui non ho trovato rimedi. Mi rifugio nella lettura dei libri quando sono scritti bene e riescono a suscitare il mio interesse. Renato Oriani mi ha fatto prezioso dono della sua ultima fatica. Circa 800 pagine dedicate allo «*Essere*» e «*dover essere*» nell'*impugnazione dei provvedimenti del giudice*». Direi una bugia se affermassi di averlo letto tutto e con l'attenzione che merita. I miei tempi di lettura devono fare i conti con i miei tempi di vita, che non sono molti. Tuttavia, per le ragioni che dirò, già ne conoscevo per grandi linee i contenuti, così che sono andato alla ricerca dei punti del libro nei quali era da individuare il cuore della ricerca. E pure avendo affermato in altre occasioni che non è questo il tempo adatto alle recensioni e che, comunque, mai avrei la presunzione di farle, mi sono detto che chi scrive libri, lo fa nella speranza di captare l'interesse del lettore e di indurlo a pensare, così che non costituisce atto di presunzione quello di esporre le riflessioni cui sono stato indotto dalla lettura del libro di Oriani.

2.– Il tema è di quelli che hanno inseguito Renato da una vita. Nel corso degli anni Settanta – era l'epoca della mia infatuazione per il processo esecutivo – gli dissi che il terzo libro del codice, frutto della dottrina e, se si preferisce, del suo dommatismo, era stato costruito sul presupposto illusorio di scindere del tutto la cognizione dall'esecuzione e di avere introdotto, a mo' di cerniera, l'opposizione agli atti esecutivi, che la giurisprudenza aveva finito con l'adoperare come strumento per trovare rimedi

a una disciplina inadeguata. Pertanto, avendo avuto modo di conoscere e di apprezzare le sue prodigiose capacità di analisi, gli suggerii di studiare l'istituto. E risalgono a quel tempo i dubbi fra l'essere e il dover essere dei provvedimenti, perché nella sua ricerca aveva dovuto fare i conti con due istituti – l'opposizione agli atti e l'opposizione all'esecuzione – la cui convivenza nell'ambito del processo esecutivo spesso creava (e crea) problemi applicativi.

La scelta della via processuale sbagliata, infatti, può incidere sul rito e sul regime dei rimedi e può indirizzare il processo per vie che impediscono una giusta decisione di merito e che, in ogni caso, impediscono che il giudice esamini il merito della questione. Quale è la soluzione giusta delle vicende processuali che vi rimangono implicate? Bisogna trovarla nelle disposizioni che regolano il rito come si è svolto o in quelle che regolano il rito come si sarebbe dovuto svolgere? nel provvedimento «come è» o nel provvedimento come «dovrebbe essere»?

Il problema, di cui aveva preso coscienza già mezzo secolo fa, ha accompagnato Oriani in questi anni e si è tradotto nel volume ora pubblicato. Non è un caso che nella parte del libro in cui di occupa del c.d. principio dell'apparenza (p. 683 ss.) assuma come casi emblematici quelli delle opposizioni nel processo esecutivo.

3. – Il titolo del volume, che in qualche modo richiama l'amletico dubbio scespiriano, pone un problema preliminare a chi, come me, cerca a fatica di trarsi fuori dalla vischiosità dei concetti che l'hanno accompagnato per una vita.

Che cosa è nel mondo del diritto l'essere? Nel mondo del diritto non esistono entità da trattare come se fossero cose. E le parole che adoperiamo non costituiscono altro che prodotti del pensiero riassuntivi di discipline. Perciò non è il caso di parlare qui di «essere», in quanto non esiste l'entità sentenza allo stesso modo che non esistono le entità decreto e ordinanza. Esistono atti compiuti da un soggetto a cui è stata conferita legittimazione che si concretano in segni grafici (o equivalenti) stabili, raccolti in un supporto idoneo e duraturo. L'essere del provvedimento si risolve nella sua «forma» e il «contenuto» di cui parlano gli artt. 131 ss. c.p.c. non riguarda altro che la prescrizione circa il modo di essere dei «segni» e, quindi, la «forma».

Con il passare degli anni si è accentuata la mia scarsa simpatia per la tecnica che raccoglie in un luogo apposito dei codici (di regola nel primo Libro) le disposizioni generali. Mi sembra che esse soddisfino la presunzione del dommatico, che crede di potere tradurre tutto in sistema, di fissare regole generalmente valide. Accade, poi, che all'atto pratico le

regole non sono affatto generali; che comportano problemi di adattamento con il codicillo delle incertezze; che spesso sono del tutto inutili. Mi chiedo, ad esempio, che cosa accadrebbe se non ci fossero gli artt. 131 ss. c.p.c. È verosimile che i problemi non sarebbero diversi da quelli che ci poniamo in loro presenza. I segni grafici o equivalenti immessi nei supporti stabili e che identifichiamo, quando provengono dal giudice, come «provvedimenti» (mentre se provengono dalle parti sono identificati come semplici «atti») sono, infatti, significanti di tipo prescrittivo, descrittivo o innovativo. L'ordinamento li stabilizza in maniera che si possano tradurre in regole di comportamento e lo fa in maniere differenti, quali sono sottese alle disposizioni che dettano le discipline regolatrici, così che il «nome» dato al provvedimento serve ad evocare la disciplina applicabile. E nel momento attuale, talora neppure più a tale scopo, come ci capita di constatare riflettendo sull'art. 375 c.p.c. (nel quale la scelta del «nome» neppure evoca una disciplina, ma sembra alludere al tipo di impegno –maggiore o minore– che si richiede a chi materialmente dovrà scrivere il provvedimento). Il problema, pertanto, è se la scelta del «nome» da parte del giudice o dello stesso legislatore imponga che si deve applicare al provvedimento la disciplina che il legislatore collega a quel nome ovvero se si debba tenere conto di altro.

Il processualista, che per professione si occupa della «forma», avverte con chiarezza che la stessa può dare ordine alla vita ed è perciò essenziale, ma non può ingabbiarla. Non credo che Oriani pensi a qualcosa di diverso quando sottolinea che «il legislatore (...) suole predisporre uno schema, un modello, un paradigma in funzione del raggiungimento di un determinato scopo» (p. 505). E quando afferma che «l'art. 279, 4° comma, c.p.c., nell'imporre la prevalenza della forma sulla sostanza, costituisce *lex specialis*» (p. 537) o nota che «non è necessaria (...) una sentenza per produrre effetti sul rapporto sostanziale» (p. 618) o traccia le conclusioni della sua indagine (a p. 626 ss.), non fa altro che «deconcettualizzare» la sentenza che, al pari dell'ordinanza o del decreto, non è un'entità del mondo reale; è un vocabolo o un nome riassuntivo di una disciplina. In queste proposizioni egli già individua il filo conduttore della ricerca, in quanto i concetti, racchiusi nell'involucro di un nome, devono essere riempiti di contenuti; e ne traccia anche il possibile esito, per il quale il «nome» del provvedimento non è inevitabilmente evocatore di una disciplina, dovendo essere rapportato allo «scopo». Il processualista è, così, costretto ad abbandonare le certezze che gli somministrano le forme, per avviarsi per i sentieri impervi dello scopo.

Questo è il cuore dell'indagine del libro. Oriani lo sintetizza in una sola battuta: «Certo, non si dubita del carattere formale del processo; ma

esso postula il rispetto delle forme, non che la forma prevale anche quando sia violata la legge, né giustifica la sovversione delle regole in tema di impugnazione» (p. 699). Di là della forma, ossia dell'«essere», c'è per l'autore un «dover essere», in quanto «le norme processuali devono essere interpretate in modo da favorire, per quanto possibile, che si pervenga a una decisione di merito» (p. 678).

4. – Nel riflettere su di un libro, che ha il merito di porci di fronte ad un quesito fondamentale, quale è quello di stabilire quale sia l'«*ubi consistam*» di uno studioso del diritto processuale (ossia quale è il valore della «forma»), è inevitabile l'interpretazione soggettiva. Il libro da cui prendo spunto per riflettere non è il «libro di Oriani», ma il «mio» libro di Oriani. Di conseguenza, mi hanno intrigato due temi, nei quali ho preteso di cogliere il motivo ispiratore che permea l'intero tessuto della ricerca.

Inizio dal primo. Il nome dato al provvedimento può essere frutto di un errore del giudice o perfino di una scelta inadeguata del legislatore. Tutto ciò ha creato le premesse per un interminabile dibattito sui rapporti tra «forma» e «sostanza» dei provvedimenti giudiziari.

Fermo che, come ho già rilevato, esiste e non può non esistere una «forma», perché senza di essa non verrebbe in vita il «fenomeno» nel quale si concreta il provvedimento, è da chiedersi se esista una «sostanza» del medesimo e in che cosa si concreti. È evidente che nel supporto materiale (e, oggi, anche immateriale) –su cui sono impressi stabili segni grafici– quale è anche il prodotto dell'attività del giudice che «provvede», sono immessi inevitabili «significati» di cui i segni esprimono «significanti». Pertanto, quando parliamo di sostanza del provvedimento giudiziale ci riferiamo a questi «significati» che esprimono accertamenti, comandi, innovazioni, così che allorché l'ordinamento stabilisce – e spetta a lui di dirlo, salvo un controllo di ragionevolezza che oggi la Costituzione rende possibile – che il giudice, essendosi espresso, si è spogliato della controversia o della questione sottopostagli e gli impedisce di ritornare su quanto ha compiuto, regola il regime del provvedimento, che noi riassumiamo dicendo che esso è idoneo a passare in giudicato. Al giudice dovrebbe essere, perciò, vietato di stabilire a sua scelta il regime del provvedimento, dandogli un nome inappropriato, così che si pone il problema delle conseguenze del suo errore. Più delicato è il problema quando la scelta del nome è fatta dal legislatore (al quale non possiamo addebitare errori e possiamo soltanto discutere delle sue opzioni), perché in questi casi si tratta di valutare se la scelta non si traduca in una violazione del fondamentale principio di una tutela adeguata dei cittadini e quindi nel rispetto di ciò che è essenziale perché un processo sia «giusto». E qui le disposi-

zioni legislative sono spesso dettate dalla logica del contingente, dalla necessità di ridurre pendenze e contenzioso (oggi per rispettare gli obblighi assunti verso l'Europa), «costi quel che costi». Un esempio lo ritrovo nell'art. 183-*quater* inserito nel codice di rito dall'ultima riforma. Sfido chiunque a dimostrare che la forma dell'ordinanza scelta dall'articolo richiamato non nasca dall'intenzione di imporre una disciplina, che è «elusiva» della garanzia (del ricorso per cassazione contro le sentenze) voluta dall'art. 111 Cost. Riguardo al quale, dovremmo chiederci una volta per tutte se essa costituisce un lusso che non possiamo consentirci, così come dovremmo chiederci se costituisce egualmente un lusso non consentito pretendere che l'ordinamento garantisca (come voleva Lanfranchi, che Oriani ricorda) almeno un grado di processo a tutela piena per la tutela delle aspettative che giudica meritevoli (i c.d. diritti soggettivi).

5. – Nel lungo capitolo quinto del libro, Oriani indaga, pertanto, non con la lente dei comuni mortali, ma con il suo microscopio dell'analista scrupoloso gli infiniti interventi dei giudici e le non meno infinite discussioni dottrinali implicate nel problema, in quanto, come è chiaro, non è questione di nomi, ma si tratta, in primo luogo di stabilire, quando la disciplina vigente conferisce al «prodotto» del giudice l'attitudine al giudicato. Il compito è di per sé non semplice nel marasma nel quale oggi è avviluppata la disciplina del processo, nel quale le coordinate trasmesse dai nostri Padri si sono disperse (anche se erano coordinate tracciate in un ambiente che non aveva le complessità del mondo attuale). Ed è un compito tanto più difficile in un contesto, come ho già sottolineato, sempre più condizionato da esigenze di contenimento dei tempi e delle spese, tale che una soddisfacente tutela delle aspettative della parte ad ottenere un «processo giusto» deve fare i conti con la tendenza ad assicurarle una definizione «ragionevole» della controversia.

La giurisprudenza, che Oriani riconduce a Mortara (p. 685), ha elaborato la dottrina della «apparenza». È una nomenclatura influenzata *more solito* dalla entificazione dei concetti. La forma che, eventualmente sbagliando, il giudice dà al suo provvedimento non è un'apparenza. La forma si concreta nel suo nome: l'ordinanza «è» ordinanza e non «appare» come tale. Di conseguenza, parlando di «apparenza» la giurisprudenza si è, in definitiva, chiesta se il «nome» dato al provvedimento evochi necessariamente la disciplina che l'ordinamento collega a quel nome ovvero se sia possibile o necessario sindacare i «significati» contenuti nel documento-giudiziale, al fine di stabilire quale sia il regime adeguato.

Con la loro scelta, i giudici hanno esentato la parte e i giudici (successivamente evocati) dall'onere di porsi il problema del regime applica-

bile, ritenendo che quest'ultimo debba adeguarsi al «nome» che il giudice ha dato al provvedimento. La giurisprudenza dà prevalenza alla forma, privilegiando le esigenze di certezza, anche perché «la qualificazione – come ammoniva Satta (che Oriani ricorda a p. 700) – non può essere contestata che attraverso l'impugnazione, e questa non può avvenire che secondo le regole della sentenza qualificata: ogni ricorso ad altro mezzo di impugnazione implicherebbe un soggettivo e quindi arbitrario giudizio sulla qualificazione stessa».

Oriani, esaminando molti casi emblematici, pone in luce i prezzi della scelta giurisprudenziale e li ritiene intollerabili. In coerenza con la sua scelta di valore, per la quale il processo deve tendere a pronunce di merito così che il rispetto delle forme non è incondizionato e non può prevalere quando si concreta in una violazione della legge, conduce una serrata critica al principio della c.d. apparenza (p. 689 ss.), illustrando i vantaggi di una soluzione che dà rilievo alla «sostanza» del provvedimento ai fini dell'individuazione dei rimedi praticabili. I vantaggi della soluzione da lui prescelta, tuttavia, pagano prezzi inevitabili. Infatti, poiché non si può lasciare alla parte il potere di «qualificare» il provvedimento, l'abbandono del principio dell'apparenza comporta che il giudice, evocato successivamente, controlli l'esattezza della scelta, così che, qualora ritenesse che la stessa è stata sbagliata, in disparte che talora si potrebbe avere come conseguenza che si formino giudicati senza che le parti ne abbiano consapevolezza, si aprirebbe la strada per non meno inutili e complessi contenziosi sulla scelta della parte e sulla scusabilità del suo errore. La cui evocazione mi preoccupa per le insidie da cui è circondato l'istituto e che inducono Oriani a dedicare alle vicende che lo hanno accompagnato anche nel processo amministrativo e in quello penale (con un breve sguardo al diritto francese e con maggiore attenzione alle esperienze tedesche) molte pagine del quarto capitolo (da p. 428 in poi). Oriani, fedele alla sua impostazione ideologica, vede nell'art. 37 cod. proc. amm. una definizione a cui fare riferimento, essendo assai più «ragionevole» della rimessione in termini regolata dall'art. 153.

Gioca, a questo riguardo, l'inevitabile creatività dell'interprete, perché è difficile stabilire se le «oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto», che rendono scusabile l'errore nel processo amministrativo, costituiscano un reticolo a maglie più larghe rispetto alle «causa non imputabile», che nel processo civile rende possibile la rimessione in termini. Qui non è decisivo il tessuto formale della disposizione di legge, ma l'interpretazione che ne è stata data, in quanto il giudice civile (diversamente dal giudice amministrativo e da quanto espressamente dispone la legge processuale francese), rifacendosi all'istituto del-

l'apparenza, esclude che possa essere qualificato come scusabile l'errore della parte che sceglie il rimedio senza tenere conto del «nome» che il giudice ha dato al provvedimento. Lo sa bene anche Oriani, per il quale «ora che a seguito della modifica dell'art. 153 c.p.c. ha fatto ingresso nel nostro processo la possibilità di una rimessione in termini in caso di decadenza incolpevole, quel principio appare eccessivo e sproporzionato rispetto al risultato da conseguire» (p. 709), dove la critica è chiaramente di tipo valoriale.

In conclusione, nel mio tentativo di «deconcettualizzarmi» mi convinco sempre di più che molte nostre scelte interpretative non sono conseguenza dell'applicazione di regole tecniche, ossia di regole che abbiano qualche tasso di obiettività, ma risentono di scelte di valore, inevitabilmente soggettive. E tale mi è apparsa, in definitiva, la soluzione preferita da Oriani, che va condivisa se si accetta la scelta di «valore» che ne costituisce il presupposto. E che a maggior ragione andrebbe condivisa se fosse esatto che, col ricorso al principio dell'apparenza, «il giudice diventa arbitro delle modalità di svolgimento del processo, sovrapponendo la sua volontà a quella della legge» (p. 708). Purtroppo, l'arbitrio del giudice non è eliminabile, come dimostra il fatto che, pure in un contesto dominato dal principio dell'apparenza, vi sono frequenti deviazioni, di cui una, come sottolinea Oriani, è inevitabile (quando la qualificazione escluderebbe la possibilità di fare ricorso a un qualsiasi rimedio). E non è eliminabile neppure con la formula da lui proposta, in quanto l'arbitrio del giudice si potrebbe riproporre se avesse il potere di valutare se la scelta del rimedio è stata operata sulla base di un errore scusabile. Egli ne è consapevole e, pertanto, sul presupposto che il quarto comma dell'art. 279 c.p.c. costituisca una *lex specialis* e non un principio generalizzabile, va alla ricerca di un dato del nostro ordinamento processuale che renda inutile il ricorso alla disciplina dell'errore.

6. – Viene qui in gioco una sorta di processo alle intenzioni, così che, se avessi sbagliato nell'individuare, potrei addurre a mia attenuante soltanto l'onestà intellettuale. Durante la lettura ho enucleato due distinti profili del problema, riflettendo su di una distinzione di Poli (che Oriani ricorda a p. 679). Mi è sembrato, infatti, che meriti una trattazione diversa il caso in cui le forme processuali sono state incanalate dalle parti sul binario sbagliato senza che il giudice abbia corretto l'errore (peraltro, Poli si muove su di un piano in parte differente, che involge il rapporto tra giudici e che non mi trova consenziente quando i giudici sono di diverso grado, perché in questo caso la soluzione dovrebbe essere data dal legislatore). Qui, infatti, l'errore non sta nel provvedimento, ma risale a un

momento anteriore nel quale il giudice avrebbe avuto il potere-dovere di rilevarlo e di provvedere in ordine alle conseguenze.

Al riguardo la scelta del nostro legislatore mi sembra chiara. Fino a quando il giudice non ha posto rimedio all'errore, vale il principio (non di apparenza, ma) di effettività, in quanto il processo prosegue secondo le disposizioni del rito prescelto. Ce lo dicono a chiare lettere l'art. 439 c.p.c. e prima ancora gli artt. 426 e 427 c.p.c., dei quali l'art. 4 d. lgs. n. 150 del 2011 costituisce in sostanza una coerente applicazione e ce lo confermano oggi gli artt. 183-*bis* e 283-*duodecies* c.p.c., che parlano anch'essi di «prosecuzione» di un processo validamente instaurato. Pertanto, non riesco a scorgere nel quinto comma dell'art. 4 d.lgs. n. 150 del 2011 una portata innovativa tale da dare un supporto normativo alla soluzione che mette all'indice il principio giurisprudenziale dell'apparenza.

Se il legislatore ha avvertito il bisogno di chiarire che «gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento» (come si legge nel comma quinto del citato art. 4), è evidentemente dovuto al fatto che se ne è dubitato. Ma si trattava di un dubbio che, a mio avviso, non aveva ragione di essere. Per dubitare che l'atto con cui è esercitato il diritto non rientri nello schema fissato dal codice civile perché sia idoneo a interrompere la prescrizione o a impedire una decadenza (avendo a mente gli artt. 2943 e 2966 c.c.) o ad incardinare validamente il processo, sarebbe necessaria una disposizione che, disciplinando il caso, stabilisca l'inidoneità dell'atto difforme a produrre effetti. In altri termini, posto che le nullità (soprattutto se sanabili soltanto *ex nunc*), le inammissibilità e le improcedibilità rientrano nel dominio esclusivo del legislatore, sarebbe necessario trovare una norma che in questi casi sancisca che l'atto «difforme» non è in grado di produrre tutti gli effetti che l'ordinamento collega all'atto di impulso posto in essere dalla parte. Questa disposizione manca. Le richiamate disposizioni, invece, stabiliscono che in questi casi il processo è regolarmente incardinato, così che gli atti introduttivi sono ritenuti del tutto idonei a produrre gli effetti che l'ordinamento loro collega. Sarebbe stato, pertanto, del tutto contraddittoria una disciplina che, adottando la disciplina della «prosecuzione», sanzionasse l'atto con l'irrelevanza a produrre effetti allo stesso modo che, introdotto il meccanismo della *translatio* dal giudice incompetente a quello competente, si fosse stabilita l'inidoneità dell'atto introduttivo a produrre effetti (quando il legislatore ha voluto differenziare, lo ha fatto con disposizioni espresse del tipo di quelle che leggiamo nell'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 59). Se il legislatore è stato costretto a intervenire ciò è dipeso – ripeto – dalla esigenza di eliminare i dubbi. Non riesco, perciò, ad entusiasmarmi nei riguardi delle sentenze e delle relative motivazioni – analizzate

nel libro con pazienza certolina – che hanno dichiarato l' idoneità a impedire la decadenza dell'atto introduttivo (ricorso convertito in citazione) notificato oltre il termine di legge. Qui non siamo di fronte a una domanda nulla e la cui nullità può essere sanata soltanto con effetti non retroattivi e meno che mai dinanzi a una domanda inammissibile o improcedibile. Nel caso che la parte inizi il processo o proponga un rimedio con un atto nella forma stabilita per un rito individuato erroneamente, siamo di fronte ad un atto valido ed efficace, che dà in maniera corretta impulso al processo e che non ha alcun bisogno di sanatoria. E rileggendo le pagine di Oriani che riassumono le tante decisioni che hanno occupato la mente dei nostri giudici e, spesso, dei componenti delle Sezioni Unite, mi viene da pensare a intelligenze mal spese, a un inutile rimestare nell'acqua.

7. – Oriani inizia a parlare dell'art. 4 cit. esaminando la giurisprudenza che si è formata sul decreto ingiuntivo e in relazione all'art. 646 c.p.c. (p. 352 ss.), che mette a confronto con le diverse soluzioni praticate nei riguardi dei provvedimenti emessi nei procedimenti di sfratto o di finita locazione. Il caso è alquanto singolare, perché la fase monitoria ha un rito, per così dire, «neutro», così che il principio dell'apparenza non è invocabile perché la «forma» del provvedimento che chiude la fase monitoria non fornisce indicazioni. Oriani rileva come le massime della giurisprudenza siano ambigue. E l'ambiguità è il prodotto di una difficile scelta, perché pure spettando all'opponente il compito di individuare la natura del credito azionato al fine di stabilire quale sia il rito applicabile, si potrebbero avere casi in cui la scelta sia stata sbagliata essendosi l'opponente fidato di «indici» dai quali desumere che il creditore abbia chiesto il provvedimento sul presupposto che si tratti di un giudizio a rito ordinario (es.: un ricorso indirizzato al Tribunale e non alla Sezione lavoro). E in questi casi c'è alquanto propensione dei giudici a dare ingresso ad opposizioni che altrimenti cadrebbero sotto la mannaia dell'inammissibilità, così dando alla «causa non imputabile» che secondo l'art. 153 c.p.c. consente la rimessione in termine, un'ampiezza di contenuto che normalmente le nega.

Dinanzi al caleidoscopico affresco di una giurisprudenza, che disperde energie e spreca risorse per stabilire «come» si deve operare, di cui le discussioni in relazione al procedimento monitorio costituiscono un esempio significativo, c'è da chiedersi quale sia la ragione per la quale, in nome del principio della trasparenza (che, *more solito*, è stata l'occasione perché il giudice amministrativo e il suo maggiore consesso intervenissero con chilometriche e dotte decisioni per stabilirne finalità e limiti), l'autorità amministrativa nell'emanare il provvedimento sia tenuta a indicare al de-

stinatario quali siano i rimedi e i tempi e le forme da utilizzare, là dove analogo obbligo non sia imposto all'autorità giudiziaria. I francesi, come ci ricorda Oriani (p. 459 ss.), con apposite disposizioni di legge, e i tedeschi, affidandosi al principio della *Meistbegünstigung*, che costituisce *ius receptum* (p. 456) si sono posti per questa strada. Che cosa c'è che ha impedito che analoga soluzione fosse adottata dal nostro legislatore? Forse è che gli oneri processuali da noi devono essere imposti soltanto alle parti?

È questa la convinzione che ho tratto dalla lettura del libro – che, credo, corrisponda alle intenzioni dell'autore – e che condensa la cifra della sua utilità. Aggiungo il godimento di una lettura che mi ha consentito di ripercorrere gli itinerari intellettuali di tanti compagni di viaggio. Per quanti non hanno – come avviene a chi ha troppi anni – esaurito i percorsi (dottrinari e giurisprudenziali) della nostra disciplina, il libro costituisce una lezione di metodo, fondata sulla ricerca umile e paziente delle ragioni che sono a base delle regole e, più ancora, del «diritto vivente» che si è formato intorno ad esse; che aborre l'improvvisazione; che soprattutto ha ben presente che la «forma», anche se non se ne deve essere schiavi, costituisce un valore a presidio dei nostri diritti fondamentali e della libertà ed è la ragion d'essere del processualista e dell'umanesimo di cui è portatore.

MARCO RENDINA

Assegnista di ricerca nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

## POTERE «REVOCATORIO» E CESSIONE DEL CREDITO

SOMMARIO: 1. Il problema giuridico e l'epitafio argomentativo della Cassazione. – 2. Confronto dialettico: non sempre il sette è numero perfetto. – 3. I nodi da sciogliere: responsabilità patrimoniale e potere «revocatorio», oggetto del processo «revocatorio», successione nel potere «revocatorio». – 4. Responsabilità patrimoniale e potere «revocatorio». – 5. Il potere «revocatorio» e l'oggetto del processo «revocatorio». – 6. Cessione del credito e (successione – ? – nel) potere «revocatorio». – 7. In (dialettica) conclusione.

1 – Nell'estate del 2022, un'interessante sentenza della Corte di cassazione<sup>(1)</sup> ha affrontato un tema assai rilevante dal punto di vista sia pratico sia, soprattutto, dogmatico-sistematico, che sino a quel momento non aveva sostanzialmente conosciuto precedenti giurisprudenziali dedicati, né era stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Il quesito che la stessa Corte ha posto (e risolto) appare a tutta prima semplice; tuttavia, mi sembra di poter subito affermare che alla semplicità del quesito non corrisponda, nonostante l'apparenza, altrettanta semplicità nella risposta. Infatti, ci si è domandati se la cessione di un credito, con riguardo al quale è stata vittoriosamente esperita azione revocatoria avverso un atto dispositivo posto in essere dal debitore, comporti, *ex se*, la cessione degli effetti favorevoli al creditore, scaturiti dall'ottenuta «revoca»<sup>(2)</sup> dell'atto pregiudizievole. La suprema Corte ha risposto in senso

---

(1) Ci si riferisce a Cass. 23 giugno 2022, n. 20315, in *Giur. it.* 2023, 1579 ss. con nota adesiva di F. Trifone, *Azione revocatoria ordinaria, cessione del credito e concorso del cessionario nell'esecuzione contro il terzo acquirente*.

(2) Pur in prospettiva molto diversa, E.F. Ricci, *Sulla natura dichiarativa della revocatoria fallimentare*, in questa *Rivista* 2000, 32, fa puntualmente notare che «non si vede perché la 'revoca' debba essere concepita come un atto, anziché come semplice effetto giuridico desunto da una fattispecie legale». Poiché condivido appieno il rilievo, si utilizzeranno i termini «revoca» o «revocazione», nel senso di designazioni riassuntive di effetti giuridici specifici – seppur variabili, in base all'atto rispetto al quale s'appunta l'iniziativa giudiziale – di una certa fattispecie (che, come verrà chiarito nel testo – *infra* n. 5 – nella ricostruzione da me preferita comprende la sentenza di «revoca», appunto).

positivo e ciò ha fatto in poche battute; una tale conclusione (definita persino «ovvia») la Corte ha affidato a ben sette argomenti, che nella loro stentorea formulazione conducono verso l'esito che sembra, così, inevitabile. Anche per la loro tetragona esposizione e per la nettezza con cui sono stati formulati, mi pare utile tratteggiare detti argomenti così da verificare – pur succintamente – se, davvero, gli stessi siano tanto stringenti da non consentire repliche o notazioni ulteriori. Insomma, per verificare se detti argomenti facciano calare una pietra tombale sulla questione – e su quelle, che poi meglio s'enucleeranno, ad essa strettamente connesse – oppure, come si crede per le ragioni che ci s'accinge a svolgere, siano piuttosto tali da costituire solo la parola d'inizio, la «prima voce», rispetto alla quale impostare un – auspicabilmente fecondo – dibattito. Come presto si noterà, dipoi, l'analisi di tali argomenti sarà ottimo mezzo per consentire una migliore messa a fuoco dei reali problemi che, in effetti, affollano il campo. Messa a fuoco indispensabile, come non si fatica a comprendere, per «separare il grano dal loglio» e così concentrare l'analisi su quanto appare strutturalmente rilevante, abbandonando i profili marcatamente marginali, quando non persino poco più che retorici. Ecco dunque, in sintesi massima, i sette argomenti da cui le brevi riflessioni che seguono prenderanno le mosse.

1) Siccome l'art. 2902 c.c. attribuisce al creditore il potere di promuovere l'azione esecutiva contro l'avente causa del debitore<sup>(3)</sup>, allora lo

---

<sup>(3)</sup> Il descritto effetto dell'accoglimento dell'azione revocatoria (detto *per incidens*: il più rilevante dal punto di vista pratico e l'unico espressamente regolato dal legislatore) è quello preso in considerazione dalla sentenza da cui si è mosso e, nel presente scritto, quello si terrà *primariamente* presente. Ciò non deve far velo al fatto che gli effetti della «revoca» dell'atto fraudolento sono *diversi* in funzione dell'atto «revocato», e cioè se esso è rappresentato: *i*) dalla concessione di una garanzia; *ii*) dalla costituzione di un'obbligazione; *iii*) dal pagamento di un debito non scaduto. Nel caso della *i*) concessione di una garanzia, alla «revoca» conseguirà l'irrelevanza, in favore del creditore procedente, della stessa, in sede di riparto del ricavato; nel caso della *ii*) costituzione di un'obbligazione, l'effetto sarà quello dell'irrelevanza del debito in sede di applicazione delle regole sulla *par condicio creditorum*; infine, nel caso del *iii*) pagamento di un debito non scaduto (se il debito fosse scaduto, infatti, l'atto non sarebbe «revocabile» ex art. 2901, comma 3°, c.c.), alla «revoca» conseguirebbe il potere di aggredire i beni del terzo creditore soddisfatto sino alla concorrenza di quanto («inopponibilmente» più che «ingiustamente») ricevuto. Cfr., già sotto il vecchio codice, V. Andrioli, *L'azione revocatoria*, Roma 1935, 49-52, 162, 163; con riguardo all'attuale: R. Nicolò, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale* (sub artt. 2900-2904), in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma 1953, 191; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, IV, *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano 1955, 182, 192, 193, 215; C. Consolo, *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa*, in questa *Rivista* 1998, 416, nt. 56, part. 417; M. De Cristofaro, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929-bis c.c.)*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2016, 433-435; I. Pagni, *La natura dell'azione revocatoria*,

stesso potere deve avere il cessionario del creditore medesimo, poiché «l'azione esecutiva, (...) non (è) concepibile sciss(a) dal credito ceduto»<sup>(4)</sup>;

2) l'art. 1263 c.c. dispone espressamente che insieme al credito vengono ceduti anche i privilegi che assistono detto credito;

---

in *Corriere giur.* 2021, 825, 829. Dati gli effetti elencati, la loro natura *processuale* (tale cioè da potersi apprezzare *solo* in relazione a un processo esecutivo), non pare discutibile (così già F. Carnelutti, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova 1927, 221 ss. ora anche nel volume *Diritto sostanziale e processo*, Milano 2006, 277-280, part. 279, donde la citazione; V. Andrioli, *op. cit.*, 47, 48, part. 49; cfr. pure C. Consolo, *Oscillazioni "operazionali" sul litisconsorzio necessario da incertezza sulle fattispecie rilevanti (che può riguardare anche l'azione revocatoria)*, in *Giur. it.* 2000, 2284; M. De Cristofaro, *op. cit.*, 433). Il caso del pagamento del debito non scaduto, a prima vista potrebbe apparire disomogeneo; tuttavia, l'impressione nasce dal fatto che il «diritto di credito» verso il terzo soddisfatto par essere un rapporto sostanziale, mentre, a ben guardare, esso è il mero riflesso logico del fatto che il bene sottratto al patrimonio del debitore è il denaro (o una prestazione esprimibile in un valore monetario) e, su detto denaro, dovrebbe potersi svolgere l'esecuzione del creditore. Tuttavia, a causa della fungibilità di tale bene, la «revoca» del pagamento non può che coincidere col potere esecutivo del creditore, esteso a tutti i beni del terzo, nei limiti dell'ammontare della somma ricevuta a estinzione del proprio credito. Nonostante l'omologia degli effetti descritti con quelli conseguenti allo stato debitorio, la situazione in parola non è assimilabile a quella in cui si troverebbe il creditore di un diverso (rispetto al credito con riguardo al quale si è agito in «revoca») diritto (indirettamente) restitutorio. Il fenomeno, dunque, resta pur sempre apprezzabile solo sul piano dell'esecuzione e consiste in un'estensione oggettiva dei beni (questa volta altrui) sottoponibili a esecuzione forzata, per la soddisfazione del (solo) credito originario verso il debitore. In dottrina, invece, si discorre spesso di vero e proprio debito restitutorio [cfr. V. Andrioli, *op. cit.*, 52; E.F. Ricci, *Sulla pretesa natura costitutiva della revocatoria fallimentare*, in questa *Rivista* 1973, 483, 485 [rispetto alla cui tesi, mi pare di poter dire che sebbene sia condivisibile il rilievo circa l'imprecisione del termine «inefficacia» del pagamento, non credo che per salvare il sostantivo sia lecito modificare il complemento di specificazione (*i.e.*: non più «inefficacia» «del pagamento» ma «del titolo del pagamento» – di tale rilievo mi pare si avveda lo stesso E.F. Ricci, *Sulla natura*, cit., 23, 24, 31, che così giunge schiettamente a dire che alle condizioni di legge sorge in capo alla curatela un credito da restituzione *tout court*), essendo a mio modo di vedere sufficiente ricostruire il fenomeno alla stessa stregua degli altri casi. Infatti il problema non è – tanto, né qui, né per le altre ipotesi – l'impugnazione di un certo atto (notazione consonante in C. Consolo, *Oscillazioni*, cit., 2284, ove si legge «oggetto del giudizio, non (è), come la lettera dell'art. 2901 c.c. indurrebbe a ritenere, l'inefficacia dell'atto revocabile»; ma v. Id., *La revocatoria*, cit., 409, nt. 38, part. 410, ove C. discorreva di «revocatoria ordinaria (che incide su atti nati sicuramente validi ed efficaci)» nonché M. Bove, *L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative*, in *Riv. esec. forzata* 2017, 297, nt. 46) bensì la creazione di *nuovi* effetti, che si manifestano solo sul piano del processo esecutivo, se necessari per rimuovere il pregiudizio, o la rimozione di quegli effetti prodotti dall'atto capaci di pregiudicare la soddisfacibilità, sempre e solo in via coattiva, del credito, creazione/rimozione che, riassuntivamente, la legge chiama «revoca»; mentre M. De Cristofaro, *op. cit.*, 435, parla di «statuizione condannatoria avente efficacia esecutiva» formula che pare restituire un concetto sovrapponibile a quello qui tratteggiato].

(4) Così Cass. 23 giugno 2022, n. 20315, cit., 1580.

3) tra i crediti privilegiati vi sono le spese di giustizia per atti conservativi (cfr. artt. 2755 e 2770 c.c.), sicché sarebbe «assurdo» immaginare che il credito per le spese lucrate grazie alla vittoria nel processo revocatorio sia assistito da privilegio, anche in favore del cessionario, e che lo stesso non possa dirsi con riguardo all'effetto «revocatorio», determinato dall'accoglimento della domanda giudiziale, in seno al processo che dette spese ha generato;

4) siccome del pignoramento eseguito dal cedente si giova pure il cessionario del credito, allo stesso modo deve dirsi per gli effetti scaturenti dalla «revoca» dell'atto fraudolento;

5) siccome l'azione revocatoria ha lo scopo di conservare la garanzia patrimoniale del creditore ed il cessionario non è men creditore del cedente, allora anche il cessionario può godere degli effetti della «revoca» dell'atto fraudolento;

6) se degli effetti della «revoca» dell'atto fraudolento non potesse avvantaggiarsi il cessionario, allora l'attività processuale compiuta dal cedente si rivelerebbe «inutile»;

7) un atto in frode del creditore non cessa di esser tale solo perché il credito venga ceduto.

2. – A un'analisi, per quanto celere, dei sopra riproposti argomenti, l'impressione suggestiva e convincente, che sembrava emergere dal loro assommarsi, mi pare però si dissolva abbastanza agevolmente, lasciando riemergere e nuovamente campeggiare il quesito da cui si è partiti, nella sua stimolante essenzialità: si trasferisce oppure no, insieme al credito, l'effetto conseguente alla «revoca» dell'atto fraudolento?

Invero, quanto al rilievo *sub* 1, mi sembra basti dire che non è dubbio che la «azione esecutiva» (*rectius*: il potere di instaurare il processo di espropriazione) non possa concepirsi scissa dal credito ceduto (*rectius*: non possa che competere a colui che risulta creditore in forza di un titolo esecutivo), tuttavia, il problema non è tanto quello di sapere se il cessionario potrà avvalersi del titolo esecutivo del cedente nel senso suo proprio di cui all'art. 2910, comma 1°, c.c. (cosa sicura, a mente dell'art. 475 c.p.c.), quanto se il cessionario potrà aggredire esecutivamente un bene che *non* è di proprietà del debitore. Ovvio infine pare la conclusione che il cedente, vincitore in revocatoria, non possa agire esecutivamente contro il terzo revocato, poiché, ormai, lo stesso non è *più* creditore; ma pure la giustizia di tale assunto, nulla dice rispetto alla soluzione del quesito. Sicché, parrebbe trovarsi innanzi a una petizione di principio, che attende (eventuale) dimostrazione.

Se si considera l'argomento *sub 2*, anche qui non si tarda ad avvedersi che il *thema demonstrandum* è proprio quello della supposta coincidenza tra l'effetto conseguente all'accoglimento della revocatoria e l'effetto proprio dei privilegi (i quali, per definizione, assistono il credito e prescindono – di regola – da qualsivoglia attività del singolo creditore). In assenza di tale dimostrazione (peraltro non agevole, considerando che sembrano convincenti gli argomenti di chi ha posto in evidenza come l'effetto revocatorio solo descrittivamente possa essere assimilato a quello che è proprio dell'ipoteca<sup>(5)</sup>) e, potrei aggiungere, a quello dei privilegi speciali che prendono effetto e grado dalla trascrizione, e ancora che, quanto al resto, in maniera più stringente, si fatica a comprendere l'omologia vagheggiata tra il privilegio e l'effetto revocatorio<sup>(6)</sup>), l'ipotesi sembra cadere insieme alle sue premesse.

L'argomento *sub 3* appare persino erroneo nella sua formulazione, giacché la cessione rispetto alla quale si pone il problema in analisi è quella del credito legittimante la proposizione dell'azione revocatoria e non certo quella del credito per le spese di giustizia maturate in conseguenza delle iniziative poste in essere per la sua conservazione. Detto ultimo credito, *in thesi*, sarebbe infatti sorto in seguito all'accoglimento della *pauliana* e, dunque, non è agevole comprendere lo «assurdo» che si verrebbe a determinare, nel concludere diversamente rispetto a come fa la Corte. Premesso<sup>(7)</sup> che dovrebbe essere dimostrato che il privilegio in discussione opera con riguardo al bene che sia stato trasferito con l'atto «revocato» e che, soprattutto, lo stesso operi nel caso della revocatoria (cosa di cui si dubita, giacché la stessa, come noto, non produce effetti «nell'interesse comune dei creditori», come richiesto dagli artt. 2755 e 2770 c.c.<sup>(8)</sup>), bensì nel solo interesse del creditore revocante<sup>(9)</sup>), resterebbe comunque diffi-

<sup>(5)</sup> C. Consolo, *Oscillazioni*, cit., 2284; M. De Cristofaro, *La prospettiva*, cit., 432, 433; M. Cirulli, *Profili processuali dell'azione revocatoria*, Pisa 2020, 33, 34; *contra* v. però A. Proto Pisani, *La tutela c.d. costitutiva*, in Id., *I diritti e le tutele*, Napoli 2008, 151, nt. 230.

<sup>(6)</sup> Se non forse per il caso – ma il concetto va allora assunto in modo ben poco rigoroso e assai descrittivo – di «revoca» dell'obbligazione (nel mero senso che andrebbe qui preferito il creditore revocante al creditore dell'obbligazione revocata, in sede di distribuzione del ricavato).

<sup>(7)</sup> In disparte la debolezza intrinseca (per non dire la mera rilevanza retorica) dell'argomento *ad absurdum*, il quale, in un sistema di diritto positivo e dal punto di vista logico-formale, appare davvero precario, giacché dalle premesse debbono logicamente e necessariamente trarsi le conseguenze, senza giudicare dall'apprezzamento di quelle, la bontà delle premesse stesse; le quali, in quanto tali, o si fondano su una dimostrazione (e dunque con quella ci si deve semmai confrontare) o si assumono come date (dunque, strutturalmente da accettarsi).

<sup>(8)</sup> Analoga considerazione viene svolta anche da F. Trifone, *Azione*, cit., 1585.

<sup>(9)</sup> Il rilievo è sostanzialmente pacifico: per tutti cfr. le citazioni di cui *infra* alla nt. 50.

cilmente comprensibile quale sarebbe la supposta «assurdità» denunciata. Infatti l'«assurdità» dovrebbe annidarsi nelle seguenti conseguenze giuridiche, necessariamente da trarsi, nell'argomentare della Corte, seguendo la tesi opposta a quella patrocinata dalla decisione: ceduto il credito A, il cessionario non potrebbe soddisfarsi sul bene del terzo, alienato dal debitore in frode; ceduto invece eventualmente<sup>(10)</sup> il credito B (che consiste nelle spese di conservazione del credito A, ma che rappresenta un secondo e diverso credito), il cessionario di detto credito potrebbe trovare soddisfazione sul bene alienato con l'atto in frode, e ciò però, si badi, in quanto il privilegio speciale su tale bene seguirebbe il credito privilegiato.

Non pare che una tale conseguenza (peraltro probabilmente errata sul piano della disciplina, per le ragioni già accennate) abbia qualcosa di assurdo in sé, semplicemente considerando lo speciale trattamento riservato in ambito esecutivo alle spese di giustizia *ex art. 2777 c.c.* nonché l'effetto della cessione del credito privilegiato sui privilegi che lo assistono, *ex art. 1263*, comma 1°, c.c.

L'argomento *sub 4* appare una petizione di principio, giacché proprio nulla escluderebbe che, mentre del pignoramento del cedente possa avvantaggiarsi il cessionario (argomentando in analogia alla norma di cui all'art. 475 c.p.c., fermi i dubbî che comunque potrebbero muoversi a riguardo<sup>(11)</sup>), degli effetti della revocatoria vinta dal cedente non possa

---

<sup>(10)</sup> Si dice «eventualmente», poiché sarebbe assai ragionevole l'immaginare che il cedente voglia trattenere in capo a sé il credito nato dall'attività da questi già svolta – e dunque relativo alle spese dallo stesso già sopportate.

<sup>(11)</sup> Dubbî invero superati in giurisprudenza, con un'evoluzione che, tuttavia, pare lungi dal potersi dire inappuntabile. Infatti, le (probabilmente scarse) cautele poste da Cass. 6 luglio 2001, n. 921, in *Foro it.* 2002, I, 813 ss., con nota di richiami – la quale, al fondo, poneva nella giusta luce come si fosse al cospetto, a rigore, non tanto di un caso di *successione* nell'iniziativa esecutiva già posta in essere dal creditore cedente (il caso in decisione concerneva un'esecuzione in forma specifica, ma il discorso fatto, può valere allo stesso modo per l'espropriazione), quanto, piuttosto, di un caso di esercizio di una (speciale) nuova iniziativa esecutiva a opera del cessionario (pur con accordate facilitazioni, non del tutto coerenti con le premesse, quale il potere di proseguire l'esecuzione a opera del cessionario, senza così dover rinunciare agli effetti di diritto processuale e sostanziale prodotti dagli atti già compiuti – in tal senso, ma con argomenti non davvero convincenti, A. Lorenzetto Peserico, *La successione nel processo esecutivo*, Padova 1983, 341, 369, 370) – sono venute del tutto meno nella più recente giurisprudenza [cfr., *ex multis*: Cass. 30 agosto 2018, n. 21395; Cass. 22 giugno 2017, n. 15622 (ord.)], che applica i principî di cui all'art. 111 c.p.c. a qualunque processo esecutivo (in senso analogo cfr. C. Mandrioli, *Legittimazione ad agire «in executivis» e successione nel credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1957, 1366, 1367, 1369; U. Romagnoli, *Considerazioni sulla successione a titolo particolare nel processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, 331, 332, ma R. mi pare in contraddizione con quanto affermato in *op. cit.*, 325, 326; L. De Propriis, *Successione nel diritto controverso, cessione del credito ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2023, 484; *contra*, nella

di converso avvantaggiarsi il cessionario. Dopo tutto, si fatica a ravvisare davvero l'omologia immaginata tra pignoramento e revocatoria, giacché è indiscusso che l'effetto nascente dall'accoglimento della *pauliana* attribuisca il *potere* di attuare l'aggressione espropriativa su un certo bene di proprietà di terzi, ma è altrettanto indiscusso che la proposizione di detta domanda giudiziale non comporti affatto il pignoramento del diritto sul bene fraudolentemente alienato. È infatti sicuro che il momento espro-

---

sostanza, M. Vellani, *Sull'esercizio dell'azione esecutiva in caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 1039, 1044; S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano 1959, 421, ma v. Id., *Commentario*, III, Milano 1965, 95; S. La China, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano 1970, 361; A. Lorenzetto Peserico, *op. cit.*, 326, 332). Infatti, una cosa è dire che l'efficacia esecutiva si produce in favore del cessionario del credito assistito dal titolo esecutivo (art. 475 c.p.c.), altra è dire che il processo esecutivo prosegue, *tout court*, tra le parti originarie e, se intervenuto, in favore del cessionario del credito. Mi sembra infatti evidente che, ceduto il credito e fatta valere la cessione come fatto estintivo del credito medesimo da parte dell'esecutato, sia bene – e non mi pare vi siano schiacciati argomenti di diritto positivo in contrario – che l'esecuzione non possa proseguire «tra le parti originarie» (e per la soddisfazione della originaria pretesa esecutiva), per la semplice ragione che il precedente non è più creditore, in forza di fatto sopravvenuto, e che il processo esecutivo incide direttamente sulla realtà materiale, a differenza del processo dichiarativo, il quale può ovviare ogni problema attraverso la scelta tra la relatività degli effetti dell'accertamento ovvero la loro estensione (un cenno in questa direzione sembra rinvenirsi in S. Satta, *Commentario*, III, cit., 95 nonché in S. La China, *op. loc. cit.*). Concludere diversamente, come, al fondo, fa la giurisprudenza in discorso – anche se forse senza appieno avvedersene – equivale a dire che il non *più* creditore, in sede esecutiva, potrebbe comunque ottenere l'attribuzione del ricavato, senza che l'esecutato possa efficacemente esperire un rimedio (giacché *iure* proseguirebbe il processo – diversamente, dovrebbe essere ammesso a farlo, per inesistenza attuale in capo all'esecutante del diritto per la cui tutela si procede a esecuzione forzata, cfr. le notazioni di A. Lorenzetto Peserico, *op. cit.*, 35-37 e la per me non del tutto coerente posizione di C. Mandrioli, *op. cit.*, 1360) e senza però pure che ciò possa impedire al cessionario d'instaurare un nuovo processo esecutivo contro lo stesso debitore, per ottenere soddisfazione al medesimo credito (conclusione questa certamente «assurda» – così A. Lorenzetto Peserico, *op. cit.*, 327 – nondimeno necessitata dalle premesse, giacché troppo – e senza alcun sicuro appiglio normativo – sarebbe il sostenere che il cessionario, in altro processo esecutivo, non possa avvalersi dell'efficacia del titolo esecutivo originariamente in favore del proprio dante causa, per ottenere soddisfazione al credito nel quale è succeduto – cfr., appunto, l'art. 475 c.p.c. – così ritiene invece L. De Propriis, *op. cit.*, 480 ss., 503). L'ultima evidenziata conclusione sarebbe forse meno accettabile a cuor leggero, ma la giurisprudenza in parola di regola risolve il solo in apparenza diverso caso degli effetti sul processo esecutivo della cessione del credito, laddove il cessionario effettivamente *intervenga* in detto processo e, dunque, non si trova a fare i conti con i problemi appena sollevati. Ciò non deve far velo al fatto che, tuttavia, anche l'ipotesi sopra esposta altro non sarebbe se non una conseguenza dell'estensione al processo esecutivo del principio di cui all'art. 111 c.p.c. (cfr. le notazioni di A. Lorenzetto Peserico, *op. cit.*, 326, 327), che, se applicabile, dovrebbe operare sempre, e cioè anche quando l'intervento del cessionario faccia difetto.

priativo sia del tutto eventuale e distinto rispetto al momento dichiarativo-revocatorio, ancorché il secondo sia certamente *funzionale* al primo.

La «dimostrazione» *sub* 5, per come esposta, sembrerebbe rappresentare, una volta ancora, null'altro rispetto a una petizione di principio, infatti, quanto affermato come «spiegazione», è semplicemente ciò che deve piuttosto essere dimostrato. Se però si volesse leggere nella stentorea affermazione qualcosa di più (e di diverso) rispetto a quanto effettivamente veicolato dal testo, si arriverebbero a toccare due punti non irrilevanti del discorso, sui quali in seguito sarà necessario spendere qualche parola, e cioè quello del rapporto esistente tra azione revocatoria e responsabilità patrimoniale, nonché quello del rapporto tra responsabilità patrimoniale e obbligazione. Infatti, diversa dovrebbe essere la replica, se dalle affermazioni che si discutono volesse trarsi il ben diverso argomento, così sintetizzabile nei suoi momenti essenziali: l'azione revocatoria costituisce un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale; la garanzia patrimoniale rappresenta un elemento essenziale, strutturale, dell'obbligazione; sicché, ceduto il credito in cui consiste l'obbligazione, lo stesso dovrebbe essere conformato, quanto al contenuto della «propria» garanzia patrimoniale, agli effetti che si sono prodotti col vittorioso esperimento dell'azione revocatoria medesima<sup>(12)</sup>. Per una discussione di questi profili, come accennato, si rinvia però *infra* al n. 4.

L'affermazione *sub* 6, ancorché indubitabilmente vera, non aiuta in alcun modo la dimostrazione, che invece si cerca di fornire: che l'attività processuale svolta dal cedente sia stata «utile» o «inutile» al cessionario, non mi sembra consenta di trarre una qualche conseguenza rispetto al problema dell'estensione degli effetti che si possono conseguire a mezzo dell'attività processuale in discorso. Un tale argomento, in fondo, non suona troppo dissimile dall'affermare che l'effetto revocatorio non si sarebbe invero prodotto, sol perché il creditore non ha poi pignorato il diritto oggetto della fraudolenta alienazione (essendo stata, così, «inutile» l'attività processuale compiuta) o che la sentenza di condanna non sarebbe

---

(12) Un tale argomentare si può invece espressamente rinvenire in Cass. 23 febbraio 2023, n. 5649 e, segnatamente, in due suoi passaggi, quando la stessa afferma, al § 7, che: «la cessione del credito realizza un fenomeno di successione *nel diritto legittimante* all'azione revocatoria, dalla sostanza e dagli effetti *del tutto analoghi* a quelli che ha ogni ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso»; «più precisamente si controverte su una facoltà *che costituisce contenuto proprio del diritto di credito*, quella cioè di potersi soddisfare su un determinato bene presente nel patrimonio del debitore» (si tralasci la svista, qui non interessante, per cui, semmai, la facoltà è quella di soddisfarsi su un bene che *non è più* (ma è stato) nel patrimonio del debitore) (corsivi aggiunti). Sulla medesima pronuncia v. pure *infra* nt. 18.

un titolo esecutivo, poiché non si sono suo tramite pignorati i beni del debitore, e via seguitando.

Analogo discorso, da ultimo, sembra potersi svolgere rispetto all'argomento *sub* 7, atteso che il rilievo ivi recato è certamente vero, ma incapace di dare una risposta al quesito che viene posto. Salvo assumere, con costruzione che non pare corrispondente al dato positivo (su cui *infra* n. 5), che in verità non esisterebbe un «effetto» revocatorio in senso proprio (*i.e.*: un effetto che si produce *solo* in seguito al favorevole esperimento dell'azione revocatoria, come pare sostenere la sostanzialmente pacifica giurisprudenza di legittimità<sup>(13)</sup>, cui certamente la sentenza non fornisce cenni in grado di lasciare anche solo intuire di volersene discostare), ma che, semplicemente, l'atto fraudolento sarebbe, *ex se*, improduttivo di effetti pregiudizievoli per i creditori e che, dunque, sempre sarebbe consentita l'aggressione esecutiva sul diritto oggetto dell'atto, a opera di chi vanta un titolo esecutivo contro l'alienante in frode. Ma se non si accede a questa ricostruzione – come sembra assai arduo fare – il rilievo per cui un atto in frode del debitore resta tale, anche se il creditore cede il credito, diventa improduttivo di conseguenze sul piano degli effetti giuridici, risultando in nessun modo lambita la questione giuridica rispetto alla quale si dibatte, che concerne piuttosto l'estensione soggettiva dell'effetto prodotto dal fruttuoso esperimento dell'*actio pauliana* (in mancanza del cui esercizio non sorgerebbe discussione alcuna) a prescindere da quali siano le condizioni fattuali, che detto effetto hanno cospirato a produrre.

Oltre ai sette argomenti ripercorsi, la sentenza che dà spunto alle presenti riflessioni, afferma pure che i medesimi principî dalla stessa propugnati sarebbero già stati affermati da precedente giurisprudenza<sup>(14)</sup>. Ma, anche sotto questo profilo, bisogna rilevare come ciò non sia corretto, poiché la decisione menzionata a supporto, si occupa del completamente

---

<sup>(13)</sup> Si v., per tutte, con ampio riguardo alla revocatoria concorsuale, ma con riferimenti anche a quella ordinaria, le decisive sentenze: Cass., sez. un., 13 giugno 1996, n. 5443, in *Corriere giur.* 1996, 1017 ss., con nota di Gio. Tarzia, *La natura costitutiva della revocatoria fallimentare dei pagamenti*; Cass., sez. un., 23 novembre 2018, n. 30416, in *Fall.* 2019, 321 ss., con nota di F. De Santis, *Le sezioni unite sulle azioni revocatorie promosse nei confronti della liquidazione giudiziale: declinazioni sistematiche e profili operativi*; oltre a Cass., sez. un., 24 giugno 2020, n. 12476, in questa *Rivista* 2020, 1673 ss., con nota di M. Fabiani, *La revocatoria tra fallimenti: la «messa a punto» delle Sezioni unite bis*, nonché in *Giur. comm.* 2021, II, 61 ss., con nota di M. Montanari, *La ridefinita posizione delle Sezioni Unite in tema di revocatoria contro il fallimento del terzo acquirente*. Esclusivamente in materia di revocatoria ordinaria, cfr. le assai meno diffuse: Cass. 24 agosto 2016, n. 17311; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3379.

<sup>(14)</sup> Ci si riferisce a Cass. 14 marzo 2018, n. 6130 (ord.); cfr. Cass. 23 giugno 2022, n. 20315, cit., 1581

diverso problema dell'ammissibilità dell'intervento in appello del cessionario (peraltro *ante causam*) del credito, con riguardo al quale è stata introdotta la domanda revocatoria in primo grado. In disparte, in primo luogo, le critiche certamente da muoversi a detta decisione, giacché la stessa, nell'ammettere l'intervento del cessionario in appello, in realtà ciò ha fatto proprio per «salvare» la domanda iniziale, inevitabilmente destinata al rigetto in merito, atteso che l'attore in prime cure, già al momento della proposizione della domanda, non era titolare del diritto legittimante l'azione revocatoria. A prescindere, dunque, dal contesto empirico che ha determinato la decisione (dunque tecnicamente errata, ma comprensibile – anche se non accettabile – sul piano della «giustizia del caso concreto»), va ulteriormente rilevato che l'aver ammesso l'intervento del cessionario, argomentandolo sulla base del suo supposto «interesse ad agire» *ex art. 100 c.p.c.*, a tutto voler concedere, starebbe a significare che, in mancanza d'intervento, gli effetti della revocatoria non si sarebbero prodotti (anche) in suo favore. Ciò si dice poiché se davvero le cose stessero come sostiene la Cassazione, non vi sarebbe alcuna necessità d'intervento, in quanto, semplicemente, l'effetto revocatorio si produrrebbe – anche – in capo al cessionario, sicché alcun interesse concreto e attuale «non conseguibile se non con l'intervento del giudice» potrebbe predicarsi. A rigore, semmai, si potrebbero trarre premesse per giungere a una conclusione opposta a quella propugnata dalla sentenza con cui ci si sta confrontando, proprio a partire dall'altra pronuncia menzionata nella sua motivazione<sup>(15)</sup> – invece sommariamente liquidata in poche, rapide righe. La ricordata pronuncia del 2017 ha affermato, invero in modo coerente con le condivise premesse giurisprudenziali circa la qualificazione in termini costitutivi della sentenza revocatoria<sup>(16)</sup>, che non si è in presenza di un'ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso (e che dunque non è da ammettersi l'intervento del cessionario *ex art. 111, comma 3°, c.p.c.*), laddove – questa volta, correttamente, lite pendente – il credito legittimante la proposizione della *paulliana* venga ceduto, giacché oggetto del processo è il «(diritto) all'inefficacia dell'atto» (*rectius*: il potere di fare *dover* porre, a mezzo della sentenza, l'effetto revocatorio) e non il diritto di credito.

Rispetto a tale tesi, davvero poco vale dire (quanto in effetti vero) che la decisione da ultimo ricordata ha accettato i principî affermati in conte-

---

<sup>(15)</sup> Ci si riferisce a Cass. 12 dicembre 2017, n. 29637 (ord.); cfr. Cass. 23 giugno 2022, n. 20315, cit., 1581

<sup>(16)</sup> V. le pronunce ricordate *retro* nt. 13.

sto giurisprudenziale completamente diverso<sup>(17)</sup>, poiché il fulcro del ragionamento (rispetto al quale è necessaria un'attenta analisi) sta, in primo luogo, nella valutazione circa la correttezza dell'assunto per cui oggetto del processo revocatorio sarebbe il «potere revocatorio» e non il «diritto di credito»<sup>(18)</sup>.

Nonostante la lunga trafila di tentate argomentazioni, quindi, come già sopra si è accennato, la sensazione che si trae appare proprio quella di ritrovarsi al punto di partenza, nella ricerca di una risposta al quesito da cui si sono prese le mosse. L'analisi critica condotta, il confronto con gli argomenti spesi dalla Cassazione nella sua sentenza del 2022 ed in altre, precedenti e successive, dalla stessa, in qualche modo, convocate, tuttavia, non sembrano essere stati privi di utilità. Al contrario, gli stessi hanno consentito di evidenziare come il dibattito auspicato, invece di limitarsi al solo problema affrontato dalla sentenza menzionata in apertura, della «trasferibilità» al cessionario, insieme al credito, degli effetti della «revoca», già lucrati dal creditore cedente, si debba opportunamente estendere

---

(17) Segnatamente quello di cui Cass. 4 dicembre 2014, n. 25660 rappresenta uno degli epiloghi.

(18) Di questo profilo, molto opportunamente, si fa carico la già menzionata Cass. 23 febbraio 2023, n. 5649, la quale aderisce alla soluzione data dalla sentenza da cui queste notazioni traggono spunto (riprendendone in modo quasi testuale la trafila di argomenti), ma si attarda pure in una più attenta analisi del problema discusso nel testo. Va anche detto che le considerazioni svolte, di per sé, non sono convincenti, giacché tendenzialmente sono fondate sull'equivoco nascente dalla confusione tra oggetto del processo e fattispecie costitutiva della situazione soggettiva ivi dedotta (cfr., a mo' d'esempio, le seguenti affermazioni di cui al § 7: «chi agisce in revocatoria *non fa valere un diritto diverso* dal diritto di credito ma propone un'azione a tutela dello stesso»; «quando, dunque, si controverte sul fondamento e l'accogliibilità dell'azione revocatoria *si controverte pur sempre sul credito affermato*; ciò certo, non già ai fini di una tutela di accertamento o di condanna (il che esclude, come detto, la rilevanza di un pregiudiziale accertamento dell'esistenza (...) del credito stesso)» corsivi aggiunti. Sembrerebbe che analoga commistione di piani si rinvenga nella posizione espressa da L. De Propriis, *Successione*, cit., 714, il quale non casualmente, si crede, ammette per l'ipotesi della cessione del credito legittimante, rispetto all'azione revocatoria, l'applicazione dell'art. 111 c.p.c. e, così, l'intervento del cessionario a mente del suo comma 3° – *op. ult. cit.*, 713). Sicché, le notazioni qui ritrascritte, unite a quelle menzionate *retro* alla nt. 12, evocano due asserzioni che avvicinano il fuoco su questioni di momento assai maggiore rispetto a quelle accennate nell'epitologo: la *prima*, assumendo che la cessione del credito (il quale è elemento della fattispecie costitutiva del potere «revocatorio» a esercizio giudiziale) importi anche la successione nel (medesimo) potere (in verità, il *thema è demonstrandum*, giacché è sicuro che il cessionario avrà il «potere» di agire in revocatoria, ma non si può automaticamente affermare che il potere che sussiste in capo a quest'ultimo sia il «medesimo» che *sussisteva* in capo al dante causa del credito e non piuttosto che sia uno *nuovo* e diverso, sorto solo con l'acquisizione della titolarità del credito ceduto – su cui cfr. *infra* n. 6); la *seconda*, , appuntandosi, al fondo, sulla struttura dell'obbligazione avente a oggetto un diritto di credito e affermando che ne è elemento essenziale il potere di aggressione esecutiva sui beni del debitore (su cui cfr. *infra* n. 4).

ad altri profili prossimi, quale quello, più generale, degli effetti della cessione del credito legittimante, nei rispetti del processo in cui è stata esercitata l'azione revocatoria. Inoltre, è stato altresì possibile meglio porre a fuoco gli effettivi termini del dibattito nonché enucleare i plurimi profili problematici (d'interesse dogmatico-sistematico, più che strettamente esegetico), così da fornire spunti meritevoli d'approfondimento, forse persino in grado di gettare nuova luce sul tema complessivo e di condurre a una sua plausibile soluzione.

3. – Alla luce delle suggestioni emerse con l'analisi critica degli argomenti adottati (e persino di quelli *non* adottati, quanto meno espressamente) dalla sentenza che ha stimolato la presente riflessione, è emerso come momenti decisivi da affrontare paiano essere dunque: quello dell'individuazione dell'oggetto del processo «revocatorio»; quello della determinazione degli effetti della cessione del credito sulla titolarità del potere «revocatorio» accordato al creditore; quello del rapporto tra potere «revocatorio» e responsabilità patrimoniale, nel contesto della struttura del credito obbligatorio. Per avvicinare la soluzione ai tre quesiti (strumentali) sopra posti, pare opportuno affrontare gli stessi partendo dall'ultimo, per poi sciogliere il nodo relativo al primo e, quasi a guisa di corollario, affrontare il secondo. Inutile dire che la gravità dei temi che si devono necessariamente toccare, allo scopo di fornire alcune proposte ricostruttive, sconta la diffusione consentita dalla presente sede, la quale obbligherà a una relativa semplificazione dei termini del discorso, pur nell'intento di non omettere gli elementi essenziali del ragionamento.

4. – Non volendo nemmeno tentare d'inserirmi nell'inesausto e secolare dibattito sulla struttura dell'obbligazione e sulla posizione rivestita, in detta struttura, dalla c.d. «responsabilità patrimoniale», chiarisco subito che a dispetto di tante qualificazioni descrittive (che spesso complicano il discorso e non raramente intorbidiscono le acque), credo sia fuori discussione la constatazione per cui – a livello formale, in seno al nostro ordinamento positivo – quanto meno con riguardo alle obbligazioni che hanno a oggetto <sup>(19)</sup> la prestazione di pagare una somma di denaro, laddove detta prestazione non sia spontaneamente adempiuta, sorga in capo al creditore il potere di espropriare, nelle forme di legge, i (diritti sui) beni del debitore, al fine di ottenere il surrogato di quanto dovuto. Surrogato rappre-

---

<sup>(19)</sup> In via originaria ovvero «derivata», in seguito al mancato spontaneo adempimento dell'obbligo primitivo di contenuto diverso, sia esso solo tardivo o sia esso definitivo.

sentato, di regola, dalla distribuzione giudiziale del denaro ricavato dall'espropriazione, e che, nell'esito materiale, risulta essere perfettamente coincidente col contenuto dell'obbligazione inadempita<sup>(20)</sup>.

Ferve la discussione<sup>(21)</sup> – semplificando un poco – per comprendere se sia «obbligazione» la più semplice struttura giuridica che pone in relazione l'interesse del creditore a ottenere la prestazione, con il dovere del debitore di prestarla, ovvero se sia «obbligazione» la più complessa struttura giuridica, al ricorrere della quale, sempre al mancato adempimento spontaneo del dovere debitorio, scaturisca l'effetto giuridico costituito dalla soggezione del debitore medesimo all'espropriazione (*rectius*: dal porsi del potere del creditore di aggressione esecutiva), la quale soggezione, all'evidenza, è qualcosa di *diverso* rispetto alla situazione di dovere in cui si trova il debitore, prima dell'inadempimento (*rectius*: il quale potere è qualcosa di diverso rispetto alla situazione giuridica in cui si trova il creditore, prima dell'inadempimento). Ciò ancorché l'adempimento spontaneo e l'esecuzione forzata siano allo stesso modo funzionalmente proiettati alla soddisfazione del medesimo interesse creditorio dedotto nell'obbligazione, sicché entrambi importano l'estinzione del vincolo.

L'adozione dell'una ovvero dell'altra prospettiva, tuttavia, non mi sembra cambi la soluzione da darsi al problema qui in analisi. *Nulla quaestio*, mi pare, se si aderisse alla ricostruzione per cui la «responsabilità patrimoniale» sarebbe *altro* rispetto alla «obbligazione». Tuttavia, mi pare pure che anche ritenendo come la struttura giuridica della «obbligazione» sia necessariamente integrata dalla «responsabilità patrimoniale» (e che dunque *non* sia un'obbligazione in senso tecnico, quella situazione soggettiva rappresentata dal solo momento in cui il creditore ed il debitore si fron-

---

<sup>(20)</sup> Non appare così per nulla sorprendente l'affermazione di chi (G. Monteleone, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.* 1977, I, 67, 73, nt. 9, part. 74 fa acutamente notare – certo non senza un pizzico di provocazione – come, al fondo, l'esecuzione per espropriazione costituisca la più perfetta forma di esecuzione in forma specifica che l'ordinamento conosca, giacché la stessa riesce, *invito debitore*, a far ottenere al creditore un'utilità coincidente con quella di cui egli avrebbe goduto, in caso di spontaneo adempimento ad opera del debitore. In termini v. già S. Satta, *Commentario*, III, cit., 13, nonché V. Confortini, *Primato del credito*, Napoli 2020, 12.

<sup>(21)</sup> Il riferimento necessario, per l'impostazione del discorso nelle sue linee essenziale, va alla classica disputa tra E. Betti (*Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920) e F. Carnelutti (*Diritto*, cit., 221 ss.), oggi raccolta nel volume *Diritto sostanziale e processo*, cit., ove, in tema, v. pure la densa *Presentazione* di N. Irti, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, *ivi*, V ss. Cfr. pure, di recente, C. Castronovo, *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *La responsabilità patrimoniale "sostenibile"*, a cura di A. Albanese, M. Franzoni, E. Gabrielli, G. Grisi, L. Nivarra, Torino 2023, 378-384.

teggiano idealmente, nell'aspettativa che il debitore, con la sua opera, adempia quanto dovuto nell'interesse del creditore), si tratterebbe comunque di precisare in *cosa* consista detta «responsabilità patrimoniale» e quali siano gli strumenti forniti dall'ordinamento, per far sì che il creditore, ancor prima dell'inadempimento (ma anche dopo, *ça va sans dire*), conservi una tale garanzia<sup>(22)</sup>. Infatti, ancorché sia sicuro che la «responsabilità patrimoniale» consista descrittivamente nella situazione per cui il debitore, in caso di mancato spontaneo adempimento, potrà dover rispondere con i *propri* beni presenti e futuri, è altrettanto certo che, di per sé, l'aver contratto un'obbligazione, dal lato passivo non importa una vera e propria indisponibilità dei diritti sui propri beni, non essendovene traccia nell'ordinamento (v. *infra* n. 5). Il quale, all'art. 2910, comma 1°, c.c., stabilisce chiaramente che l'espropriazione può avvenire sui soli beni che, al momento dell'iniziativa esecutiva (e non al momento in cui è sorto il credito), si trovano nel patrimonio del debitore, mentre per espropriare beni che si trovano nel patrimonio di terzi, il medesimo articolo, al comma 2°, richiede che gli stessi siano stati concessi in garanzia o siano stati oggetto di un atto revocato *ex art.* 2901 c.c. Da ciò, a mio modo di vedere, si trae che, pur adottando la tesi della strutturale necessità della «responsabilità patrimoniale», in caso di mancata cooperazione del debitore, i limiti entro cui l'esecuzione coattiva sia davvero possibile devono comunque essere ricostruiti non in modo astratto, bensì sulla base del dato positivo<sup>(23)</sup>.

Il quesito che ha stimolato le presenti riflessioni, dunque, continua a campeggiare al centro della scena, pur ritenendo, *in thesi*, il potere di aggredire i diritti su beni costituenti il patrimonio del debitore un elemen-

---

(22) Sembra contrario a questa impostazione, vedendo un'implicazione insuperabile tra l'adozione di una certa premessa rispetto alla struttura dell'obbligazione e l'estensione degli effetti utili della revocatoria al cessionario, L. De Propris, *Successione*, cit., 711.

(23) In questo senso, mi sembra stimolante la prospettiva di V. Confortini, *Primato*, cit., 120, 123, 126, la quale, sulla scia di E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano 1953, 150 e nt. 47, assai acutamente pone in rilievo come il collegamento strutturale tra obbligazione e responsabilità patrimoniale (per chi vi crede), si arresti al punto per cui è (già) «responsabilità patrimoniale» la «idoneità all'esecuzione forzata» (*op. cit.*, 123, 126), altro essendo il «modo in cui quest'ultima è realizzata». Se si condivide questo rilievo, è agevole dedurre come l'esecuzione forzata (e dunque i beni sui quali essa si esplica nonché i modi della stessa), in ogni caso si trovino «al di fuori» della struttura dell'obbligazione e si atteggino, secondo quanto previsto dall'ordinamento, in modo da questa indipendente. Il che mi sembra dimostri, una volta di più, come qualunque teoria dei rapporti tra obbligazione e responsabilità patrimoniale si ritenga corretta, in ogni caso mai si crei un vincolo inscindibile tra obbligazione in sé (e dunque statuto del titolare del credito, per quanto qui interessa) e contenuti, modi, forme dell'esecuzione forzata (invece certamente interessati dal prodursi dell'effetto di «revoca»).

to strutturale indefettibile dell'obbligazione. Resta infatti da chiedersi, sulla base del diritto positivo e non in relazione a una nozione di «responsabilità patrimoniale» *a priori* (la quale, in quanto concetto giuridico, non esiste *in rerum natura*): il lucrato effetto revocatorio giova o non giova al cessionario del credito, con riguardo al quale la *pauliana* è stata vittoriosamente esperita? Entro cioè quale latitudine soggettiva si produce il c.d. effetto di «revoca», giacché il concetto descrittivo-riassuntivo di «responsabilità patrimoniale» è delimitato dalla nozione positiva di «potere» e di «effetto» revocatori, e non viceversa.

5. – Dunque è necessario procedere oltre, e, credo, ciò si debba fare meglio analizzando il contenuto di quel mezzo di «conservazione della garanzia patrimoniale» di cui ci si sta occupando, sì da comprendere in che cosa formalmente esso consista, al di là delle declamazioni di principio e delle locuzioni descrittive. L'art. 2901 c.c., al ricorrere delle condizioni descritte al suo comma 1°, attribuisce al creditore il potere di adire il giudice, per un *tempo* pari a cinque anni dal momento in cui l'atto in frode è stato posto in essere<sup>(24)</sup>, affinché allo stesso giudice si ponga il dovere di pronunciare una sentenza, per effetto della quale, in capo al creditore (se si tratta di atto di alienazione del diritto su un bene<sup>(25)</sup>), sorge il potere di aggredire esecutivamente un cespite attivo che non

---

(24) Credo sia opportuno rammentare l'idea – da me condivisa – per cui la «prescrizione» di un «potere» integra, più correttamente, un'ipotesi di «decadenza», la quale può essere esclusa solo dal legittimo esercizio del potere medesimo, su cui cfr. C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio della domanda. I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 215 ss.; oltre a Id., *La revocatoria*, cit., 409-411, part. nt. 39; nonché F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino s.d. ma 1956, 221, part. nt. 48, per il quale la decadenza si risolve: «nell'avverarsi della situazione per cui a partire da un determinato istante diviene impossibile l'integrazione della fattispecie normativa del comportamento che costituisce il termine obiettivo della situazione. In altri termini si tratta di una fattispecie tra i cui estremi figura il *quando*» (corsivo nell'originale). Cfr. pure R. Muroli, *L'azione ex art. 2932 c.c.*, Napoli 2018, 148, 149 e nt. 142 nonché le generali notazioni di V. Tavormina, *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli 2003, 16 nt. 30.

(25) Come già si è accennato (su cui *amplius v. retro* nt. 3), quello descritto dall'art. 2902 c.c. è l'effetto dell'accoglimento della domanda revocatoria per il caso in cui l'atto «revocato» sia un atto di alienazione di un cespite attivo – condotta in frode statisticamente più ricorrente e quella, dunque, di maggiore importanza pratica – mentre nulla la legge dispone con riguardo agli effetti dell'accoglimento della «revocatoria» di atti diversi dall'alienazione. Così, detti effetti dovranno essere ricostruiti nel rispetto delle coordinate sistematiche che assistono l'istituto in parola, il quale deve condurre alla produzione esclusiva di quegli effetti incidenti sul processo esecutivo (*i.e.*: processuali) (e non di effetti ulteriori, altrimenti inutilmente pregiudizievoli delle posizioni giuridiche di soggetti estranei al rapporto obbligatorio) che siano *indispensabili* per evitare che la soddisfazione in via coattiva del credito sia impedita dall'atto in frode.

appartiene *più* al patrimonio del debitore (art. 2902 c.c.); e ciò ancorché la legge chiarisca che nonostante la pronuncia del provvedimento c.d. di «revoca», il bene alienato resti di proprietà del terzo acquirente e non ritorni affatto nel patrimonio del debitore. Siamo innanzi, insomma, a un effetto squisitamente processuale, apprezzabile infatti solo sul piano del processo di espropriazione<sup>(26)</sup>. Credo, per vero, attese le premesse testé esposte, che la forma di tutela dichiarativa cui accede l'azione revocatoria sia quella costitutiva<sup>(27)</sup> (e che quindi la situazione soggettiva posta a oggetto del processo sia proprio *quel* potere a esercizio giudiziale capace di far sorgere in capo al giudice il dovere di emettere un provvedimento recante determinati effetti – processuali, nel caso – previsti dalla legge). E ciò credo, primariamente – ed in via assorbente – per una ragione: poiché mi pare che sia fuori discussione che la produzione dell'effetto «revocatorio» (qualunque esso sia, di volta in volta in funzione dell'atto «imputato») si dia solo in caso di pronuncia<sup>(28)</sup> di sentenza che pone detto effetto<sup>(29)</sup> e che, senza la pronuncia della sentenza c.d. di «revoca», l'ef-

<sup>(26)</sup> Il rinvio, per più puntuali esemplificazioni e ragguagli, è ancora alla nt. 3.

<sup>(27)</sup> Sulla natura costitutiva dell'azione revocatoria, in giurisprudenza, cfr. nt. 13, in dottrina, v. già E. Betti, *Teoria*, IV, cit., 193, 209, 210; U. Romagnoli, *Considerazioni*, cit., 334; C. Consolo, *La revocatoria*, cit., 407, ove si precisa: «intendendo qui per diritto controverso, (...) l'accertamento del potere di (attivazione giudiziaria della) revoca», nonché 409, nt. 38, part. 410, 416, 425; Id., *Oscillazioni "operazionali"*, cit., 2283, 2284; M. De Cristofaro, *La prospettiva*, cit., 432; M. Cirulli, *Profili*, cit., 26 ss., v. pure, A. Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968, 130, 131, 146, 148, nonché, poi, la parzialmente diversa prospettiva assunta in Id., *La tutela*, cit., 151, nt. 230, 152. *Contra*, nel senso della natura dichiarativa, ancorché con estrema varietà di *nuances*, cfr. A. Cicu, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano 1948, 31, 35 ss.; R. Nicolò, *Dei mezzi*, cit., 195; I. Pagni, *La natura*, cit., 827 ss. Necessario osservare che non si aderisce a quelle tesi per cui oggetto del processo costitutivo non sarebbe il potere a esercizio giudiziale, bensì la situazione soggettiva finale, per come incisa dal suo esercizio, su cui cfr., per tutti, A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino 1980, 158 ss.; S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, 185 ss.

<sup>(28)</sup> Mi pare in proposito inequivoco il dato testuale emergente dalla disposizione dell'art. 2902, comma 1°, c.c., la quale si perita di chiarire che solo una volta «ottenuta la dichiarazione di inefficacia» (corsivo aggiunto), il creditore potrà avvalersi degli effetti di «revoca» (*rectius*: gli stessi si produrranno) (v. le considerazioni alla nt. 2). Cfr. pure la disposizione dell'art. 2929-*bis*, comma 1°, c.c., ove si precisa che il potere di aggressione esecutiva, a certe condizioni, sussiste: «ancorché (il creditore) non abbia *preventivamente* ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia» (corsivo aggiunto).

<sup>(29)</sup> Lascio volutamente in disparte il diverso problema del momento di produzione dell'effetto «revocatorio», che ha nella sua fattispecie costitutiva la pronuncia della sentenza del giudice, giacché la soluzione del problema, complesso dal punto di vista dogmatico, non influisce affatto sull'economia delle presenti riflessioni. Questo anche perché la disciplina dell'opponibilità degli atti trascritti risponde a ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi, molto spesso a prescindere dalle conseguenze che, sul piano della teoria generale, dovreb-

fetto «revocatorio» non si produca. Sicché, nel caso più comune di revocatoria, senza provvedimento favorevole non si potrebbe agire esecutivamente sul bene che appartiene al patrimonio di un terzo (non debitore dell'agente). Volendo formalizzare il discorso, per uscire dalle secche e dalle ambiguità di formulazioni più discorsive: la fattispecie costitutiva dell'effetto (processuale) «revocatorio» (qualunque, di volta in volta, esso sia) comprende tra i suoi elementi la sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria<sup>(30)</sup>. Esempificando: non si potrà pignorare il bene (ormai) del terzo, se non dopo – forse persino il passaggio in giudicato<sup>(31)</sup>, ma di certo – la pronuncia della sentenza di «revoca»<sup>(32)</sup>; non si potrà escludere

---

bero trarsi in applicazione del principio *resoluto iure dantis* e dalla natura della sentenza che conclude il processo (sul tema in generale cfr. A. Proto Pisani, *La trascrizione*, cit., 227 ss.).

<sup>(30)</sup> V. C. Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970, 214; V. Tavormina, *Il processo*, cit., 46, 47; A. Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907, in Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano 2018, 521, 522, part. nt. 483, 764 nonché Id., *Dell'ammissibilità di azioni costitutive a fondamento negoziale*, in *Giusto proc. civ.* 2020, 51, 54, 56; (sul sottile dissidio teorico tra le tesi di F. e T., da una parte, e di C., dall'altra, dichiaro di non voler qui prendere posizione) e pure quelle di E.F. Ricci, *Sulla pretesa*, cit., 480, 487; Id., *Sulla natura*, cit., 20, in nt. 1, 31, fatte, peraltro, proprio nel contesto della discussione circa la natura dell'azione revocatoria fallimentare, nonché di M. Cirulli, *Profili*, cit., 31. Ma già cfr. E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano 1957, 104, 105, 112, 113; Id., *Cessazione della proroga per necessità del locatore e problemi di estensione soggettiva della efficacia esecutiva della sentenza e dell'autorità della cosa giudicata*, in *Giur. it.* 1970, I, 2, 368, 369, 373 nonché M. Cappelletti, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in questa *Rivista* 1965, 202 ss. Afferma del tutto condivisibilmente I. Pagni, *La natura*, cit., 829 che «la 'revoca' è l'effetto giuridico desunto da una fattispecie legale» (v. pure *retro* nt. 2); ma resta da chiedersi se in detta fattispecie legale è compresa oppure è esclusa la pronuncia della sentenza che detta «revoca» «dichiara» (sull'uso di quest'ultimo lemma v. *infra* nt. 38).

<sup>(31)</sup> Contro la tesi tradizionale del prodursi dell'effetto costitutivo solo al momento del passaggio in giudicato formale della sentenza che lo reca, v. le acute e condivisibili notazioni di V. Tavormina, *Il processo*, cit., 49-51; nonché quelle di A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012, 291-294.

<sup>(32)</sup> Si potrà invece pignorare direttamente, laddove ricorrano i presupposti di cui all'art. 2929-*bis* c.c., giacché credo che in questa ipotesi si – come condivisibilmente sostiene anche I. Pagni, *La natura*, cit., 827, nt. 27, ma non M. De Cristofaro, *La prospettiva*, cit., 447-449 – sussista in capo al creditore un potere formativo a esercizio in forma vincolata (quella del pignoramento del bene ormai del terzo) della durata di un anno, il quale coesiste con il diverso potere di cui all'art. 2901 c.c., della durata di cinque anni ed esercitabile solo a mezzo di domanda giudiziale. Resterebbe da chiedersi, in questo contesto, se l'esercizio dell'uno (quello di cui all'art. 2929-*bis* c.c., con successivo accoglimento dell'opposizione all'esecuzione proposta dal debitore o dal terzo) impedisca la proponibilità da parte del medesimo creditore dell'azione dichiarativa in cui si deduce l'altro (quello di cui all'art. 2901 c.c.), in conseguenza dell'effetto preclusivo del giudicato. La tentazione, date le premesse, sarebbe di rispondere in senso negativo; tuttavia non credo sia questa la sede per affrontare l'ulteriormente arduo discorso (si può leggere in argomento l'attenta proposta ricostruttiva – dai termini che, tuttavia, non mi convincono appieno, per la sovrapposizione operata tra il

dal riparto prelazionario in sede esecutiva altro creditore garantito, solo negando l'efficacia della costituzione della garanzia medesima in sede di contestazione *ex art. 512 c.p.c.*, se prima non si sarà ottenuta la pronuncia di «revoca» in sede dichiarativa, né si potrà escludere dal riparto in sede esecutiva il terzo creditore, in forza di obbligazione contratta in frode dal comune debitore, solo allegando, nella stessa sede, gli estremi della fattispecie costitutiva del potere revocatorio, e così seguitando.

In quest'ottica, mi pare che ogni tentativo di ricondurre l'azione revocatoria entro l'alveo della tutela di mero accertamento sia difficilmente destinato ad avere successo, nonostante la sua forza suggestiva (sembirebbe infatti più «vera» la definizione attribuita dall'art. 2740 c.c. alla responsabilità patrimoniale, se si assumesse esistere una effettiva «limitazione» al potere di disposizione in capo al debitore) e nonostante, rispetto ad alcuni corollarî della premessa, possa pure fornire soluzioni ritenute più appaganti sul piano pratico-applicativo.

Se si vuole dire che dallo schema strutturale dell'azione revocatoria discende – si ripete: descrittivamente – una «limitazione» al potere di disposizione del debitore<sup>(33)</sup>, ciò si può senz'altro ammettere, purché sia chiaro che la «limitazione» in discussione è costituita dalla (sola) esistenza di un particolare potere, che si estingue dopo cinque anni dal compimento dell'atto revocabile<sup>(34)</sup>, il quale consente, al ricorrere di certe condizioni nel contesto delle quali l'atto *revocando* è avvenuto, di ottenere una sentenza (formalmente: fa sorgere in capo al giudice il dovere di pronunciare una tale sentenza), solo pronunciata la quale verrà “rimosso” l'impedimento alla piena «soddisfacibilità» *invito debitore* del credito, con riguardo al quale viene esercitato il potere «revocatorio».

Alcune acute tesi in argomento sostengono che rispetto all'istituto in discorso sia sì corretto discorrere dell'esistenza di un qualche potere in capo al creditore, ma le stesse proseguono affermando che esso si eserci-

---

piano dell'oggetto della cognizione e quello dell'oggetto della decisione – di M. Bove, *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, in *Riv. esec. forzata* 2016, 169 e nt. 39, 174, 175, poi confermata in *Id.*, *L'applicazione*, cit., 286, 296-298).

<sup>(33)</sup> Di questa limitazione discorrono invece R. Nicolò, *Dei mezzi*, cit., 194, 195, 199 (pur chiarendo – *op. cit.*, 185 – che la limitazione di cui si fa cenno non concerne il potere di alienazione *tout court*, bensì solo un certo profilo degli effetti conseguenti all'esercizio di detto potere e, segnatamente, quello di sottrarre il bene alienato all'iniziativa espropriativa dei creditori insoddisfatti); in senso analogo v. L. Bigliuzzi Geri, voce *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur.*, Roma 1991, 2, 3; nonché, più di recente, I. Pagni, *La natura*, cit., 827, 828; cfr. pure l'«onere di cautela» o l'«obbligo di rispetto» o ancora l'«obbligo di misura» del debitore cui si riferisce E. Betti, *Teoria*, IV, cit., 195, 196.

<sup>(34)</sup> V. *retro* nt. 24.

terebbe con la proposizione della domanda giudiziale (ovvero, dove possibile, con la proposizione di eccezione) e che già solo per questo si produrrebbe l'effetto cui il detto esercizio aspira. Con la conseguenza che la sentenza si limiterebbe ad accertare il modo di essere dell'*innovazione* giuridica determinatasi in esito all'esercizio di un tale potere<sup>(35)</sup>. Le stesse tesi, tuttavia, non possono esimersi dall'ammettere che laddove il processo si estingua (o, comunque, non giunga al suo esito meritale), anche l'*innovazione* che – sul filo del ragionamento non condiviso – si sarebbe comunque prodotta a mezzo dell'esercizio del potere in sede giudiziale, verrebbe meno<sup>(36)</sup>.

Io credo, però, che anche una raffinata costruzione di questo genere non sia in grado di fugare il sapore di finzione che la permea, giacché la stessa, al fondo, sembra tutta elaborata per aggirare la soluzione (quella della natura costitutiva) che, più linearmente, sembra capace di spiegare il complessivo fenomeno<sup>(37)</sup>, e ciò tenta di fare, primariamente in quanto non se ne condividono alcune conseguenze applicative. Infatti, quella descritta appare una struttura teorica che cerca di conciliare, da un lato, quanto non si può eludere (e cioè la constatazione che senza la sentenza di «revoca», certamente il più rilevante degli effetti della revocatoria, di cui discorre *ex professo* l'art. 2902 c.c., non si produce)<sup>(38)</sup>, dall'altro, la

<sup>(35)</sup> Così, quanto alla revocatoria, I. Pagni, *La natura*, cit., 829, estendendo all'ipotesi in discorso la sua nota tesi in materia d'impugnativa negoziali (Id., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998); cfr. pure E.F. Ricci, *Sulla natura*, cit., 25, 26. In proposito, non va dimenticata la posizione di E. Allorio, *L'ordinamento*, cit., 110, 111, il quale però la riferiva espressamente ai soli poteri d'impugnativa negoziale.

<sup>(36)</sup> È espresso, sul punto, E. Allorio, *L'ordinamento*, cit., 110 il quale è ben attento nel chiarire che «l'effetto giuridico dell'atto in questione (...) si manifesta, però, solo nel quadro del processo, in cui esso è compiuto; (s)e il processo si estingue, l'efficacia dell'atto vien meno, e torna in vigore la situazione preesistente»; nulla dice in proposito I. Pagni, *op. ult. cit.*, ma credo che difficilmente si possa negare come l'effetto in discussione (secondo P., di volta in volta, previo «accertamento» dell'assenza del potere di disposizione in capo al debitore, e cioè quello «di sottrarre il bene all'azione esecutiva del creditore, di creare una ragione di preferenza, di estinguere l'obbligazione del terzo» – *op. cit.*, 829), si produca *solo* se venga pronunciata la sentenza che ne «accerta» l'assenza e che, dunque, l'esercizio di tale potere giudiziale produrrà i propri effetti – *in thesi*: immediati – solo e soltanto se verrà pronunciata la sentenza.

<sup>(37)</sup> *I.e.*: quella per cui la situazione soggettiva dedotta in giudizio è sì un potere a esercizio giudiziale, il quale però non produce *ex se* l'effetto di modificare la situazione giuridica, bensì quello di far sorgere in capo al giudice il dovere di pronunciare una sentenza, che innova (*rectius*: la cui pronuncia è elemento costitutivo dell'effetto innovativo; formula che, a mio modo di vedere, è poi altro modo di dire la stessa cosa, ma con parole formalmente più corrette), nei termini di legge, la realtà giuridica (processuale, nel caso in analisi).

<sup>(38)</sup> D'altronde, se è vero che l'uso fatto dall'art. 2901, comma 1°, c.c. del verbo

volontà di uscire dallo schema della tutela costitutiva. Sino a creare questa strana costruzione tecnica, che però, a ben guardare, risolve il problema solo in parte: infatti, in ogni caso, il giudice accerterebbe ciò che sorge comunque *solo* in seno al processo (e che non esiste prima del processo né dopo quello, se il processo non si conclude decidendo il merito). Sicché il problema del momento di produzione degli effetti (che si pongono con l'esercizio del potere nel processo) resterebbe uguale al problema del momento di produzione degli effetti laddove, linearmente, si riconducesse l'ipotesi entro l'alveo della tutela costitutiva in senso proprio. Infatti, non è dubbio che anche l'effetto che pone la sentenza costitutiva possa retroagire a un momento financo anteriore a quello dell'instaurazione della causa costitutiva medesima (come, ad esempio, avviene nel caso dell'art. 1458 c.c.)<sup>(39)</sup>.

Mi sembra poi che la ricostruzione qui sostenuta sia corroborata pure dalla natura e dal contenuto degli elementi, che la legge descrive come rilevanti rispetto alla produzione dell'effetto «revocatorio», i quali si modulano *nel tempo*, con particolare riguardo al profilo del pregiudizio alle ragioni del creditore medesimo<sup>(40)</sup>. In altre parole, l'atto sarà o non sarà «revocato», in funzione del momento in cui verrà svolta l'indagine circa la

«domandare» non è decisivo rispetto all'inquadramento della «azione revocatoria» nell'alveo della tutela costitutiva ovvero di mero accertamento (anche se fuor di dubbio è un elemento da tenere in considerazione), lo stesso mi pare debba dirsi – a parti invertite – con riguardo all'uso della locuzione «dichiarazione di inefficacia», fatto dalla medesima disposizione (su dette questioni terminologiche, si cfr. I. Pagni, *La natura*, cit., 826 e nt. 25). E ciò in quanto l'espressione «dichiarare l'inefficacia», anche se ricorre al verbo «dichiarare» (che evoca a prima lettura la tutela dichiarativa per eccellenza, e cioè quella di mero accertamento – ma non si dimentichi che anche la tutela costitutiva è comunque tutela «dichiarativa» –), in realtà lascia chiaramente intendere (cfr. art. 2902, comma 1°, c.c.) come quel che importa sia il fatto che venga *giudizialmente* «dichiarata» l'inefficacia e, quindi, che l'effetto si produca con la «dichiarazione» dell'inefficacia, cioè con la postulazione, nel provvedimento appunto, di tale effetto. D'altronde, il predicato verbale usato dal codice è «dichiarare», nemmeno «accertare», il quale ultimo – anche se l'argomento letterale, da solo, non sarebbe comunque definitivo – quanto meno rievoca un *quid* che, strutturalmente, preesiste all'atto ricognitivo in sé. Il «dichiarare», invece, è atto che pur potendo essere *ricognitivo*, nulla impedisce che sia *innovativo*: dichiarando, cioè pronunciando, affermando, si crea qualcosa che prima non c'era (si pensi, in generale, alle «dichiarazioni», che integrano atti normativi). Non mi convince, invece, l'argomento speso da chi sostiene la tesi della natura costitutiva, per cui la voce verbale «dichiarata» viene ricondotta alla componente di accertamento che è comunque connaturata anche alla tutela costitutiva; giacché se di questo si trattasse, non l'inefficacia dell'atto dovrebbe essere dichiarata, bensì la sussistenza dei presupposti di detta «inefficacia», cosa che, testualmente, invece non è.

<sup>(39)</sup> Considerazione analoga, pur dal fronte teorico opposto, svolgono E.F. Ricci, *Sulla pretesa*, cit., 481, in nt. 5 ed I. Pagni, *La natura*, cit., 830, nt. 39; v. pure le ntt. 29, 30, 31.

<sup>(40)</sup> Cfr. R. Nicolò, *Dei mezzi*, cit., 196, 200, 259; L. Bigliuzzi Geri, voce *Revocatoria (azione)*, cit., 5; I. Pagni, *La natura*, cit., 827, 828.

sussistenza del pregiudizio, giacché la consistenza del patrimonio (anche) al momento di decisione della causa, ha rilievo rispetto alla fondatezza della domanda medesima. Così, pare difficile sostenere l'esistenza di una supposta originaria limitazione al potere di disposizione del debitore, la quale sarebbe influenzata dall'acquisto sopravvenuto di un cespite attivo – si supponga a titolo di legato – rispetto al momento di compimento dell'atto, il quale, a quel tempo, aveva invece determinato un possibile pregiudizio alle ragioni del creditore.

Sebbene sia certamente vero che gli effetti giuridici non sono cose e che, dunque, il diritto oggettivo possa sempre assumere che un certo effetto retroagisca rispetto al verificarsi di uno dei fatti integranti la sua fattispecie, nondimeno, in assenza di inequivoci e diversi indici in senso contrario, credo debba ritenersi vigente il principio per cui l'effetto giuridico si produce quando si verifica l'ultimo elemento (in senso cronologico) che completa la sua fattispecie. Sicché, quanto meno, sembrerebbe recisamente da negarsi che esista, in senso proprio, una limitazione al potere dispositivo in capo al debitore (cui dovrebbe conseguire, di necessità, il potere di far *accertare* il – già – mancato prodursi di quegli effetti lesivi delle ragioni del creditore, i quali ultimi, diversamente, discenderebbero dal compimento dell'atto fraudolento) e, dunque, pure per tale via mi sembra perda una larga base di sostenibilità la tesi qui non condivisa.

Una volta appurato dunque che di vera e propria tutela costitutiva si tratta, si deve ammettere che lo strumento attribuito dal legislatore al creditore per conservare la «garanzia patrimoniale» generica del proprio debitore consiste in null'altro che in un potere, esercitabile solo nel processo, che produce il suo effetto (processual-esecutivo) finale solo a mezzo della sentenza che il giudice è tenuto ad emettere, una volta che egli abbia accertato l'esistenza del potere medesimo e (quindi) l'avvenuta produzione del suo effetto (*i.e.*: l'insorgenza del dovere del giudice di produrre, con la sentenza, l'effetto «revocatorio» appunto).

6. – Tra i fatti costitutivi del potere «revocatorio» in discussione vi è certamente la qualità di creditore, anche di un credito non ancora sorto o non ancora esigibile.

Questa indubbia constatazione, tuttavia, non esime dal verificare se alla cessione del credito consegua anche una successione nel *medesimo* potere costitutivo, oppure, più semplicemente, il potere in capo al cedente si estingua e sorga un nuovo e diverso potere, di eguale contenuto, in capo al cessionario, senza che possa predicarsi una continuità successoria tra l'uno e l'altro. Mi sembra corretta la soluzione per cui non sia da ritenersi concepibile il trasferimento di poteri (anche a esercizio giudiziale costitu-

tivo), in forma autonoma<sup>(41)</sup> rispetto alla situazione soggettiva o, più in generale, al rapporto, da cui gli stessi sorgono<sup>(42)</sup>. Inoltre, facendo mie le parole altrui, credo sia giocoforza pure affermare che: «il cessionario del credito acquista l'azione a titolo originario, non già a titolo derivativo,

---

<sup>(41)</sup> Va fatto notare come la cessione *autonoma* del potere «revocatorio» sia certamente da escludersi, sia in quanto potere processuale, sia in quanto l'effetto (processuale, come visto) che, col suo esercizio, mediamente, si dovrebbe porre, sarebbe del tutto estraneo alla sfera giuridica del titolare del potere stesso (*in thesi*: il non creditore) e, quindi, non potrebbe, al fondo, prodursi (il potere diventerebbe infatti un potere «impotente», in sostanza una nullità), giacché non potrebbe certo ammettersi che l'effetto possa essere lucrato dal (diverso) titolare del (solo) credito. Questo poiché altrimenti si dovrebbe assistere a un fenomeno per cui gli effetti giuridici recati da un provvedimento giurisdizionale si produrrebbero nei confronti di un soggetto, che non è parte né del processo né del rapporto inciso, con violazione di quanto previsto dall'art. 81 c.p.c., a mente del quale non si può attribuire, su base negoziale, la legittimazione straordinaria ad agire (ma *contra*, su quest'ultimo profilo, v. E. Garbagnati, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, 231 ss.). Detta ultima norma è da intendersi estensivamente, quale recante un divieto alla creazione, su base volontaria, anche di casi, ove colui che si afferma titolare del diritto dedotto (*in thesi* il titolare del potere «revocatorio») domanda la produzione di effetti nella sfera giuridica di altro soggetto (*in thesi* il diverso titolare del credito) (v. E. Garbagnati, *op. cit.*, 293 e nt. 41). Cfr. in argomento le riflessioni di V. Colesanti, *Divagazioni processuali in tema di dichiarazioni di garanzia e legittimazione all'indennizzo nella vendita di "pacchetti azionari"*, in *Banca* 2013, I, 136, 139; nonché le considerazioni di N. Picardi, *La successione processuale*, I, *Oggetto e limiti*, Milano 1964, 175, 176, 194, nt. 6, pur nella sua prospettiva del tutto peculiare, la quale non mi pare celi come – al fondo – una volta ceduto il «diritto al provvedimento di merito», di fatto si trasferisca pure la situazione sostanziale che *nascerà* da tale provvedimento [cfr. *op. cit.*, 180: «(...) diritto al provvedimento di merito (cioè a quella sola posizione inattiva che è in grado di garantirgli il risultato del processo)» e ancora *op. cit.*, 181: «il successore fa proprio il c.d. risultato utile del processo» e *op. cit.*, 184: «(il cessionario del diritto al provvedimento di merito) sarà titolare soltanto di un diritto al provvedimento di risoluzione del contratto e di restituzione del bene» – corsivo aggiunto] (così ridimensionando assai il carattere a tutta prima dirompente dell'affermazione generale)]. Giacché, al di là delle declamazioni, altrimenti non sarebbe possibile spiegare come l'acquisizione del risultato utile del provvedimento non possa essere messa in discussione in un successivo processo, ove si faccia valere, appunto, proprio la mancanza del diritto sostanziale che dà titolo all'avvenuta attribuzione.

<sup>(42)</sup> Si accenna appena al fatto che la risposta affermativa a quest'ultimo quesito, a mio modo di vedere, solo in apparenza possa trovare conferma con riguardo alle revocatorie concorsuali (v. art. 215, comma 1°, c.c.i.i.). La cessione delle revocatorie concorsuali già pendenti, mi sembra infatti che rappresenti piuttosto un'ipotesi di trasferimento del diritto soggettivo che costituisce il «risultato utile» del loro vittorioso esperimento, consistente, rispettivamente, nel credito «restitutorio», per il caso dei pagamenti, o nel diritto di proprietà, in seguito ad aggiudicazione a favore del terzo cessionario in un contesto di esecuzione collettiva, sopra un (futuro) cespite dell'attivo, per il caso dell'alienazione di beni. Detto argomento, tuttavia, in larga parte disomogeneo rispetto a quello in analisi – primariamente per la differenza strutturale ineliminabile che esiste tra creditore e curatore, in generale, ma in modo particolare nel caso delle revocatorie (su cui cfr. C. Consolo, *La revocatoria*, cit., 414, 415; E.F. Ricci, *Sulla natura*, cit., 25) – si decide di tenere al di fuori del perimetro d'indagine del presente studio.

escludendo insomma la possibilità di un trasferimento in senso tecnico dell'azione stessa»<sup>(43)</sup>. E questo, oltre che per le ragioni strutturali che stanno alla base dell'acuta e autorevole affermazione appena riportata, anche e proprio per la natura ed il contenuto degli effetti (processuali, appunto), che conseguono all'accoglimento dell'azione revocatoria nonché, in senso più lato, per la generale struttura che la forma del «mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale» in analisi esibisce nel nostro sistema (su cui *amplius* in questo stesso n.). Con la conseguenza che, pur ammettendo come il potere «revocatorio» sia una situazione soggettiva autonoma rispetto al diritto di credito, esso, per sua caratteristica strutturale, non tollera fenomeni di successione in senso tecnico<sup>(44)</sup>, né automatica, in uno col diritto di credito<sup>(45)</sup>, né, tanto meno, volontaria, alla condizione che il trasferimento anche di detta situazione soggettiva venga espressamente disposto dalle parti<sup>(46)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Così W. Bigiavi, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. dir. civ.* 1965, I, 138, con riguardo alle «azioni» cui sottostà un diritto (e.g.: azione di rivendica in caso di alienazione del diritto di proprietà), rispetto alle quali, ancora più puntualmente lo stesso B. precisa (*op. cit.*, 139, nt. 37): «in virtù della cessione l'azione del cedente si estingue, mentre il cessionario diventa egli – *ex novo* e a titolo originario – titolare di un'azione (che è azione, se si vuole, identica a quella spettante al suo dante causa, *ma non è la stessa azione*)» (corsivi nel testo), ma con considerazione ripetuta ed espressamente estesa anche al caso delle «azioni» cui non sottostà (aggiungo: direttamente) un diritto soggettivo (i.e.: le c.d. azioni «costitutive», *op. cit.*, 160 e nt. 119) nonché a quello dei poteri formativi a esercizio stragiudiziale (c.d. *ivi* «diritti potestativi») (*op. cit.*, 166). In argomento, cfr. V. Colesanti, *Divagazioni*, cit., part. 132 ss., nonché il classico studio, che ha però tesi in contrasto con quanto qui sostenuto, di E. Redenti, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1955, *passim*, ma per il caso della revocatoria v. 85. Da registrare altresì l'autorevole adesione alla posizione di cui al testo di A. Proto Pisani, *La trascrizione*, cit., 132 nt. 240, con ulteriori richiami di dottrina, nonché il cenno, non del tutto espresso, sul punto, di E. Allorio, *L'ordinamento*, cit., 105, nt. 157. Di recente, cfr. R. Muroni, *L'azione*, cit., 148, 149.

<sup>(44)</sup> Osserva icasticamente N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano 1967, 76: «l'acquisto originario è, (...) concettualmente incompatibile col fenomeno successorio».

<sup>(45)</sup> *Contra*, con riguardo alla revocatoria, cfr. invece M. Cirulli, *Profili*, cit., 127; L. De Propriis, *Successione*, cit., 711.

<sup>(46)</sup> Ciò in quanto, in ogni caso, se anche non si volesse ammettere l'impossibilità di una cessione autonoma in senso proprio e tecnico del potere «revocatorio», atteso che il caso in discussione è quello del potere *già* esistente al momento in cui si procede alla cessione del credito, nel minimo, in ragione del principio della non retroattività naturale degli atti dispositivi, si deve assumere che la cessione del credito, di per sé, non importi mai la cessione del potere «revocatorio», in quanto situazione giuridica derivata dalla titolarità del diritto di credito (nel senso che ha tra i suoi elementi costitutivi la sua esistenza), sì, ma già sorta e, quindi, ormai, individualizzata rispetto alla prima. In questa direzione, E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, *Vicende dell'obbligazione*, Milano 1955, 21, ove si legge che: «la successione particolare in un dato rapporto giuridico non abbraccia anche

L'unica forma di «sostituzione» soggettiva che si può concepire, quindi, è quella per cui un potere d'identico contenuto (ma rappresentante altra e diversa situazione giuridica) sorge, per effetto di legge, in capo al cessionario del credito, mentre quello che prima della cessione sussisteva in capo al cedente, necessariamente s'estingue<sup>(47)</sup>. Da qui, in caso di cessione lite pendente del credito legittimante l'azione revocatoria, segue che non troverà applicazione l'art. 111 c.p.c. e, dunque, non potrà esservi, *in apicibus*<sup>(48)</sup>, alcun intervento in causa del cessionario né alcuna efficacia *ultra-partes* della sentenza, che dovesse accogliere<sup>(49)</sup> la domanda revoca-

quei diritti e quegli obblighi che abbiano bensì avuto origine da esso rapporto, ma siano la conseguenza di fatti già compiuti prima dell'alienazione, o cessione, che la produse».

<sup>(47)</sup> Questa sembra essere l'intima essenza di ogni fenomeno successorio e dunque ne rappresenta la ricostruzione formale più corretta. Non si manca tuttavia di evidenziare come la legge, certe volte, faccia sì che la *nuova* situazione soggettiva in capo all'avente causa sia da considerarsi conformata (in tutto o in parte) a quella in capo al dante causa; cfr. F. Carnelutti, *Appunti sulla successione nella lite*, in questa *Rivista* 1932, I, 9, 13; E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, 137-139; A. Lorenzetto Peserico, *La successione*, cit., 217; V. Tavormina, *Il processo*, cit., 23, nt. 45, 26, 120, part. nt. 102. *Contra* v. N. Irti, *Disposizione*, cit., 82, 101-107, cui però potrebbe obiettarsi che sia difficilmente sostenibile l'idea secondo la quale una situazione giuridica soggettiva esista (l'obbligo e – quindi – il diritto soggettivo), senza che la stessa sia imputata a un soggetto; cioè, in altri termini, l'idea secondo la quale l'effetto sia costituito, al fondo, dalla sola fattispecie normativa astratta di comportamento, svincolata dal soggetto cui essa debba essere imputata (cfr. F. Cordero, *Le situazioni*, cit., 66 ss., part. 71, 93, rispetto a 72 in cui si afferma che «le situazioni soggettive esauriscono tutta la possibile gamma degli effetti giuridici», dal che si trae che solo una «situazione soggettiva» – dovere o potere – può essere «effetto» e che la «situazione soggettiva» è *necessariamente* imputazione a un certo soggetto, sicché non potrebbe chiamarsi «effetto», in senso tecnico, se non un *quid* imputato soggettivamente, con la conseguenza che non si può immaginare un «effetto» come non imputato a un determinato soggetto). Tutto quanto sopra ovviamente non toglie che ben siano possibili ipotesi (come, e.g.: (a) quella dei diritti c.d. «indisponibili»; (b) quella dell'acquisto di un diritto c.d. «a titolo originario» – quanto meno nella ricostruzione comunemente accettata, ma v. *contra* E. Allorio, *op. ult. cit.*, 140-144 – oppure (c) quella di cui al testo), ove l'ordinamento non si discosti dalle implicazioni della teoria generale e dunque la legge *non* disponga l'accennata conformazione della situazione soggettiva in capo all'avente causa a quella – diversa – già in capo al dante causa.

<sup>(48)</sup> Poiché, appunto, non ci si troverebbe innanzi a un'ipotesi rispetto alla quale trova applicazione l'art. 111 c.p.c., non verificandosi, già e proprio sul piano astratto della legge, alcun fenomeno di successione in senso tecnico nella situazione soggettiva controversa, essendo la stessa diversa dal diritto di credito; in proposito cfr. la considerazione di A. Proto Pisani, *La trascrizione*, cit., 148. In altro contesto, V. Colesanti, *Sull'intervento del successore a titolo particolare nel processo a lui inopponibile*, in *Riv. dir. civ.* 1960, II, 392, 394, 395, 405 pone nettamente in relazione – quale causa – l'inopponibilità del giudicato a un certo terzo (un «successore» che è però «terzo», dunque) con – quale conseguenza – l'inoperatività della disciplina dell'art. 111 c.p.c. (in tale caso si discuteva dell'esistenza del potere d'intervento, *ex art.* 111, comma 3°, c.p.c., in capo a un tale terzo).

<sup>(49)</sup> Giacché, a rigore, date le premesse, una volta ceduto lite pendente il credito

toria formulata da colui che era titolare del potere al momento di proposizione della domanda giudiziale.

Fatte queste considerazioni, resta da sciogliersi solo il dubbio conclusivo, ma centrale, il quale ha dato lo spunto al dibattito e ha costituito l'origine delle presenti notazioni: che ne sarà invece dell'effetto «revocatorio», che dovesse già essersi prodotto al momento della cessione del credito legittimante?

In assenza di una qualche indicazione nella disciplina di legge, credo che la conformazione che il sistema della tutela «revocatoria» assume nel nostro ordinamento, consenta di proporre una soluzione. Detto sistema, infatti, (i) attribuisce al *solo* creditore, al ricorrere delle condizioni di legge, un potere individuale a esercizio giudiziale, (ii) esercitabile per *sol*i cinque anni dal compimento dell'atto debitorio, il quale, se esercitato, vincola il giudice a pronunciare una sentenza che determina il (iii) porsi / estinguersi di effetti, apprezzabili *solo* in seno al processo di esecuzione per espropriazione (processuali, dunque), capaci di porre nel nulla quegli effetti pregiudizievoli alla soddisfazione del creditore contro la volontà dell'obbligato, che, in assenza, conseguirebbero al compimento dell'atto impugnato. Gli effetti del provvedimento, che positivamente accerta l'esistenza del potere in discussione e dispone la «revoca», inoltre, attribuiscono (iv) al *solo* creditore vittorioso – e non ad altri creditori del medesimo debitore, che abbiano omesso di agire – il discusso potere di aggressione esecutiva nei confronti del terzo (o di esclusione, in danno del terzo, degli effetti di una garanzia o dell'esistenza di un certo altro debito, ai fini del concorso) (vincolo c.d. «a porte chiuse») con riguardo al (v) *solo* diritto sul bene trasferito con l'atto «revocato» e (vi) per la *sola* realizzazione coattiva (anche sotto il profilo della esclusione del rilievo di una garanzia o di un'obbligazione altrui, ai fini del concorso) di *quel* diritto di credito, con riguardo al quale l'azione revocatoria medesima è stata esperita<sup>(50)</sup>. Credo di avere dimostrato pure che (vii) se il credito sia ceduto pendente la lite, l'efficacia promanante da quella sentenza non si estenderà al cessionario del credito, proprio poiché, a ben guardare, lo stesso non sarebbe

---

legittimante, in capo all'attore si produrrebbe l'estinzione del potere esercitato in giudizio e, dunque, la sua domanda dovrebbe essere rigettata nel merito, su cui cfr. anche nt. 53.

<sup>(50)</sup> Sulla «specialità» e «relatività» degli effetti dell'accoglimento dell'azione revocatoria, cfr., R. Nicolò, *Dei mezzi*, cit., 192, 196, 256, 257, 266; C. Punzi, *Presupposti dell'azione revocatoria ed onere della prova*, in *Dir. fall.* 1972, I, 428; L. Bigliazzi Geri, voce *Revocatoria (azione)*, cit., 2; M. De Cristofaro, *La prospettiva*, cit., 437-440; S. Pagliantini, *Azione revocatoria ordinaria e limite alla c.d. reintegrazione patrimoniale ex art. 2740 c.c.*, in *Giur. it.* 2017, 1332, 1333. Già nella vigenza del vecchio codice cfr. V. Andrioli, *L'azione*, cit., 162, con ivi ulteriori riferimenti ed il correlato dibattito.

altresì «successore» in senso tecnico nel potere «revocatorio», sicché il cessionario, terzo rispetto alla situazione soggettiva dedotta in lite, non potrà avvalersi degli effetti del giudicato di cui all'art. 111, comma 4°, c.p.c. (ma potrà instaurare un nuovo processo, in cui eventualmente dedurre ed esercitare il *proprio* potere «revocatorio»).

Tirando le fila del ragionamento, mi pare di svolgere osservazione corretta se affermo che ci troviamo innanzi a un istituto che «relativizza» – direi quasi intaglia – : sia la situazione soggettiva attribuita al creditore, la quale dà così strutturale sostanza alla nozione riassuntiva di «garanzia patrimoniale» (al fondo fissata nei suoi esatti termini, «per delimitazione»), che assiste (il termine è volutamente anòdino<sup>(51)</sup>) le obbligazioni; sia gli effetti processual-esecutivi che promanano, secondo lo schema chiarito, dall'esercizio di tale situazione soggettiva. In assenza di indici legislativi di segno opposto, credo che più coerente col sistema sia la conclusione che *anche* l'effetto «revocatorio» sia personale al creditore che lo ha domandato e lucrato e che, dunque, lo stesso non sia trasmissibile al cessionario insieme al credito. Formalizzando: credo che altro profilo di «relatività» dell'azione revocatoria sia quello per cui (*viii*) l'effetto «revocatorio» prodottosi, giova al solo creditore, inteso in senso individuale, tant'è che gli atti «revocati» sono «dichiarati inefficaci nei suoi confronti»; proprio e *solo* nei suoi.

7. – In (dialettica) conclusione, credo si possano considerare acquisiti i seguenti momenti ricostruttivi. L'oggetto del processo «revocatorio» consiste nell'esercizio e nell'accertamento del potere a esercizio giudiziale attribuito dalla legge al creditore, il quale fa sorgere il dovere del giudice di pronunciare la sentenza, che diviene elemento della fattispecie costitutiva dell'effetto processuale (esecutivo) postulato (la c.d. «revoca»), il quale si modula in funzione dell'atto debitorio in contestazione (*retro* n. 5). La successione nel credito con riguardo al quale l'azione revocatoria è stata esercitata non comporta alcuna forma di successione nel detto potere «revocatorio» che, per la sua natura ed in funzione della sua struttura, non è trasferibile; semplicemente in capo al cessionario sorgerà un potere autonomo, che manterrà invariata, rispetto a quello del cedente, ormai estintosi, la fattispecie costitutiva e l'estensione temporale *ex lege* predefinita (*retro* n. 6). Il rapporto che s'instaura tra l'azione revocatoria e la «responsabilità patrimoniale» è nel senso che la prima altro non è che *una* delle manifestazioni della sostanza normativa della disposizione di cui

---

(51) Cfr. le considerazioni di cui *retro* n. 4.

all'art. 2740 c.c. ed è capace di determinare entro quali limiti i (diritti sui) beni (che sono stati) «presenti» nel patrimonio del debitore, per il tempo in cui sussiste l'obbligazione, possano costituire beni esecutivamente ag-gredibili, nel caso in cui manchi la cooperazione del debitore all'adempi-mento<sup>(52)</sup>. Sicché, pur ammettendo che l'«obbligazione» vi sia solo ove vi sia altresì «responsabilità patrimoniale», è il contenuto normativo della nozione teorica di «responsabilità patrimoniale» – di per sé, locuzione solo descrittiva – a doversi foggiare in funzione del rilievo normativo dell'«azione revocatoria» e non viceversa (*retro* n. 4).

Tenendo ferme le superiori tre conclusioni, credo che sia giocoforza concludere che l'effetto «revocatorio» ottenuto da un certo creditore, si produca solo in suo vantaggio e non si trasferisca dunque al cessionario *post litem* del credito, in relazione al quale lo stesso si è prodotto. E che anche laddove la cessione avvenga *lite pendente* non vi sia spazio alcuno per l'applicazione della disciplina di cui all'art. 111 c.p.c., giacché il potere «revocatorio» che sorge in capo al cessionario è situazione soggettiva auto-noma rispetto a quella dedotta nel primo processo, senza che possa par-larsi di alcun fenomeno successorio in senso tecnico (*retro* n. 6). Resta nel caso semmai possibile un intervento litisconsortile del cessionario, atteso che egli sarebbe titolare di una situazione soggettiva (il *nuovo* potere «revocatorio») dipendente parzialmente dal medesimo titolo (il diritto di credito nonché i fatti rivelatori di «frode», resi rilevanti dall'art. 2901 c.c.) di quella originariamente dedotta dal cedente (il *precedente* potere «revo-catorio») e che proporrebbe una propria domanda contro alcune delle parti originarie. Con la conseguenza, si badi, che la domanda inizialmente formulata dal creditore alienante sarà inevitabilmente destinata al rigetto nel merito<sup>(53)</sup> per il fatto che, con la cessione, un elemento della fattispe-

---

<sup>(52)</sup> Ovvero, secondo quanto già discusso *retro* alla nt. 3, entro che limiti assuma rilievo: nel concorso formale tra creditori, in sede di esecuzione individuale sui beni del debitore, *i*) una garanzia concessa dal debitore in favore di un terzo, ovvero *ii*) un'obbliga-zione contratta con altro terzo creditore da parte del medesimo debitore; in relazione all'ammissibilità d'instaurare un'esecuzione individuale sui beni di un terzo *iii*) un pagamen-to effettuato dal debitore al terzo creditore prima della scadenza.

<sup>(53)</sup> L. De Propriis, *Successione*, cit., 713 parla invece di rigetto in *rito* (discutendo criticamente l'ipotesi per cui l'art. 111 c.p.c. non trovi applicazione), e ciò viene sostenuto accennando alla (supposta) maggiore plausibilità di una chiusura del processo per «dichia-razione della cessazione della materia del contendere» (*op. cit.*, 712). Credo tuttavia che l'inesistenza di un fatto costitutivo della situazione soggettiva dedotta in processo non possa che condurre a un rigetto in *merito*, il quale implica un (potenziale) accertamento della (inesistenza della) stessa, necessariamente rispetto al referente cronologico del (potenziale) giudicato sostanziale.

cie costitutiva (*i.e.*: la titolarità di una ragione di credito verso il ceduto) della situazione giuridica dedotta in processo è venuto a mancare.

In definitiva, l'essere giunto a conclusioni al fondo opposte a quelle sostenute dalla giurisprudenza di legittimità, da cui le presenti considerazioni hanno tratto la loro origine, ritengo costituisca la riprova di quanto sia stato opportuno dare la «seconda voce» rispetto a quella «prima», corale, che ha aperto il campo; nella convinzione che una tale «seconda voce» non vi sarebbe stata, se la «prima» non fosse stata pronunciata, e che, al postutto, così resti rafforzato quel convincimento per cui ogni (auspicata e provvisoria) forma di conoscenza, o si alimenta del confronto dialettico, oppure è davvero poca cosa.

NERI BINI SMAGHI

Dottorando di ricerca nell'Università di Roma «La Sapienza»

## ARBITRATO MULTIPARTI E LITISCONSORZIO NECESSARIO

SOMMARIO: 1. 1. Nomina degli arbitri e integrazione del contraddittorio. – 2. Domanda riconvenzionale e connessione. – 3. Improcedibilità. – 4. Conclusioni.

1. – I problemi derivanti dall'interpretazione dell'art. 816-*quater* c.p.c. sono stati oggetto di numerosi scritti e autorevoli commenti<sup>(1)</sup>; pochi però si sono occupati dell'intervento del litisconsorte necessario a seguito di domanda riconvenzionale.

Si pensi a un contratto stipulato da tre parti; e tale il tenore di una sua ipotetica clausola compromissoria: «tutte le controversie derivanti dal presente contratto...saranno devolute alla cognizione di un collegio arbitrale».

Una delle parti notifica a un solo contraente la nomina del proprio arbitro; essa rileva gravi inadempienze del contraente notificatario; e chiede l'adempimento dell'obbligazione contrattuale. La parte notificataria decide di sottoporre ad arbitrato ulteriore questione: la risoluzione dell'intero contratto; essa pertanto nomina il suo arbitro e rileva la sussistenza del litisconsorzio necessario. Il giudizio arbitrale non è ancora iniziato: manca la nomina del presidente. I due arbitri si adoperano e ricevono i poteri: compiono l'ultima nomina e il giudizio può finalmente iniziare.

La prima questione riguarda la corretta formazione del collegio. Un arbitro attento noterà la necessità dell'integrazione del contraddittorio, e la

---

(1) Briguglio, *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, in questa *Rivista* 2012, 1533 ss.; Consolo, *I terzi e il procedimento arbitrale*, *ivi* 2012, 858 ss.; Gradi, *Adesione del litisconsorte necessario pretermesso al collegio arbitrale già costituito e dissenso di uno dei litisconsorti originari: uno «strano caso» di improcedibilità dell'arbitrato*, in *Giust. civ.* 2012, 2863 ss.; Graziosi, *Consenso delle parti e intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 293 ss.; Messineo, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. arb.* 2001, 175 ss.; Muroni, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino 2008, 119 ss.; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2<sup>a</sup> ed., II, Padova 2012, p. 51 ss.; Salvaneschi, *Arbitrato*, Bologna 2014; Sassani, nota a Tribunale Arbitrale Milano, lodo 7 febbraio 2011, in questa *Rivista* 2011, p. 943 ss.; Id., *Modificazioni della domanda, diritto autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.* 2013.

parte più diligente notificherà gli atti al terzo paciscente: questi interviene in giudizio. Il terzo tuttavia non ha partecipato alla nomina degli arbitri; né intende aderire al collegio formato senza il suo consenso<sup>(2)</sup>.

Il collegio tiene a mente il testo dell'art. 816-*quater*, comma 1°, c.p.c.: «ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre [parti] nel medesimo procedimento arbitrale se»: (i) «la convenzione d'arbitrato devolve a un terzo la nomina degli arbitri»; (ii) «se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti»; (iii) «se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano a un terzo la nomina».

Lo sguardo volge altresì al terzo comma: «Se non si verifica l'ipotesi prevista nel primo comma e si versa in caso di *litisconsorzio necessario*, l'arbitrato è *improcedibile*»; e infine al secondo comma: «fuori dei casi previsti nel precedente comma il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si *scinde* in tanti procedimenti quante sono queste ultime».

Il collegio deve decidere; due paiono le soluzioni possibili<sup>(3)</sup>: (i) dichiarare improcedibile la sola domanda riconvenzionale proposta dal convenuto; (ii) dichiarare improcedibile l'intero arbitrato.

2. – È necessaria una premessa. La domanda riconvenzionale inverte i ruoli tra attore e convenuto: il secondo avanza nuova domanda; il primo si difende da quanto dedotto dalla controparte<sup>(4)</sup>. I giudici privati valutano se allargare l'oggetto del giudizio: essi analizzano la domanda e individuano la sua “connessione” con quella già dedotta dal primo attore. La norma applicabile è l'art. 36 c.p.c.: essa parla di “dipendenza” dal “titolo dedotto

(2) È da condividere la interpretazione del Tribunale Arb. Milano, lodo 7 febbraio 2011, Pres. Alpa, Arbitri Inzitari, De Nova; in tale decisione il lodo, con nota dissenziente di De Nova, argomenta che in caso di adesione del litisconsorte necessario alla nomina arbitrale di una delle due parti è necessario il consenso di tutte le parti. Se questo manca l'arbitrato è improcedibile. Tale lettura sembra essere più coerente con la necessità dello “accordo” sulla nomina di cui all'art. 816-*quater* c.p.c.

(3) In verità la soluzione corretta è una; due sono le soluzioni individuate da dottrina e giurisprudenza.

(4) È da dire che non appare tecnicamente corretto affermare che quanto proposto nel primo atto dalla parte notificataria della “domanda qualificata” possa chiamarsi “domanda riconvenzionale”; né che la prima parte sia “attrice” e la seconda “convenuta”: la “libertà delle forme” del procedimento arbitrale prevale; l'art. 816-*bis* c.p.c. dispone che, in assenza di patto scritto anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, la scelta delle regole processuali spetta agli arbitri. Sull'argomento si veda: Borghesi, *La domanda di arbitrato*, cit., 918. L'autore in nota riporta una tesi di Rubino Sammartano, il quale parrebbe dubitare della precisa distinzione tra attore e convenuto; tra domanda nuova e riconvenzionale.

in giudizio” o dal titolo “che appartiene alla causa come mezzo di eccezione”.

Il collegio decide quale rigore impiegare: da un lato, la concezione “liberista” di Carnelutti<sup>(5)</sup>; essa è ampiamente accolta dalla giurisprudenza; dall’altro, la tesi restrittiva, grandemente preferita dalla dottrina<sup>(6)</sup>. La prima richiede «un collegamento obiettivo che giustifichi l’opportunità di un *simultaneus processus*»<sup>(7)</sup>; la seconda ostacola sovrapposizioni “disordinate” e “caotiche”<sup>(8)</sup>. La tesi tradizionale richiede stretta “dipendenza” tra titolo e domanda: per “titolo” s’intende (i) *causa petendi* e (ii) «ogni rapporto che sia ritenuto esistente o inesistente rispetto all’azione»<sup>(9)</sup>; esso è quello dedotto in giudizio dall’attore o dal convenuto come mezzo di eccezione.

La connessione tra titolo e riconvenzionale si compie in forme diverse. La domanda è connessa per “identità” di *causa petendi*: allora si ha dipendenza ma non pregiudizialità; i *petita* sono diversi; il titolo non è contestato: codesta sarebbe l’ipotesi dell’attore che chiede il pagamento del prezzo e del convenuto che avanza pretese di consegna del bene<sup>(10)</sup>. Altra possibile connessione si ha allorché la parte chiede di adempiere il contratto; il convenuto domanda invece al collegio di risolverlo. Tale è il caso di pregiudizialità-dipendenza: la domanda del convenuto riguarda un fatto impeditivo, modificativo ed estintivo del diritto preteso dall’attore. Ulteriore ipotesi muove dalla «domanda principale che ha come *petitum* un effetto giuridico che rilevi come fatto impeditivo, estintivo o modificativo rispetto al diritto dedotto in giudizio dal convenuto»<sup>(11)</sup>; anche in questo caso si avrebbe pregiudizialità-dipendenza: è l’ipotesi dell’annullamento o della nullità del contratto domandati dall’attore e della richiesta

<sup>(5)</sup> Carnelutti, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma 1951, 265. Per un ampio approfondimento sul tema si v. Nappi, *La domanda proposta in via riconvenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 751 ss.

<sup>(6)</sup> Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova 1944; Dini, *La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, Milano 1978. Per ulteriori riferimenti, si veda Nappi, *op. cit.*, 762 ss.

<sup>(7)</sup> Tale è l’indirizzo ampiamente accolto dalla giurisprudenza: si v., da ultimo, Cass. 15 gennaio 2020, n. 533; Cass. 24 gennaio 2018, n. 1752. La citazione è presa da Cass. 24 aprile 1954, n. 1272.

<sup>(8)</sup> Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino 1986, 128. Si veda altresì il testo aggiornato Mandrioli, Carratta, *Corso di diritto processuale*, Torino 2021.

<sup>(9)</sup> Mandrioli, *op. cit.*, p. 125. La citazione è ripresa da Nappi, *op. cit.*, 763.

<sup>(10)</sup> Giallongo, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione nel processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1985, 646. Gli altri esempi sono ripresi dalle pagine successive dell’autore.

<sup>(11)</sup> Giallongo, *op. cit.*, 647.

del suo adempimento compiuta dal convenuto. Altri esempi sono necessari: si pensi al convenuto che chiede il pagamento dell'eccedenza di un proprio credito dinnanzi alla pretesa creditoria dell'attore; o a quella di un «soggetto, convenuto per sentirsi inibire il passaggio su un viottolo, dopo aver eccepito, ai fini del rigetto della pretesa dell'attore, la comunione della via su cui gli viene negato il passaggio, chiede l'accertamento in ordine alla esistenza del suo diritto di proprietà sulla stessa via»<sup>(12)</sup>.

La tesi restrittiva domina il dibattito accademico; ma è da segnalare che la tesi “liberista” muove da autorevole dottrina: la domanda riconvenzionale deve essere ammessa quando il giudice ritiene “possibile” e “opportuno” il “collegamento obiettivo”<sup>(13)</sup>: non si parla più di “dipendenza” o “pregiudizialità”; l'esigenza di “coordinazione” tra le opposte pretese prevale: quando è possibile soddisfare più esigenze tra loro legate il giudice deve conoscere entrambe le domande. Tale argomento muove dal seguente rilievo: «la relazione tra domanda principale e domanda riconvenzionale, ai fini dell'ammissibilità di quest'ultima, non va intesa in senso restrittivo, nel senso che entrambe debbano dipendere da un unico ed identico titolo, essendo invece sufficiente che fra le contrapposte pretese sia ravvisabile un collegamento obiettivo, tale da rendere consigliabile ed opportuna la celebrazione del *simultaneus processus*»<sup>(14)</sup>.

Esigenze di economia processuale e “giusto” processo (art. 111 Cost.) sono richiamati a fondamento di tale indirizzo. È da dire però che l'economia processuale – intesa come “ragionevole durata del processo” – sembra invece giustificare la tesi tradizionale: solo un rapporto di rigorosa ‘dipendenza’ tra le domande eviterebbe allungamento di tempi a causa di ulteriori istruzioni e accertamenti.

È agevole rilevare che le ipotesi rientrano nella “*connessione per coordinazione*” o in quella “*per subordinazione*”<sup>(15)</sup>: la prima riguarda domande “che possono essere indipendentemente decise”; nella seconda invece «il rischio collegato alla inattuazione del processo simultaneo è ben più grave»<sup>(16)</sup>.

<sup>(12)</sup> Nappi, *op. cit.*, p. 766 richiama il caso sottoposto a Cass. 5 febbraio 1972, n. 276.

<sup>(13)</sup> Mortara, *Commentario, Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, II, Milano 1908, 103.

<sup>(14)</sup> Cass. 24 gennaio 2018, n. 1752. Per una decisione più recente si v. Cass. 15 gennaio 2020, n. 533.

<sup>(15)</sup> La distinzione è di Tarzia, *Connessione di cause e processo simultaneo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 397 ss. L'autore richiama la tesi di Carnelutti.

<sup>(16)</sup> Tarzia, *op. cit.*, 419.

La connessione per pregiudizialità-dipendenza impone il processo simultaneo; la connessione per “coordinazione” la suggerisce. Nel primo caso la interdipendenza tra le domande lo richiede: il conflitto tra giudicati non potrebbe essere risolto. La connessione tra domande indipendenti invece non ostacola la rimessione a giudici diversi. La connessione per “coordinazione” muove da ragioni di economia processuale; quella per “subordinazione” da esigenze di certezza giuridica e conflitto tra giudicati.

3. – Si deve tornare al caso ipotetico sottoposto al lettore; lo sguardo dei giudici privati piega su taluni precedenti. Giova subito di segnalare un lodo arbitrale<sup>(17)</sup> che non ammette la domanda riconvenzionale contenuta «nella dichiarazione di adesione alla richiesta di nomina del proprio arbitro»; e dichiara pertanto la sua “improponibilità”. Tale diniego muove dal mancato consenso dell’attore. Il lodo non può essere condiviso per il suo eccessivo rigore<sup>(18)</sup>; la materia arbitrabile è sancita dalla clausola: per le riconvenzionali si applica l’art. 36 c.p.c. L’atto di nomina del proprio arbitro costituisce invece «la prima occasione per proporre eventuali riconvenzionali»<sup>(19)</sup>.

Gli arbitri allora debbono rilevare che la domanda riconvenzionale richiede l’integrazione del contraddittorio. Essi “sondano”<sup>(20)</sup> la volontà del terzo contraente: il litisconsorte necessario non vuole però aderire alle nomine compiute dalle altre parti.

Il collegio tenta allora di salvare il giudizio: l’interesse delle parti è rappresentato dalla clausola; essa deferisce agli arbitri tutte le controversie che originano dal loro accordo.

La improcedibilità dell’intero arbitrato è la soluzione prevista all’ultimo comma; ma essa si impone solo quando non è possibile scindere le questioni in giudizi diversi. Gli arbitri studiano se ammettere o meno la domanda del convenuto; guardano all’art. 36 c.p.c. Il collegio ricerca la connessione tra le domande; e tenta di individuare il rapporto di “dipendenza”.

---

(17) Arb. 8 marzo 2001, in *Foro it.* 2001, I, p. 1421. Pres. De Rosa, Arbitri Caterina, Sica.

(18) Rubino Sammartino, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova 2005, 647.

(19) Della Pietra, *Il procedimento, Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde, Torino 2000, 148-150.

(20) Cass. 20 marzo 2015, n. 5693 parla del tentativo degli arbitri di “sondare” gli altri due contraenti [terzi] «per comprendere se essi accetterebbero di intervenire nel procedimento arbitrale, con l’attuale composizione del Collegio».

Taluni precedenti possono guidare il cammino: una recente sentenza<sup>(21)</sup> afferma che «la sussistenza di un litisconsorzio necessario rispetto alle domande dei convenuti non determinerebbe, di per sé, l'improcedibilità dell'intero procedimento arbitrale, potendo il collegio pronunciarsi, con efficacia di giudicato, sulle domande proposte dagli attori e, in via incidentale, ai sensi dell'art. 819 c.p.c. su quelle riconvenzionali, proposte dai convenuti». Tali domande riconvenzionali tuttavia possono essere scisse; e divenire oggetto di un giudizio autonomo: esse non devono essere accolte; la loro ammissibilità comporterebbe improcedibilità di tutto il giudizio.

Nel caso in esame invece l'attore ha chiesto l'adempimento di un contratto e il convenuto ha preteso la sua risoluzione. È da rilevare che la connessione non è per "coordinazione": non vi è semplice dipendenza del "titolo", ossia del contratto; né la domanda potrebbe essere 'scissa' in ulteriore giudizio: il nuovo e diverso collegio potrebbe pronunciarsi per lo scioglimento dell'accordo; il primo e precedente potrebbe rilevare l'inadempimento del convenuto e condannarlo a eseguire i suoi obblighi.

È necessario affermare che le due domande sono unite da connessione per "subordinazione"; la soluzione alla seconda domanda è pregiudiziale alla prima: il contratto per essere adempiuto non può essere risolto.

Di fronte a tali rilievi gli arbitri tentano ancora di salvare il procedimento arbitrale: si muove dall'interesse delle parti che hanno loro deferito la controversia. Si cerca ulteriore precedente: Corte di Appello di Venezia, 10 giugno 2013, n. 1383. In tale decisione la Corte non annulla il lodo che aveva dichiarato improcedibile la sola domanda riconvenzionale. Il caso è il medesimo: l'attore chiede l'adempimento; il convenuto la risoluzione dell'accordo. Tale soluzione non deve essere accolta. Il collegio deve invece rilevare la necessaria simultaneità del giudizio delle questioni: la scissione non è possibile; né la dichiarazione di improcedibilità della sola domanda riconvenzionale. Il collegio non può "scindere", ma deve allargare la domanda. Essa entra di diritto nel giudizio. È l'ultimo comma dell'art. 816-*quater* c.p.c. a imporre la soluzione agli arbitri: essi dichiarano improcedibile l'intero arbitrato. Tale è il rimedio previsto in caso di no-

---

(21) Corte d'Appello di Milano, 29 gennaio 2021, n. 286. Tale pronuncia non annulla il lodo arbitrale sottoscritto il 30 gennaio 2018 (Pres. Caravita di Toritto; Arbitri M. Rescigno, De Nova). Il ragionamento della Corte muove da tali rilievi: «la situazione sostanziale plurisoggettiva dedotta in giudizio dagli attori non deve essere necessariamente decisa in maniera unitaria nei confronti di tutti i resistenti e, dall'altro, che l'ampliamento del *thema decidendum* determinate dalle domande riconvenzionali... quand'anche riconducibili alla clausola compromissoria, non comporterebbe l'improcedibilità dell'intero giudizio, ma solo delle domande riconvenzionali, non potendo avere luogo il simultaneo processo».

mina arbitrale compiuta senza l'accordo di tutte le parti; e tra questi del terzo litisconsorte necessario. I rilievi muovono da una pronuncia della Corte di Cassazione: «In tema di impugnazione di lodo arbitrale che riguardi una pluralità di parti vincolate dalla medesima convenzione, è escluso che possa dichiararsi l'improcedibilità dell'arbitrato limitatamente ad alcune delle domande laddove vi sia dipendenza di cause, in relazione di inscindibilità, integrante una forma di litisconsorzio necessario processuale e non ricorra alcuna delle condizioni previste dall'art. 816-*quater*, comma 1°, c.p.c.»<sup>(22)</sup>.

4. – È tempo di conclusioni. La domanda riconvenzionale in arbitrato può sempre essere ammessa; essa conosce i medesimi limiti di quella proposta nel giudizio ordinario. I giudici privati decidono il rigore per la sua ammissibilità; applicano l'interpretazione restrittiva; o quella "liberista". La discrezionalità è rimessa agli arbitri; essa è tuttavia limitata quando la nuova domanda richiede l'integrazione del contraddittorio; e specialmente allorché si tratti di litisconsorzio necessario. L'art. 36 c.p.c. delinea la regola generale; l'art. 816-*quater* c.p.c. è norma eccezionale. In questo caso le due norme devono leggersi insieme: l'art. 816-*quater* prevede che la nomina del collegio arbitrale in giudizio con più parti debba avvenire secondo talune regole; se esse non sono rispettate e si ha litisconsorzio necessario il giudizio è improcedibile. L'improcedibilità dell'arbitrato non si dichiara se la domanda riconvenzionale può essere oggetto di autonomo giudizio. È allora agevole rilevare che la riconvenzionale che richieda l'integrazione del litisconsorte necessario non consenziente può essere ammessa soltanto se connessa per dipendenza-pregiudizialità: l'interpretazione più rigorosa dell'art. 36 c.p.c. prevale.

L'improcedibilità dell'art. 816-*quater* è pertanto "assoluta" o "relativa": relativa quando la domanda può formare oggetto di autonomo giudizio; assoluta quando le domande devono decidersi insieme. La prima comporta la "scissione" della riconvenzionale; la seconda la improcedibilità di tutto l'arbitrato. La improcedibilità "assoluta" si compie quando le domande sono connesse per "subordinazione"; quella "relativa" quando si ha connessione per "coordinazione". Il caso in esame presenta due domande in rapporto di pregiudizialità-dipendenza: la connessione è per "subordinazione"; la improcedibilità è "assoluta": la domanda riconvenzionale deve essere ammessa; l'arbitrato è tutto improcedibile.

---

(22) Cass. 31 ottobre 2018, n. 27937.

## ATTUALITÀ LEGISLATIVA

---

GIOVANNI RAITI

Professore associato nell'Università di Catania

### LA REVOCAZIONE DEI GIUDICATI CIVILI PER CONTRARIETÀ ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Premessa: le sollecitazioni alla riforma e la delega. – 2. Il limite della revocabilità dei soli giudicati civili. – 3. L'ulteriore limitazione dell'ambito di materiale applicazione dell'istituto: la revocabilità dei soli giudicati che abbiano «pregiudicato un diritto di stato della persona». – 4. *Segue*: I dubbi che ne derivano sul rispetto della legge delega. – 5. L'incerta revocabilità dei giudicati su cause riguardanti un diritto di stato della persona che siano stati dichiarati violatori dell'art. 6 Cedu. – 6. Le decisioni revocabili e la peculiarità del «motivo» impugnatorio. – 7. I legittimati all'impugnazione. – 8. Cenni sul procedimento. – 9. La tutela dei terzi.

1. – L'art. 1, comma 10°, l. 26 novembre 2021, n. 206 – di delega al Governo, come noto, per la riforma di rilevanti aspetti delle tutele civili, giurisdizionali ed extra – prevedeva l'introduzione nell'ordinamento di una peculiare, inedita figura di revocazione che si correlasse alla sentenza accertatrice di violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo resa dalla Corte di Strasburgo, a mente dell'art. 41 della Convenzione medesima, in esito ad un ricorso «individuale» proposto ai sensi del precedente art. 34.

Con tale scelta, il Parlamento italiano, presupposta la violazione perpetrata dallo Stato «per mano» giurisdizionale<sup>(1)</sup>, corrispondeva, infatti, mediante la previsione di uno strumento di tutela massimamente «effettivo» (poiché finalizzato alla *restitutio in integrum* della parte lesa) a plurime

---

(<sup>1</sup>) Intendiamo significare che la violazione, che potrebbe pur essere originariamente derivata dalla condotta di altri organi – non giurisdizionali – capaci di impegnare la responsabilità dello Stato, non fosse stata comunque tutelata in via giurisdizionale, indipendentemente dalla circostanza che proprio nella sede giurisdizionale fossero occorse disfunzioni o lacune di tutela che lo avessero impedito. La tutela convenzionale soggettiva si rivolge infatti verso qualsivoglia lesione imputabile alla responsabilità dello Stato stipulante, indipendentemente dalla circostanza che essa attenga strettamente all'illegittimo esercizio della funzione propriamente giurisdizionale.

sollecitazioni, che gli provenivano, oltre che dalla dottrina<sup>(2)</sup>, altresì: a) dalla stessa Convenzione di Roma, e, segnatamente, dal suo art. 46<sup>(3)</sup> (per come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo<sup>(4)</sup> ed applicato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nello svolgimento del suo compito istituzionale di vigilanza sull'attuazione delle sentenze da parte degli ordinamenti nazionali<sup>(5)</sup>) e b) dalla Corte costituzionale, che, con

---

(2) Per alcune voci della quale, in ambito processual-civiltistico, si vedano: E. D'Alessandro, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 711 ss.; F. De Santis di Nicola, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Edu tra problematico ampliamento dei motivi di revocazione e (sostanziale) neutralizzazione del giudicato nazionale non-penale*, in *Giusto proc. civ.* 2018, 807 ss. (parte prima) e 1107 ss. (parte seconda); A. Tedoldi, *Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla Cedu*, in questa *Rivista* 2019, 445 ss. e F. Auletta, *Uno stress test per la revocazione*, in *Giusto proc. civ.* 2020, 83 ss., spec. 93.

(3) A mente del quale, come noto, «Le Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte».

(4) Come noto, la Corte di Strasburgo non fa derivare dall'«impegno» di «conformazione» alle sentenze di condanna degli Stati nazionali per violazione della Convenzione l'obbligo alla adozione di specifiche, predeterminate misure, ma, fatto salvo l'obbligatorio pagamento della indennità eventualmente disposta a favore della parte lesa, vuole che l'ordinamento reagisca per il resto nel modo quanto più efficace possibile adottando misure a seconda dei casi a carattere anche «generale», oltre che «individuale» finalizzate a porre fine alla condotta giudicata incompatibile con la Convenzione (obbligo di «cessazione»), rimuoverne le conseguenze negative (obbligo di «riparazione») e garantire che per il futuro non si ripeta la medesima infrazione (obbligo di «non ripetizione»): in questo senso, *ex ceteris*, di recente, Corte EDU 14 novembre 2023, causa n. 1049/17, Nika c. Albania, §§ 174-178, in HUDOC. Sul tema v., nella dottrina internazionalistica, v. per tutti, P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2004; Idem, *sub Art. 46*, in S. Bartole, P. De Sena, G. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012, 744 ss. Uno specifico auspicio rivolto dalla Corte in particolare all'Italia in funzione della predisposizione nell'ordinamento processuale civile interno di uno strumento idoneo a far riaprire il procedimento con riferimento al quale si accertava una violazione all'art. 6, § 1 della Convenzione (per difetto di imparzialità dell'organo arbitrale decidente), è reperibile in Corte EDU 20 agosto 2021, causa n. 5312/11, Beg s.p.a. c. Italia, in HUDOC, ai §§ 162 e 163 della motivazione.

(5) Il Comitato dei Ministri è investito della funzione di «controllo» dell'«esecuzione» delle sentenze definitive della Corte a mente dei commi 2° ss. dell'art. 46. In seno al Regolamento del Comitato dei ministri (*Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*, del 10 maggio 2006, successivamente emendato, e reperibile nella versione consolidata all'interno del sito istituzionale del Consiglio d'Europa – alla pagina web <https://rm.coe.int/16806eebf0> – è formalizzata la triade degli obblighi di risultato riferita nella nota precedente, all'art. 6. Il Comitato dei ministri ha tuttavia espressamente caldeggiato, con la Raccomandazione (2000)2, del 19 gennaio 2000, che le Alte Parti contraenti si dotino di strumenti di riapertura dei giudizi nazionali per garantire, per quanto possibile, la *restitutio in integrum*, sottolineando, al § 10 della Raccomandazione, che tale invito, pur rivestendo la massima importanza in ambito penale, attiene anche a quelli non penali. Un efficace quadro compa-

opzione opposta a quella adottata in ambito penale (ove era intervenuta la celeberrima pronuncia additiva a carico dell'art. 630 c.p.p. del 2011<sup>(6)</sup>), con successivi diversi interventi<sup>(7)</sup>, pur esclusa la doverosità convenzionale (e costituzionale) di un analogo strumento revocatorio per i processi civile ed amministrativo, nell'individuare le difficoltà proprie di tali giudizi (segnatamente: l'esigenza di tutelare le parti del processo nazionale prive di un sistematico accesso al contraddittorio di quello convenzionale<sup>(8)</sup>), cal-

---

rativo aggiornato al 2017 riguardante la situazione di taluni ordinamenti europei contraenti la convenzione (e, precisamente: Francia, Germania, Inghilterra e Spagna) è nel dossier del Servizio studi della Corte costituzionale compilato, a cura di P. Passaglia, *Gli effetti delle sentenze di condanna della corte europea sulle sentenze dei giudici nazionali passate in giudicato*, con contributi di C. Torrisi, M.T. Rörig, S. Pasetto, C. Guerrero Picó. Cenni comparativi, estesi anche alla situazione Svizzera, altresì in E. D'Alessandro, *Revocazione della sentenza civile e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista* 2022, 217 ss., alla nota 1.

<sup>(6)</sup> Si tratta della sentenza n. 113 del 7 aprile 2011, sulla quale, per tutti, in dottrina, i contributi di G. Canzio, R.E. Kostoris, A. Ruggeri, *Gli effetti dei giudicati «europei» sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* 2/2011, del 28 giugno 2011.

<sup>(7)</sup> Cfr.: la sentenza n. 123 del 26 maggio 2017, in *Foro it.* 2017, I, 2180 ss., con nota di E. D'Alessandro, *Il giudicato amministrativo (e quello civile) per ora non cedono all'impatto con la Corte europea dei diritti dell'uomo*; nonché in *Giur. cost.* 2017, 1261 ss., con nota di E. Travi, *Pronunce della corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*; la sentenza n. 93 del 27 aprile 2018, in *Foro it.* 2018, I, 2289 ss., con nota di E. D'Alessandro, *Violazione della Cedu e revocazione del giudicato civile: 'nihil novi sub sole'*; e l'ordinanza n. 19 del 2 febbraio 2018, in *Consultaonline.it*, con la quale, seppur in funzione di una pronuncia di manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità (vertente sull'art. 106 c.p.a.), la Corte implicitamente ribadiva il quadro decisorio fornito con l'analogo rinvio già deciso con la citata sentenza n. 123.

<sup>(8)</sup> Con riferimento alla quale, si v. *in primis*, la sentenza n. 123/2017, cit. Nel riportare un passaggio di Corte EDU 5 febbraio 2015, *Bochan vs Ucraina*, dove si affermava rimessa agli Stati membri della Convenzione la scelta di come meglio conformarsi alle pronunce della Corte, «senza indebitamente stravolgere i principi della *res iudicata* o la certezza del diritto nel contenzioso civile, in particolare quando tale contenzioso riguarda[ss]e terzi con i propri legittimi interessi da tutelare», i giudici della Consulta lo giudicavano «di particolare rilievo, ai fini della risoluzione dell'odierna questione di costituzionalità», per derivarne che «in questa prospettiva, se è vero che non è irrilevante l'interesse statale ad una disciplina che eviti indennizzi a volte onerosi, per lesioni anche altrimenti riparabili, non si può sottacere che l'invito della Corte EDU potrebbe essere più facilmente recepito in presenza di un adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale». All'origine del problema – rilevava, invero, la Corte costituzionale – è la circostanza per cui il processo convenzionale «vede come parti necessarie il ricorrente e lo Stato autore della violazione, mentre l'intervento degli altri soggetti che hanno preso parte al giudizio interno – cui peraltro il ricorso non deve essere notificato – è rimesso, ai sensi dell'art. 36, paragrafo 2, della CEDU, alla valutazione discrezionale del Presidente della Corte, il quale «può invitare» «ogni persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze». Identiche espressioni si riscontrano in Corte cost. n. 93/2018, cit.

degiava che la loro soluzione, affidata al legislatore, generasse l'istituto anche in tali ambiti.

La delega appariva sufficientemente dettagliata; e, tuttavia, non priva di ambiguità, e del deliberato mantenimento di margini di discrezionalità tecnica nella configurazione della disciplina delegata: ambiguità e lacune intorno alle quali si sono poi addensati anche i principali profili di problematicità della disciplina governativa.

2. – Una prima scelta di valore che il Governo si trovava a dover compiere nell'attuazione della delega atteneva all'incerta estensione della nuova figura di revocazione fatto riferimento a giudicati nazionali formati fuori dal distretto giurisdizionale civile. La delega risultava, a questo riguardo, ambigua. Se, per un verso, infatti, l'intero impianto della legge delega riguardava le tutele civili, per come tradito dalla sua stessa intitolazione, per altro verso, la disposizione specificamente dedicata al nostro istituto non soltanto non esprimeva alcun chiaro limite al riguardo, ma nel richiamarsi al «rimedio [...] previsto dall'articolo 395 del codice di procedura civile» sembrava implicitamente avallare l'idea che quando la disciplina sulle giurisdizioni non civili si avvallesse del rinvio a quella norma – come accade per il processo amministrativo, *ex art.* 106 c.p.a., e per il processo tributario, *ex art.* 64, d.lgs. n. 546 del 31 dicembre 1992 – le relative aree giurisdizionali potessero legittimamente essere implicate dalla innovazione<sup>(9)</sup>.

Il Governo ha optato, come noto, per la limitazione della revocabilità dei giudicati al solo ambito civile<sup>(10)</sup>, con circoscritto riferimento, altresì,

---

<sup>(9)</sup> Per l'estensione della previsione di delega al processo amministrativo e tributario si era, infatti, espressa la dottrina occupatasi *ex professo* della disposizione: v., in particolare, E. Romani, *Il processo amministrativo e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'istituto della revocazione «convenzionale» prefigurato dalla l. 26 novembre 2021 n. 206*, in *Federalismi.it* del 15 giugno 2022 e E. D'Alessandro, *Revocazione della sentenza ...*, cit., 267, la quale ha poi ritenuto, però – Id., *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.* 2023, 479 ss., spec. 480 – che «l'introduzione di un nuovo motivo di revocazione straordinaria nel contesto dell'art. 395 c.p.c. avrebbe comportato l'ammissibilità della revocazione del giudicato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in contrasto con la Convenzione anche nel processo amministrativo (art. 106 c.p.a.) e tributario (art. 64, D. Lgs. n. 546/1992), con un impatto pratico che avrebbe oltrepassato l'ambito di operatività della delega». Secondo A. Fabbi, *Art. 391quater Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in (a cura di F. Santangeli) *Commentario alla riforma del processo civile*, vol. I, Napoli 2023, 283 ss., spec. 285 «La soluzione per ipotesi estensiva [...] deve allora far leva, in assenza di un intervento legislativo *ad hoc*, per ambedue i processi, sui rinvii generali, esterni ed in quanto compatibili di cui, ancora rispettivamente, agli artt. 39, comma 1°, c.p.a. e 1, comma 2°, c.p.t.».

<sup>(10)</sup> Lo sancisce perentoriamente il nuovo ultimo comma dell'art. 362 c.p.c.: «Le

entro tale ambito, alle accertate violazioni convenzionali che abbiano «pre-giudicato un diritto di stato della persona». Ciò, peraltro, non credo possa escludere che la nuova figura di revocazione trovi applicazione nei riguardi dei giudicati vertenti su tale genere di interessi sostanziali, allorché rilevanti nell'ambito della giurisdizione militare, stante che l'art. 1940, comma 3°, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (c.d. codice dell'ordinamento militare) assegna testualmente «al giudice ordinario in sede civile» le domande di tutela riferite: a) a «questioni di cittadinanza, di domicilio e di età»; o b) a «diritti civili o di filiazione, fatto riferimento ai soggetti sottoposti all'obbligo di leva per le ipotesi di ripristino del medesimo». La circostanza secondo cui nelle dette materie la sentenza del tribunale sia impugnabile con «ricorso in appello» e che «contro la pronuncia della Corte di appello è ammesso ricorso per cassazione» (art. 1941, comma 7°), con pur ipotizzabile esclusione dell'impugnazione *ex art.* 395 c.p.c. in generale<sup>(11)</sup>, non mi sembra escluda, dunque, l'esperibilità del nuovo rimedio speciale, che attiene ai giudicati «ordinari» (per come affermato dalla ricognitiva previsione del nuovo ultimo comma dell'art. 362 c.p.c.<sup>(12)</sup>), e si colloca, dunque, fuori dal sistema delle impugnazioni, per come concepito nell'art. 323 c.p.c.

3. – Riproducendo piuttosto fedelmente la fisionomia dell'analogo revocazione prevista, dal novembre 2016, dall'ordinamento processual-civilistico francese<sup>(13)</sup>, il legislatore delegato ha – come anticipato – circo-

---

decisioni *dei giudici ordinari* passate in giudicato possono altresì essere impugate per revocazione ai sensi dell'articolo 391 quater quando il loro contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione ovvero ad uno dei suoi Protocolli».

<sup>(11)</sup> Al netto, peraltro, della sentenza Corte cost. 5 maggio 2021, n. 89, in *judicium.it* 2021, 179 ss., con nota di R. Tiscini, *Revocabilità per errore di fatto delle ordinanze a contenuto decisivo. Una sentenza della Consulta condivisibile nel merito, ma non nel metodo*; ed in *Giur. it.* 2022, 79 ss., con nota di B. Zuffi, *La revocazione per errore di fatto come rimedio imprescindibile di tutela giurisdizionale*.

<sup>(12)</sup> V. *supra*, alla nota 10. Il riferimento ai giudici «ordinari» ritengo escluda il rimedio pur quando un giudicato amministrativo leda un diritto di stato della persona (circostanza non scongiurabile in linea di principio, in ragione dello stato di cittadinanza, in particolare). Verosimilmente alla luce di ciò la Corte di Cassazione nella *Relazione sullo schema di d.lgs. recante attuazione della l. n. 206 del 2021*, redatta dall'Ufficio del massimario e del ruolo (Rel. 96 del 6 ottobre 202), reperibile nel sito della Corte, ha ritenuto (non correttamente, tuttavia, a nostro modo di vedere) che «il rimedio sembrerebbe esperibile avverso le decisioni di qualsiasi giudice italiano, purché passata in giudicato», p. 25.

<sup>(13)</sup> In forza dell'art. 42 della Loi 18 novembre 2016, n. 2016-1547, di novella al C.O.J., secondo cui: (Art. L. 452-1) «Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéficiaire de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu

scritto la revocazione *ratione materiae*, limitandola alle ipotesi in cui «la violazione accertata dalla Corte europea ha pregiudicato un diritto di stato della persona». Si tratta di una categoria dagli incerti confini, che non si richiama testualmente a nessuno dei «diritti fondamentali» per come rubricati dalla Convenzione<sup>(14)</sup>. Sarà, verosimilmente, l'art. 8 della stessa a fornire il *medium* normativo più frequente la cui violazione risulti dal

---

par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions». Per via della limitata portata materiale di applicazione dell'istituto, in Francia il riesame dei giudicati civili per contrarietà accertata alla conv. eur. dir. uomo ha avuto sparute applicazioni (e solo a partire dal 2018). Nella dottrina francese ha tuttavia ricevuto l'attenzione di numerosi autori: F. Mélin, *La Cour de réexamen des décisions civiles prononce ses deux premiers arrêts*, in <https://www.dal-loz-actualite.fr>, del 20 febbraio 2018; C. Delahais, *Le réexamen des affaires civiles à la suite d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'état des personnes dans la loi «Justice du XXIe siècle»*, in *Revue Juridique de l'Ouest* 2017, 49 ss.; T. Le Bars, *Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes: instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile*, in *Droit de la Famille* 2017, 1 ss.; L. Cadiet, *La loi J21 et la Cour de cassation: la réforme avant la réforme?* in *Procédures* n. 2, févr. 2017, étude 3, spéc. § 9; F. Ferrand, *Le décret du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation*, in *La Semaine Juridique* 2017, 702, spec. § 4.

(14) Censurava al riguardo similmente la disposizione per l'uso in essa di «un'espressione» dal significato non «sufficientemente univoco e determinato, tale da poter essere propriamente utilizzata in una disposizione del codice di rito», anche il Csm nel parere pronunciato il 21 settembre 2022 sul testo del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 28 luglio precedente su richiesta del Ministero della Giustizia. Analoghe perplessità manifestano E. D'Alessandro, *Revocazione per contrarietà...*, cit., 480 s., e A. Graziosi, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in questa *Rivista* 2023, 667 ss., a giudizio dei quali a residuare incerto è se la disposizione si presti a comprendere tutti i diritti non patrimoniali protetti dalla Convenzione o vada riferita ai soli *status* familiari. Parimenti critico verso l'uso della formula «non tecnicamente perfetta» (ritenendo sarebbe stato «più appropriato parlare di 'stato della persona'», anche S. Menchini, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, in *Judicium*, 6 s., il quale ritiene «la volontà della legge» tuttavia «inequivoca: oggetto del giudicato (interno) anticonvenzionale deve essere uno stato della persona (di famiglia, quale il matrimonio, la filiazione, l'unione civile, ovvero di cittadinanza)». Perplessità ha manifestato anche la dottrina francese nel confrontarsi con un testo normativo pressoché identico, sul punto, a quello italiano (v., in particolare C. Delahais, *Le réexamen des affaires civiles...*, cit., secondo la quale lo stesso «stato delle persone» rappresenta «une notion à contenu variable» e «si un consensus semble régner sur l'appartenance à l'état des personnes d'éléments tels que le nom, le prénom, l'âge ou le sexe d'une personne physique, de même que sa qualité de célibataire, de personne mariée, pacsée ou divorcée, ainsi que sa filiation, il en va différemment s'agissant du domicile et de la capacité»).

giudicato revocando, ma non può escludersi che diritti di stato risultino violati per il tramite di riconosciuti *vulnera* ad altri diritti fondamentali (quale il diritto «al matrimonio», ad esempio, tutelato dall'art. 12). La pratica applicativa interna, ad ogni modo, determinerà il diritto vivente capace di perimetrare la materia, magari estendendola ad ogni diritto della personalità<sup>(15)</sup>, che, come i diritti «di stato», non sono passibili per loro natura di adeguata tutela in forme schiettamente patrimoniali: anche nel rispetto del criterio di uguaglianza sostanziale, presupposta, quale *ratio* della disciplina, quella – dichiarata dal Governo – di voler riservare lo strumento alla tutela di posizioni di regola, appunto, non passibili di compiuta riparazione per via meramente pecuniaria<sup>(16)</sup>.

4. – Al di là dell'ambigua portata della categoria dei diritti tutelabili con il nuovo strumento revocatorio, la scelta del legislatore delegato ritengo lasci emergere profili di illegittimità in relazione al vincolo di delega. Per coglierli va anzitutto evidenziato che il Governo ha ritenuto giustificare la restrizione contenutistica in questione, per come ricavabile dalla relazione illustrativa del decreto n. 149, considerando la normale ricorrenza, proprio per i «diritti di stato delle persone», di una delle condizioni cui la delega subordinava l'ammissibilità dello strumento: quella, in particolare, dell'«impossibilità» di «rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente». È proprio «per questi diritti, infatti» [i diritti di stato, n.d.r.], aggiunge la citata relazione, che «il rimedio risarcitorio, in quanto finalizzato ad attribuire un'utilità economica alternativa, spesso si rivela non del tutto soddisfacente»<sup>(17)</sup>.

L'art. 1, comma 10°, lett. a) della legge delega esprimeva la richiamata condizione correlando il nuovo rimedio ai casi in cui «non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente». L'uso del generico verbo «potere» (sempre temibile nell'ambito del linguaggio tecnico-nor-

---

<sup>(15)</sup> Ed in effetti di «specifiche violazioni, riferibili segnatamente ai diritti personali o di stato» dice la Relazione illustrativa del d.lgs. n. 149/2022 (in *Gazz. uff.* 2022, Serie generale n. 245, Supplemento straordinario n. 5 del 19 ottobre 2022,) in un suo passaggio (cfr. p. 8), a differenza che altrove (v. p. 45, ove si dice invece di «violazioni alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo accertate dalla Corte europea che hanno provocato un pregiudizio a un diritto di stato della persona»; corsivo aggiunto).

<sup>(16)</sup> E di «disparità di trattamento processuale di situazioni sostanziali identiche» che «difficilmente sarebbe in grado di superare il vaglio di costituzionalità», per l'ipotesi di interpretazione restrittiva della formula «diritto di stato della persona» dice, invero, A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, Torino 2023, 129. Anche per A. Fabbi, *op. cit.*, 289, la scelta restrittiva del Governo sul punto può «prestarsi a qualche remora in punto di [...] una non limpida ragionevolezza, e della diffusa contraddittorietà».

<sup>(17)</sup> Cfr. la citata Relazione illustrativa del decreto n. 149, spec. 46.

mativo) ha verosimilmente generato una ambiguità di senso, sciolta dal Governo in una direzione che altri indici della delega stessa fanno emergere, a sommosso mio modo di ritenere, erronea.

Il legislatore delegato sembra invero aver colto quel senso alla stregua di una valutazione astratta e a carattere per così dire strutturale, ravvisandolo in beni la cui violazione è non risarcibile per loro «natura» pecuniariamente, poiché intrinsecamente non patrimoniali, bensì di ordine soggettivo identitario, di *status* familiare, o civico.

La formulazione della delega, tuttavia, potrebbe altrettanto plausibilmente esser colta alla stregua di una valutazione pragmatica ed in concreto, correlata all'insufficienza occasionale della «tutela per equivalente» erogata in base all'ordinamento convenzionale, oltre che dalla sistemica carenza, in quello interno, di un'azione risarcitoria patrimoniale esercitabile una volta accertata la violazione. In tale distinta ottica, anche diritti fondamentali a contenuto pur originariamente patrimoniale potrebbero giustificare una loro tutela mediante lo strumento revocatorio, appunto le volte in cui la riparazione del danno economico in concreto accordata dalla Corte sovranazionale alla parte lesa non sia esaustiva. Ed invero: a) per un verso, la natura a carattere solo indennitario dell'accertamento strumentale all'«equa soddisfazione» convenzionale<sup>(18)</sup>, come tale non sempre idonea a risarcire tutto il danno derivato dalla violazione e, b) per altro verso, la mancanza di alcuna azione giurisdizionale di risarcimento prevista alla stregua dell'ordinamento italiano a favore della parte che la violazione abbia subito (non potendo *d'emblée* sovrapporsi le fattispecie generatrici di responsabilità civile dei magistrati a quelle di responsabilità statale per violazione della Convenzione), descrivono un contesto che

---

(18) Evidenzia il carattere di «indennizzo, liquidato in via equitativa» dell'«equa soddisfazione» prevista dall'art. 41 conv. eur. dir. uomo, non coincidente «con la tutela per equivalente, che ha carattere risarcitorio e funzione ripristinatoria» S. Menchini, *op. cit.*, § 2. Una analoga posizione viene espressa da P. Gori, in *Risarcimento danni e diritti socio-economici. La tutela avanti alla CEDU*, Frosinone 2016, il quale – v. p. 37 ss. – evidenzia le numerose discrasie fra la logica indennitaria dell'«equa soddisfazione» e quella propriamente risarcitoria (l'ampia discrezionalità sull'*an* e sul *quantum* del danno convenzionalmente riconosciuto, la possibile mancata distinzione nella pronuncia fra poste di danno patrimoniale e non patrimoniale, la parziale cognizione del danno, allo stato dell'accertamento...). Una verifica della difformità fra la logica indennitaria della Corte nel riconoscere e quantificare l'«equa soddisfazione» ex art. 41 della Convenzione e la logica risarcitoria dei danni conseguiti alla violazione la si può cogliere nella sentenza Corte EDU 29 ottobre 2020, sul ricorso n. 58999/13 (Moustakidis c. Grecia), in *dirittifondamentali.it*, ove la Corte giunge a riconoscere una somma equitativa su una delle poste risarcitorie reclamate dal ricorrente, anche in ragione della residua pendenza processuale interna su di essa e della propria indisponibilità ad attenderne gli esiti.

rende perfettamente plausibile che il Parlamento potesse pensare, nel programmare il nuovo istituto, a lesioni che, per quanto a carattere patrimoniale, non avessero goduto, nel singolo caso, di una compiuta tutela per equivalente.

A ciò va aggiunta una decisiva considerazione: il fatto, cioè, che la delega, nel sottolineare «ferma [...] l'esigenza di evitare duplicità di ristori», non poteva non considerare implicitamente che violazioni vertenti su diritti a carattere pur originariamente patrimoniali<sup>(19)</sup>. Essendo solo pecuniaria la riparazione che la Corte ha potestà di riconoscere per le «conseguenze» dell'accertata violazione, il «ristoro» che la revocazione, con specifica *restitutio in integrum*, avrebbe avuto potenzialmente modo di duplicare non poteva che concernere infatti un diritto a carattere patrimoniale. Una conferma indiretta di quanto qui sostenuto può ravvisarsi nell'irragionevolezza con la quale l'art. 391-*quater*, volendo prestare ossequio alla lettera della delega, ha previsto, quale seconda condizione per l'ammissibilità dell'impugnazione, che «l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione non [sia] idonea a compensare le conseguenze della violazione». Se la violazione deve aver «pregiudicato un diritto di stato della persona» la riferita condizione non potrà, infatti, sistematicamente realizzarsi, se è vero, com'è, che la violazione di un «diritto di stato» non è di per sé mai pienamente riparata per mezzo del denaro<sup>(20)</sup>.

5. – Un tema che, presupposta la perimetrazione oggettiva del nuovo istituto, la disciplina vigente ha proposto agli interpreti, sul piano – ancora – della sua materiale portata applicativa, è quello dell'incerta estensione della nuova revocazione a violazioni determinatesi, pur sempre nell'ambito di procedimenti nazionali vertenti su diritti di stato della persona, ma non immediatamente a carico del relativo interesse sostanziale, bensì in rapporto ai canoni convenzionali dell'«equo processo», a mente dell'art. 6 conv. eur. dir. uomo<sup>(21)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Afferma la scelta governativa «prestarsi a qualche remora in punto di (s)corretto esercizio della delega, con ogni conseguenza che ne deriva, sul piano della costituzionalità» anche A. Fabbì, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(20)</sup> Nello stesso senso, se mal non interpreto, A. Mengali, *La revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. Cecchella, Bologna 2023, 403 ss., secondo il quale «la limitazione della operatività della disposizione alla violazione dei diritti di natura personale [...] rappresenta di fatto una specificazione *ex ante* di quali sono, ad avviso del legislatore, i casi in cui l'equa soddisfazione non è idonea a rimuovere le conseguenze della violazione» (410 s.).

<sup>(21)</sup> Ritiene senz'altro esclusa la possibilità di revocazione del giudicato interno per

Può, in altri termini, ammettersi la revocazione di giudicati accertati come contrari alle regole strumentali, piuttosto che immediatamente all'interesse soggettivo materiale di «stato della persona»?

Le espressioni della delega, colte nella loro portata sia letterale, che funzionale, avrebbero indubbiamente orientato verso una risposta affermativa. Per un verso, infatti, esse qualificavano genericamente il motivo revocatorio nell'intervenuta affermazione definitiva da parte della Corte sovranazionale di «contrarietà» del giudicato, «in tutto o in parte, alla Convenzione [...] ovvero a uno dei suoi Protocolli». Per altro verso, sono proprio le violazioni a contenuto strumentale, quali quelle attinenti al mancato rispetto dei canoni dell'equo processo, a determinare *vulnera* a carico della difesa processuale, per loro natura non riparabili efficacemente «tramite tutela per equivalente» (fatta eccezione per la «non ragionevole durata», che, tutto al contrario, è insuscettibile, per forza di cose, di *restitutio in integrum* e non può che esser riparato mediante la sola tutela pecuniaria).

L'aver circoscritto nel decreto l'area di applicazione del nuovo istituto a carico di accertate violazioni che hanno «pregiudicato un diritto di stato della persona» getta, tuttavia, una nuova luce sulla questione, non potendo

---

accertata violazione dell'art. 6 della Convenzione, F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano 2023, 230 ss., spec. 232 s., valutando la scelta, tuttavia, certamente foriera di «deprecabili conseguenze». In senso favorevole, invece, S. Menchini, *op. cit.*, § 3, che giudica non essersi «opportunamente» «accolta l'indicazione della Corte europea, per la quale, nel caso in cui la violazione accertata riguardi le regole del giusto processo (art. 6 Cedu), il rimedio più adeguato sarebbe la revisione del giudizio», dandosi così rilievo non «al tipo di violazione, ma solo al tipo di situazione sostanziale pregiudicata». Diversamente, a giudizio di E. D'Alessandro, *Revocazione...*, cit., 481, secondo cui entro un'«ottica di favor nei confronti della ipotesi di revocazione *de qua* e facendo leva sul tenore letterale dell'art. 391-*quater* [...] è da ritenere che la violazione convenzionale che ha pregiudicato lo *status* – o, più in generale, il diritto non patrimoniale dedotto in giudizio – possa riguardare sia il diritto sostanziale applicato al merito della controversia decisa con statuizione dichiarata in contrasto con la Convenzione, sia le regole processuali che hanno disciplinato il procedimento». Per L. Passanante, *Le impugnazioni civili dopo il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, in *questionegiustizia.it*, la nuova disciplina «non richiede, ai fini della revocazione, la violazione di norme poste a tutela di diritti di stato della persona, ma solo che la violazione di (evidentemente qualunque) norma della Cedu, accertata dalla Corte europea, abbia determinato un pregiudizio su diritti di stato della persona. Con la conseguenza che anche una violazione, ad esempio, dell'articolo 6 della Cedu, che abbia determinato un pregiudizio su un diritto di stato, consentirà alla parte pregiudicata accesso alla revocazione». Possibilista, invece, A. Mengali, *La revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., che valorizza in chiave estensiva la lettera della norma, che non riferirebbe «direttamente la violazione accertata» al diritto personale, imponendo solo che lo abbia «pregiudicato», ma nega fosse questa la *voluntas* del Governo, sulla scorta di chiari indici contrari della relazione di accompagnamento; e, con giustificata perplessità, A. Fabbi, *op. cit.*, 290 s.

propriamente dirsi pregiudizievole di un tale diritto (colto nella sua propria portata di interesse materiale) una violazione accertata solo a carico delle regole sull'«equo processo».

La questione va risolta anzitutto indipendentemente dalla circostanza che il giudicato sortito dal processo nazionale sia un semplice giudicato formale o sostanziale. Una soluzione intermedia, invero, che postulasse la revocazione ammissibile solo a fronte di un giudicato materiale lesivo dell'interesse soggettivo della parte fattasi attrice in sede convenzionale (e che possa dirsi in quest'ottica «pregiudicata» nel suo diritto), ivi ricavandone tuttavia il solo preliminare accertamento di contrarietà ai canoni del giusto processo, non sarebbe ragionevolmente condivisibile. Non ritengo, infatti, ragionevole che la censura al giudicato materiale valga come un cavallo di Troia che dia accesso alla domanda impugnatoria nel cui ambito poter poi liberare le armi processuali potenzialmente in grado di sovvertire, in sede rescissoria, la soccombenza interna: un *escamotage* del quale resti invece, *in thesi*, priva la parte che non abbia attinto internamente ad alcun accertamento materiale e possa, per ciò, solo censurare la violazione strumentale. Vero è che, in tal caso, la parte privata disporrebbe ancora dell'azione di tutela giurisdizionale interna finalizzata all'ottenimento del giudicato sostanziale. Tale evenienza, tuttavia, la esporrebbe ad una più onerosa difesa (scandita da nuovi, potenzialmente plurimi, gradi di giudizio), alienandola dai vantaggi economici dell'impugnazione revocatoria dinanzi alla Corte di cassazione. A ciò si aggiunge il rilievo per cui negandosi il rimedio impugnatorio nella fattispecie ora in considerazione si assisterebbe ad una differenziazione di trattamento processuale interno in rapporto a vicende che, dal lato convenzionale, manifestano identici disvalori (essendo le due ipotesi in considerazione comunque accomunate dall'accertata unica violazione a carico del diritto all'equo processo). Quando, invece, è stata proprio la considerazione del disvalore «convenzionale» manifestato dal giudicato interno (formale o sostanziale che sia) a costituire il primigenio baricentro politico della disciplina.

Pur sempre nell'ambito di procedimenti sugli *status* personali, la soluzione al dilemma ora in considerazione dovrà dunque essere: o l'esclusione *in toto* del rimedio a fronte di accertate violazioni dell'«equo processo», o la loro inclusione anche quando il giudizio non sia pervenuto ad alcun accertamento.

È evidente che l'opzione più garantista restituirebbe alla revocazione maggiore utilità, contrastando la prevedibile estrema esiguità applicativa cui il rimedio andrebbe, al contrario, incontro. Ma non può negarsi ch'essa si scontra con il dato testuale dell'art. 391-*quater*: laddove afferma, anzitutto, (lo si è detto) che la violazione accertata in sede sovranazionale «ha

pregiudicato il diritto di stato della persona»; ed, altresì, laddove dice impugnabili le decisioni passate in giudicato «il cui contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione»<sup>(22)</sup>, così complessivamente riconnettendo la «violazione» al «contenuto passato in giudicato»: come non sarebbe (considerandosi quelle parole rigorosamente) le volte in cui le violazioni alle regole dell'equo processo non si fossero propriamente incorporate nel contenuto della decisione passata in giudicato<sup>(23)</sup>, ma avessero permeato il procedimento senza poter rilevare quale tema oggetto del giudicato formale: come accadrebbe, esemplarmente, le volte in cui la violazione risultasse consumata in seno al procedimento per cassazione, con vizio non rilevabile nel corso del giudizio, ed altresì estraneo alle residue ipotesi di impugnabilità della pronuncia. Inoltre, ritenere la revocazione del giudicato strumentale alla riparazione del danno derivato dall'accertato *vulnus* all'equo processo sol perché funzionale alla rimozione della (eventuale) violazione del «diritto di stato» porta a fare dell'impugnazione uno strumento di attuazione della sentenza sovranazionale che frustra l'ottica nella quale la Convenzione riconosce e tutela il diritto all'equo processo medesimo. Nella Convenzione, infatti, quel diritto, ancorché ontologicamente «strumentale», è affiancato agli altri diritti, tutelati tutti «in assoluto» quali fondamentali; sicché aver garantito internamente l'attuazione specifica della sua violazione solo a fronte di cause vertenti sugli *status* personali significa aver interpretato l'impegno derivante dall'art. 46 in termini arbitrariamente parziali<sup>(24)</sup>.

---

(22) Identica espressione è rinvenibile nell'art. 362, ult. comma, c.p.c.

(23) Come accaduto, ad esempio, nel celebre caso *Succi c. Italia* (cfr. Corte EDU 28 ottobre 2021, n. 55064/11, in questa *Rivista* 2022, 301 ss., con nota di F. De Santis di Nicola, *Quesito di diritto e autosufficienza del ricorso per Cassazione secondo la Corte di Strasburgo*; ed in *questionegiustizia.it* 22 dicembre 2021, con nota di P. Biavati, *Il principio di autosufficienza del ricorso in Cassazione al vaglio della Corte Edu*, in cui la pronuncia d'innammissibilità del ricorso per cassazione costituiva il contenuto di una specifica riprovata applicazione in sede convenzionale del principio di autosufficienza del ricorso.

(24) Sul fronte interno, va altresì considerato che la revocazione straordinaria costituisce un rimedio residuale ed estremo per sua natura, e stridrebbe con ciò, avendo scelto quale baricentro politico della tutela un diritto materialmente considerato, quale il «diritto di stato della persona» (piuttosto che il rimedio ad una lesione strumentale, a carico di una regola di ordine pubblico processuale), che essa venga data anche a fronte di una violazione solo potenziale del medesimo. Diverso sarebbe stato nell'ottica dell'applicabilità generalizzata del nuovo rimedio secondo la proposta elaborata dal gruppo di lavoro nominato dalla Ministra della Giustizia, che, peraltro, specificava la portata della detta violazione ai casi in cui avesse pregiudicato in modo decisivo l'esercizio del diritto di difesa della parte proponente la revocazione (cfr. F.P. Luiso, *op. cit.*, 232).

6. – Quanto alle «decisioni» oggetto formale dell'impugnazione, esse sono quelle dalle quali è derivato il passaggio in giudicato della pronuncia accertata come violatrice della Convenzione, indipendentemente dalla circostanza che in esse si sia incorporato l'accertamento sostanziale pregiudizievole del diritto di stato della persona.

La subordinazione di ammissibilità della domanda di tutela convenzionale al previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni (come noto, ai sensi dell'art. 35 della Convenzione) comporterà che, nella maggior parte dei casi, si tratti di pronunce rese in esito a ricorso per cassazione: tanto che abbiano deciso nel merito la causa (analogamente a quanto già valevole per la revocazione *ex art. 391-ter*), tanto che lo abbiano rigettato (e, come tali, determinatrici del passaggio in giudicato sostanziale del *decisum* in appello rispetto al cui contenuto sia stata accertata la violazione convenzionale). In caso di accoglimento del ricorso con rinvio, ad essere impugnata sarà la sentenza del giudice di rinvio (passata in giudicato e presupposta integrata la condizione *ex art. 35 conv. eur. dir. uomo* in senso «effettivo»<sup>(25)</sup>).

Non sarebbe il solo caso, peraltro, in cui la revocazione *de qua* si rivolge (anche) formalmente contro una decisione del giudice territoriale.

La concezione sostanziale, propria della giurisprudenza di Strasburgo, della regola sul previo esaurimento dei rimedi di ricorso interno, che fa riscontrare sussistente tale condizione anche quando un rimedio di ricorso ulteriore avverso la sentenza tacciata di violare la Convenzione astrattamente vi sia, ma non sia «effettivo» con riferimento alla causa determinatrice della violazione del diritto<sup>(26)</sup>, non esclude, infatti, che il giudicato possa incarnarsi in una sentenza d'appello non assoggettabile sulla que-

---

<sup>(25)</sup> Sul che v. *infra* nel testo, in questo stesso paragrafo.

<sup>(26)</sup> Finanche allorché la detta non effettività sia data dalla circostanza della mancanza di «ragionevoli prospettive di esito positivo» del rimedio interno alla luce dell'ordinamento nazionale e del suo diritto vivente (in questo senso, cfr., *ex ceteris*, Corte EDU, sentenza 16 dicembre 1999, n. 24888/94, V. c. Regno Unito, § 57, in HUDOC). Esemplare in questa direzione la vicenda della causa sfociata nella sentenza della Corte EDU 21 gennaio 2014, n. 33773/11, Zhou c. Italia (la stessa dalla quale, sul fronte interno, sarebbe sortito il rinvio sulla questione di costituzionalità degli artt. 395 e 396 c.p.c. – culminato nella sentenza Corte cost. 27 aprile 2018, n. 93, cit., – nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione quello in cui essa «si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»), nella quale la Corte sovranazionale ha ritenuto non ostare alla ricevibilità della domanda il non aver la parte istante azionato il ricorso per cassazione avverso un decreto di adottabilità di minore, tenuto conto che le forme nelle quali la madre pretendeva realizzarsi il proprio diritto a una vita familiare (nella specie, mediante la disposizione di una adozione «mite» che consenta il mantenimento dei rapporti del minore con la famiglia di origine, stante la carenza di previsione nella l. 4 maggio 1983, n. 184, per

stione a ricorso per cassazione (si pensi al caso in cui la violazione emerga dal travisamento su un fatto circa la cui sussistenza il giudice d'appello si sia pronunciato, così, tendenzialmente escludendo che il giudizio per cassazione, caratterizzato dalle angustie del vizio per errore sul fatto conseguite alla riforma del 2014, possa porvi rimedio) <sup>(27)</sup>.

Resta fermo, tuttavia, che il riferire testualmente la revocazione al «le decisioni passate in giudicato» implica comunque un potenziale assoggettamento dei provvedimenti uscenti dal procedimento *de quo agitur* al ricorso per cassazione: se del caso, straordinario, a mente dell'art. 111 Cost. Opportuno, dunque, l'impiego del termine «decisioni», piuttosto che quello di «sentenze», presente nella delega, stante l'evenienza che la lesione attenga a pronunce aventi diverso *nomen juris* <sup>(28)</sup>, e tuttavia, per le note caratteristiche di «definitività» e «decisorietà», comunque meritevoli di essere revocate.

Del resto, un tratto determinante della nuova revocazione è la circostanza che la stessa, radicalmente distinguendosi in questo da qualsivoglia altra impugnazione, non si specifica ed identifica necessariamente in rapporto ad un «vizio» occorso all'organo giudicante, quanto in rapporto all'effetto lesivo del diritto fondamentale che la vicenda giurisdizionale non abbia saputo o potuto rimuovere. «Motivo» della revocazione è l'accertato contrasto fra il giudicato interno e la Convenzione. Ciò che la parte fa valere dinanzi alla Corte di Strasburgo è che lo Stato abbia leso il diritto (per come convenzionalmente riconosciuto e tutelato) attraverso un organo che lo impegni giuridicamente; e che i rimedi giurisdizionali interni non abbiano saputo escluderlo, pur indipendentemente dalla circostanza che, correttamente esercitando la propria *potestas decidendi*, gli stessi non fossero in grado di farlo per essere, segnatamente, lo stesso ordinamento sostanziale causa della violazione.

Il punto tocca invero un profilo assai delicato del rapporto tra i soggetti istituzionalmente implicati dall'applicazione della Convenzione. Personalmente propenderei a ritenere che l'ipotesi ora in considerazione determina una solo apparente deroga all'assetto in generale valevole in me-

---

come modificata dalla l. n. 149/2001 e dal d.lgs. n. 196/2003), non avrebbe avuto fortuna, stante la carenza nel sistema italiano della esplicita previsione di simili forme di adozione.

<sup>(27)</sup> Non osta, mi sembra, a tale lettura la richiamata applicazione dell'art. 391-ter, secondo comma (disposta dall'ultimo periodo dell'art. 391-quater, secondo comma), la quale si giustifica in relazione alla stabile competenza sulla revocazione della Corte di cassazione. Nello stesso senso, A. Mengali, *op. cit.*, 412.

<sup>(28)</sup> Nello stesso senso, v. già E. D'Alessandro, *Revocazione della sentenza civile...*, *cit.*, 222, e alla nota 15, A. Graziosi, *op. cit.*, 696, e A. Fabbì, *op. cit.*, 284.

rito al rapporto fra le fonti (quella convenzionale e l'altra interna) per come consacrato dalla nota giurisprudenza costituzionale, che vieta la disapplicazione diffusa di una norma nazionale ritenuta in contrasto con la Convenzione, ed impone la previa affermativa dichiarazione di quel contrasto da parte della Corte costituzionale, per il *medium* dell'art. 117 della Carta fondamentale. A giustificare la mia preferenza (oltre che ragioni funzionali di effettività del nuovo rimedio) è la circostanza che nel caso di specie il giudice della revocazione, autorizzato a farlo dallo strumento revocatorio, applica immediatamente il solo articolo 46 della Convenzione «conformando» il giudicato alla sentenza definitiva della Corte di Strasburgo, la quale, decidendo sul caso di specie, ha idealmente reciso l'originario legame ideale fra norma convenzionale e fattispecie concreta<sup>(29)</sup>. Egli non compie dunque propriamente l'operazione inibitagli dalla

---

(29) Per un'autorevole opposta lettura, si veda, tuttavia, S. Menchini, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, in *Judicium*, in particolare al par. 3, che ravvisa nella circostanza dell'esser derivata la violazione alla Convenzione da «lacuna normativa di diritto sostanziale» interno la causa per la «impossibilità giuridica» della *restitutio in integrum* mediante revocazione, ritenendosi altrimenti, con argomento *per absurdum*, dover il giudice applicare nella fase rescissoria dell'impugnazione «le medesime norme già poste a base del giudicato interno anticonvenzionale». La tesi di cui al testo del presente lavoro tende evidentemente ad una visione «effettiva» del nuovo rimedio di tutela individuale, che non si lascia limitare dalle circostanze causative della violazione anche quando le residue misure generali di attuazione della sentenza impegnino l'esercizio di un potere estraneo a quello giurisdizionale, il quale, in sede rescissoria andrebbe considerata come dotata della potestà applicativa della regola del caso di specie, dettata dalla Corte sovranazionale, per il *medium* dell'istituto revocatorio, e non più della norma convenzionale ritenuta confliggente con l'ordinamento interno. In questa direzione è andato l'ordinamento francese, per come dimostrano le fattispecie di «riesame» dei pronunciamenti della *Cour de cassation* in merito al divieto di trascrizione nei registri dello stato civile, in qualità di figli, dei bambini nati da accordi di «*gestation pour autrui*». Una posizione intermedia adotta E. D'Alessandro, *Revocazione per contrarietà...*, cit., 483, alla nota 23. A giudizio dell'autrice, infatti, presupposta l'ammissibilità del rimedio, «qualora la Corte di Strasburgo abbia dichiarato contrastante con la Convenzione o i suoi protocolli una legge sostanziale che il giudice italiano aveva correttamente interpretato ed applicato (senza incorrere, cioè, in una falsa applicazione di legge) per giungere alla decisione della controversia in materia di diritti non patrimoniali, al fine di eliminare la violazione della Convenzione sarà necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale ex art. 117 Cost., non potendosi applicare il meccanismo della disapplicazione fruibile solo quando si tratti di contrarietà al diritto dell'Unione europea». Nello stesso senso del testo, v., invece, P. Pustorino, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce della recente giurisprudenza italiana*, in F. Salerno, R. Sapienza (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino 2011, 167, secondo cui la soluzione più appropriata, preconizzata come la sola capace di garantire la corretta applicazione della sentenza, sarebbe stata – *ante litteram* – quella secondo cui, in caso di accertato contrasto tra norma interna e sentenza della Corte EDU, il giudice comune possa provvedere direttamente alla disapplicazione della norma interna.

Corte costituzionale, avendo per ipotesi la Corte sovranazionale vagliato la compatibilità fra ordinamento nazionale e Convenzione.

Volendo, dunque, ritenere che revocare il giudicato in tal caso confligge con il divieto di disapplicazione diffusa della norma interna (sulla scorta di una lettura che, tuttavia, omette di considerare il decisivo *medium* della sentenza convenzionale, per concentrarsi tutta sulla considerazione dell'effetto dell'operazione giudiziale), a doversi censurare di incostituzionalità sarebbe, semmai, la norma sulla revocazione medesima<sup>(30)</sup>.

7. – La delega indicava espressamente nelle «parti del processo svoltosi innanzi alla Corte di Strasburgo», nei «loro eredi o aventi causa» e nel «pubblico ministero» i legittimati attivi alla domanda di revocazione. Il Governo non ha esplicitato il novero dei legittimati, prevedendo unicamente – nell'art. 397 c.p.c. – che la legittimazione spetti (anche) al Procuratore generale presso la Corte di cassazione.

La scelta sembra così declinare la previsione della delega sulla dovuta legittimazione del pubblico ministero<sup>(31)</sup>. Si tratta, verosimilmente, di un ritenuto corollario alla regola di stabile attribuzione della competenza sulla domanda di revocazione alla Corte suprema. Assegnare anche al Procuratore generale la legittimazione ad impugnare il giudicato parrebbe disallineare la disciplina dalle regole di sistema, secondo le quali per le cause in cui il pubblico ministero sia previsto quale interveniente necessario (come accade, a mente dell'art. 70, n. 3, c.p.c. proprio per quelle «riguardanti lo stato delle persone»<sup>(32)</sup>), non gli è dato potere di impugnazione<sup>(33)</sup>. La nuova disciplina, tuttavia, circoscrive la legittimazione alla nuova revocazione speciale, affiancandosi alle preesistenti figure di «revocazione straordinaria» del pubblico ministero, a mente dell'art. 397, comma 1° c.p.c., valevoli anch'esse per le «cause in cui l'intervento del pubblico ministero è obbligatorio a norma dell'articolo 70, primo comma»<sup>(34)</sup>. Il nuovo ultimo

---

<sup>(30)</sup> Giacché non dubiterei del fatto che la disposizione nella sua portata testuale si estenda a qualsivoglia violazione accertata a carico dei diritti di stato personali, indipendentemente dalle dinamiche che l'abbiano determinata. E che, del resto, anche la valorizzazione della sua (già per altri versi fin troppo esigua) portata applicativa, militi nella stessa direzione.

<sup>(31)</sup> Ritiene la disposta legittimazione frutto della considerazione del «superiore interesse dell'ordinamento alla rimozione delle violazioni alla Convenzione da parte di una decisione giurisdizionale, accertata dalla Cedu» la Corte di cassazione nella *Relazione...*, cit., 26.

<sup>(32)</sup> Lo ricorda S. Menchini, *op. cit.*, §. 5.

<sup>(33)</sup> Fatte salve sparute eccezioni: v. art. 72, commi 3° e 4°, c.p.c.

<sup>(34)</sup> Ben più vistosa sarebbe, evidentemente, la deroga nel caso in cui la nozione di

comma si segnala, semmai, in chiave ulteriormente «speciale», perché la legittimazione spetta qui al solo Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, con esclusione, dunque, della legittimazione in capo al corrispondente organo dell'ufficio giudiziario dal quale occasionalmente provenga il giudicato revocando, unico legittimato, invece, alla tradizionale revocazione straordinaria<sup>(35)</sup>.

Personalmente, tenderei ad escludere si tratti di un'ipotesi di ricorso nell'interesse della astratta legalità, inidoneo a spiegare effetti a favore della parte rimasta inerte: anzitutto, perché la violazione può derivare da circostanze pur non riconducibili all'interpretazione della legge, poiché afferenti alla valutazione del fatto o, come detto, all'ordinamento sostanziale<sup>(36)</sup>; né, quando pure attengano all'erronea interpretazione della legge sostanziale, ritengo plausibile l'idea di una revocazione meramente rescindente – proponibile pur oltre il termine – nel solo interesse della legalità dell'ordinamento<sup>(37)</sup>. Per un verso, infatti, non vi è traccia testuale di tale legittimazione alla domanda oltre il termine. Ed anzi: a) l'informativa anche a favore del procuratore generale da parte dell'agente del Governo, circa «la pendenza del procedimento promosso innanzi alla Corte europea stessa», alla medesima stregua delle parti, sembra deporre per una sua normale legittimazione<sup>(38)</sup>, e b) lo stesso art. 397, comma 2°, c.p.c. – aggiunto ad una disposizione riguardante già figure di revocazione potenzialmente sostitutive della sentenza impugnabile – estende, senza alcuna puntualizzazione, la legittimazione del procuratore generale alla «revocazione» «nei

«diritto di stato della persona» venisse interpretata come idonea a comprendere cause per le quali non sia previsto l'intervento necessario del p.m.

<sup>(35)</sup> Secondo quanto si ritiene valevole, invece, per la revocazione straordinaria *ex art. 397, comma 1°*: v. V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, vol. II, Napoli 1957, 639.

<sup>(36)</sup> Sempreché si condividano le riflessioni di cui al paragrafo precedente.

<sup>(37)</sup> Interpretano, però, autorevolmente, in tal senso la legittimazione del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, D'Alessandro, *Revocazione per contrarietà...*, cit., 482, a giudizio della quale «la previsione sembra da interpretare nel senso che, quando il ricorrente vittorioso a Strasburgo abbia lasciato decorrere invano i termini per l'esperimento della revocazione straordinaria, il Procuratore generale (venuto accidentalmente a conoscenza della pronuncia della Corte di Strasburgo e della mancata impugnazione della decisione interna) possa comunque domandare alla Corte di cassazione la caducazione della sentenza dichiarata lesiva della Convenzione o dei suoi protocolli nell'interesse dell'ordinamento italiano»; e A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 130.

<sup>(38)</sup> Cfr. il comma 0.1-*bis* dell'art. 15, d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (convertito dalla l. n. 132/2018), a mente del quale «L'agente del Governo comunica a tutte le parti del processo che ha dato luogo alla sentenza del giudice italiano sottoposta all'esame della Corte europea, nonché al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, la pendenza del procedimento promosso innanzi alla Corte europea stessa».

casi di cui all'art. 391-*quater*»<sup>(39)</sup>. Per altro verso, non va dimenticato che questo strumento revocatorio si attegga quale tipica misura individuale di attuazione della pronuncia convenzionale, per come pure dichiarato dai lavori preparatori<sup>(40)</sup>, e, come tale, vedrebbe frustrata la sua natura quando fosse *a priori* escluso possa attingere all'effetto di *restitutio in integrum* della parte lesa<sup>(41)</sup>.

Il testo della delega (nella porzione ora in considerazione) e la verifica di inidoneità dell'indennità *ex art. 41 Conv.* a «compensare» le conseguenze della violazione (indennità che si pone, dunque, quale termine di comparazione necessario rispetto al danno specificamente subito dal richiedente tutela convenzionale) fanno escludere la legittimazione di soggetti parti del giudizio nazionale, che, pur potenzialmente legittimati a farlo, non abbiano chiesto tutela convenzionale (i più legittimati attivi dell'azione nazionale, ad esempio). Esclusa anche, *a fortiori*, la legittimazione dei c.d. «fratelli minori»: coloro, cioè, che versino in situazione analoga a quella del ricorrente vittorioso, ma in altra causa.

La legittimazione passiva spetterà, secondo i principi, a tutte le parti del processo nazionale verso le quali il giudicato esplica i suoi effetti.

8. – Venendo al procedimento, va anzitutto sottolineata l'attribuzione della competenza sulla domanda di revocazione stabilmente alla Corte di cassazione<sup>(42)</sup>, indipendentemente dal fatto che il giudicato provenga dalla stessa Corte o, come pure può accadere, da un giudice territoriale<sup>(43)</sup>.

Quanto al termine, nel rispetto della delega, il Governo (optando per un termine più breve rispetto a quello massimo che la delega prevedeva

<sup>(39)</sup> Non ritengo ostare alla detta ricostruzione, a favore dell'idea che «la legittimazione disgiuntiva così assegnata è in ragione dell'interesse generale», nemmeno quanto affermato dalla Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 149, a p. 46 (così, invece, A. Fabbi, *Art. 397 – Revocazione proponibile dal pubblico ministero*, cit., 297), giustificando anzi la Relazione la previsione della legittimazione del Procuratore generale presso la Cassazione in funzione «dell'interesse superiore dell'ordinamento alla rimozione in ogni caso delle conseguenze di una violazione della Convenzione da parte di una decisione del giudice ordinario, accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo» (corsivi aggiunti).

<sup>(40)</sup> Cfr. la citata *Relazione* illustrativa del decreto, 45.

<sup>(41)</sup> *Contra*, v, ancora, D'Alessandro, *op. loc. ult. cit.*, che in tal caso ritiene potersi celebrare la sola fase rescissoria della revocazione, «senza effetto per le parti del giudizio interno», e Carratta, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(42)</sup> Sottolinea opportunamente S. Menchini, *op. cit.*, par. 5, che «tale potestà esclusiva e generalizzata trova giustificazione non soltanto in ciò che, di solito, il provvedimento da impugnare è reso dalla Cassazione, ma anche in ragioni nomofilattiche, per assicurare l'uniforme interpretazione ed applicazione delle norme che regolano questo (delicato) istituto». Analogamente, A. Fabbi, *op. cit.*, 287.

<sup>(43)</sup> V. *supra*, al par. 6.

potesse esser concesso<sup>(44)</sup>) ha stabilito che sia di sessanta giorni dalla «comunicazione», o, «in mancanza, dalla pubblicazione della sentenza della Corte europea». La norma è ambigua, causa il mancato richiamo testuale alla specifica disposizione del Regolamento della Corte che disciplini la «pubblicazione» valevole quale *dies a quo*, in alternativa alla mancata «comunicazione». Se quest'ultima è senza dubbio identificabile, infatti, con la trasmissione di copia della sentenza ad opera del cancelliere alle parti, a mente dell'art. 77, comma 3°, del citato Regolamento<sup>(45)</sup>, più adempimenti si prestano ad esser considerati quali fattispecie di pubblicazione della sentenza. Uno è quello descritto dall'art. 77, comma 2°, del Regolamento della Corte, secondo il quale «la sentenza pronunciata da una camera può essere letta in pubblica udienza dal presidente della camera o da un altro giudice delegato da quest'ultimo»<sup>(46)</sup>; altro il «deposito» dell'«originale» della sentenza, «debitamente firmato» «negli archivi della Corte». La sola disposizione nella quale il Regolamento faccia menzione testuale di una «pubblicazione» della sentenza è, tuttavia, quella di cui all'art. 104A, che la definisce in ragione dell'inserimento della pronuncia, a cura del cancelliere, nella banca dati giurisprudenziale *online* della Corte HUDOC. Personalmente propenderei per ravvisare nell'eventuale data di lettura della sentenza all'udienza pubblica, o, alternativamente, nella data di deposito dell'originale della sentenza negli archivi della Corte le fattispecie parimenti integratrici della «pubblicazione» della sentenza europea valevoli quale *dies a quo* per l'impugnazione per revocazione del giudicato nazionale; precisando che la disposta, apparente supplenza di tali eventi rispetto alla primaria fattispecie di decorrenza del termine, data dalla «comunicazione», distorce la reale sequenza delle cose, stante che la «comunicazione» del cancelliere alle parti segue sempre l'eventuale lettura della sentenza all'udienza e, verosimilmente altresì, in mancanza di lettura, anche il deposito dell'originale negli archivi della Corte.

Escluderei invece che la pubblicazione su HUDOC svolga un ruolo nella ricostruzione della disciplina sul *dies a quo* di cui diciamo, trattandosi

---

<sup>(44)</sup> Che era di novanta giorni: v. lett. d) dell'art. 1, comma 10.

<sup>(45)</sup> A mente del quale: «La sentenza è trasmessa al Comitato dei Ministri. Il cancelliere ne comunica copia alle parti, al Segretario generale del Consiglio d'Europa, ai terzi intervenienti, ivi compreso il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, e alle altre persone direttamente interessate», mentre «L'originale, debitamente firmato, è depositato negli archivi della Corte».

<sup>(46)</sup> Lo stesso comma garantisce in merito alla informativa della data dell'udienza a favore degli «agenti e [de]i rappresentanti delle parti», stabilendo altresì, per il caso di mancata lettura della sentenza all'udienza, che «la comunicazione prevista nel paragrafo 3 del presente articolo ha valore di pronuncia».

di atto del cancelliere, e non del giudice, organo con riferimento alle cui condotte si ricostruiscono, invece, tradizionalmente (alla luce, almeno, delle regole nazionali) le fattispecie di pubblicazione della sentenza rilevanti per la disciplina di decorrenza del termine di impugnazione delle sentenze.

Considerata la particolare rilevanza dell'istituto, il rito di celebrazione della revocazione dinanzi alla Corte di cassazione è sempre quello con udienza pubblica, a mente dell'art. 375, comma primo, c.p.c. <sup>(47)</sup>.

Nella fase rescindente la Corte verificherà la sussistenza dei requisiti di ammissibilità della domanda: oggettivi (il vertere su giudicato civile in materia di diritto di stato della persona dichiarato definitivamente violatore della Convenzione, inadeguatezza dell'indennità eventualmente disposta ex art. 41 della Convenzione a «compensare» integralmente gli effetti della violazione), soggettivi (legittimazione del richiedente l'impugnazione) e di tempestività.

La fase rescissoria potrà celebrarsi o no dinanzi alla Corte – come da sistema – a seconda della necessità o meno di procedere a nuovi accertamenti di fatto (in questo senso vale il richiamo all'art. 391-ter, comma 2°, c.p.c., contenuto nell'art. 391-quater, comma 2°, c.p.c.), indipendentemente dalla circostanza che la pronuncia formalmente impugnata sia stata della Cassazione o (nelle rare ipotesi in cui ciò può accadere) di un giudice territoriale. Nelle ipotesi in cui si debba procedere a nuovi accertamenti di fatto, la Corte dovrà rinviare ad un giudice d'appello, se la pronuncia formalmente impugnata fosse della stessa Cassazione, mentre nelle ipotesi in cui ad essere revocata fosse una pronuncia di un giudice territoriale, dinanzi ad un giudice di pari grado rispetto ad esso.

Il contenuto della pronuncia di merito sarà determinato in ragione di quanto deciso dalla Corte di Strasburgo nel dichiarare l'avvenuta violazione della Convenzione. Ritenendosi rilevare anche le violazioni a carico delle regole dell'equo processo – e sempre che non si tratti della violazione concernente la ragionevole durata del processo (con riguardo alla quale l'indennizzo si attingerà evidentemente quale misura compiutamente satisfattiva della lesione) – la Corte dovrà rimediare alla nullità accertata in ragione della specifica consistenza della stessa, rimettendo, se del caso, al giudice del rinvio, che potrebbe ovviamente pervenire ad una decisione di

---

<sup>(47)</sup> Nello stesso senso, la Relazione dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte suprema di cassazione resa sullo «schema di d.lgs. recante attuazione della l. n. 206 del 2021», cit., p. 11.

merito non dissimile da quella incarnatasi nel giudicato interno annullato (non pregiudicato, nell'ipotesi, dall'accertamento convenzionale).

9. – La delega prendeva in considerazione il bisogno di salvaguardare i «diritti acquisiti dai terzi in buona fede che non hanno partecipato al processo svoltosi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo». Nella disposizione delegante, che non contemplava – ricordiamo – alcuna limitazione alle sole violazioni di diritti non patrimoniali della Convenzione, la previsione, non certo priva di ambiguità nella sua eclettica portata testuale<sup>(48)</sup>, poteva dirsi riferita tanto ai terzi successori a titolo particolare o aventi causa delle parti del giudizio interno che tale posizione avessero assunto successivamente al giudicato<sup>(49)</sup>, quanto, altresì, alle controparti interne del ricorrente vittorioso a Strasburgo che, di regola, non accedono al contraddittorio interno al processo convenzionale, e che, solo se «di mala fede», avrebbero potuto subire gli effetti per loro pregiudizievoli della revocazione. Un chiaro riferimento a questi ultimi era poi desumibile dal disponendo onere di comunicazione per l'agente del Governo circa la pendenza del processo convenzionale alle «parti del giudizio nazionale» ed al p.m., «al fine di consentire loro di fornire elementi informativi o, nei limiti consentiti dal regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, di richiedere di essere autorizzati all'intervento».

Alla luce: a) della genesi storica della disposizione, e, segnatamente, delle ricordate pronunce della Corte delle leggi (che avevano escluso la doverosità costituzionale dello strumento revocatorio dei giudicati «non penali» in contrasto con la Convenzione proprio in funzione – fra l'altro – della tutela, da concepirsi legislativamente, per le controparti del giudizio sfociato nella violazione convenzionale); b) di alcuni inequivoci passaggi della Relazione di accompagnamento al decreto n. 149<sup>(50)</sup>; c) della stessa

---

<sup>(48)</sup> V. al riguardo le approfondite considerazioni di E. D'Alessandro, *Revocazione della sentenza civile e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., al §. 4) e di A.D. De Santis, *op. cit.*, 267; una ambiguità che si faceva risentire anche nell'oscuramente eclettico passaggio della Relazione illustrativa al decreto (v. p. 13) ove si affermava aver compiuto «il legislatore delegante, mediante la previsione del comma 10, lettera b) [...] lo sforzo di conciliare il diritto di azione delle parti vittoriose a Strasburgo con quello di difesa dei diritti dei terzi di buona fede sorti *all'esito* del giudicato nazionale civile, allorché siano rimasti estranei al processo convenzionale».

<sup>(49)</sup> Soggetti cui pure idealmente rinvia la lettera f) del più volte citato comma 10 della disposizione delegante nel prevedere che si operassero gli adattamenti (fra gli altri) alle disposizioni del codice civile che i principi ed i criteri prima dettati rendevano necessari, così evocando la disciplina sul regime di trascrizione delle domande giudiziali avverso sentenze soggette a trascrizione.

<sup>(50)</sup> Laddove, precisamente (v. p. 46), questi terzi sono individuati in coloro che «in

prassi terminologica maturata intorno al Regolamento della Corte di Strasburgo<sup>(51)</sup> e nelle pronunce della Corte costituzionale italiana<sup>(52)</sup>, non ritengo che l'aver mantenuto nell'art. 391-*quater* l'espressione «diritti acquisiti» possa offuscare l'idea che i terzi cui la norma si riferisce siano le «parti» del giudizio nazionale (i cui diritti quivi può dirsi più propriamente fossero stati «quesiti»...) (53), e, come tali, propriamente «terzi [...] che non hanno partecipato al giudizio svoltosi innanzi alla Corte europea», causa la carenza di legittimazione in esso quali parti necessarie, oltre che l'assoluta rarità del loro intervento, date le strettissime maglie della prassi applicativa dell'art. 36, comma 2°, della Convenzione<sup>(54)</sup>. Ricondurre diversamente

---

buona fede, abbiano acquistato diritto *sulla base della decisione giurisdizionale poi oggetto di impugnazione per revocazione*» (la decisione revocanda la si dice la «base» del diritto acquistato, come non potrebbe propriamente dirsi pensando all'acquisto a titolo derivativo negoziale dal soggetto vittorioso), sul presupposto che gli stessi «non abbiano partecipato al giudizio dinanzi la Corte europea dei diritti dell'uomo», e con l'aggiunta secondo cui «la buona fede dovrà valutarsi anche con riferimento al comportamento dei terzi rispetto al processo convenzionale, dovendosi escludere in presenza di indici che facciano presumere negligenza o deliberata intenzione di sottrarsi alle conseguenze dell'eventuale successiva fase di revocazione del giudicato nazionale». Depone nel senso di cui nel testo anche il *Dossier* del Servizio studi del Senato, relativo al d.d.l. A.C. 3289 della legge-delega, approvato dall'assemblea il 21 settembre 2021, p. 54, che richiamava l'esigenza sottesa alla norma di delega di «tutelare i soggetti, diversi dal ricorrente a Strasburgo e dallo Stato, che, *pur avendo preso parte al giudizio interno*, non sono parti necessarie del giudizio convenzionale».

(51) Che individua tali soggetti quali «*the actual third-party interveners*»: sul punto, si rimanda a G. Battaglia, *Dall'intervento di terzi a Strasburgo all'«apertura» del processo costituzionale*, in *Studium* 2020, 1485 ss., in particolare p. 1491.

(52) Ove, sulla scia della Corte di Strasburgo nella causa *Bochan c. Ucraina*, l'uso del termine «terzi» è riferito «soggetti diversi dallo Stato che hanno preso parte al giudizio interno» (v. punti 12 e 13 della citata sentenza n. 123 del 2017, per i quali *supra* alla nota 8).

(53) Ritengono, tuttavia, che l'art. 391-*quater*, ultimo comma, riguardi esclusivamente i terzi aventi causa della parte vincitrice secondo il giudicato nazionale (che tale posizione abbiano acquisito dopo il passaggio in giudicato medesimo) F.P. Luiso, *op. cit.*, 234, A. Mengali, *op. cit.*, 414, e, seppur dubitativamente, E. D'Alessandro, in *Revocazione per contrarietà...*, cit., 483. Secondo S. Menchini, *op. cit.*, è alle «parti del processo interno che non hanno partecipato al giudizio europeo» che «sembra fare riferimento, in modo precipuo, l'art. 391-*quater*, ultimo comma, c.p.c.»; secondo l'autore, peraltro, l'art. 391-*quater* si occuperebbe altresì dei «terzi aventi causa della parte che è risultata vincitrice nel processo interno, dal quale è originata la sentenza impugnata per revocazione» unitamente agli artt. 2652, comma primo, numero 9-*bis*, c.c. e 2690, comma primo, numero 6-*bis*, c.c., dettando, il primo, «la regola generale: l'avente causa, il cui titolo è anteriore alla domanda di revocazione, se in buona fede, non è pregiudicato dalla sentenza il cui contenuto è sfavorevole al suo dante causa» (a differenza se con titolo di acquisto posteriore per il quale opererebbe l'art. 111 c.p.c.), e gli altri due articoli la disciplina sulla trascrizione della domanda di revocazione in funzione dell'effetto prenotativo.

(54) A tenore del quale, «Nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze». Sul tema, avuto riguardo all'impianto normativo della convenzio-

tali terzi alla categoria dei successori a titolo particolare o aventi causa delle parti del giudizio interno significherebbe, del resto, con inaccettabile eterogenesi dei fini, che la nuova disciplina, sorta sul viatico della Corte costituzionale che la voleva anzitutto capace di realizzare un equilibrato contemperamento di interessi fra la tutela delle controparti del giudizio interno e la *restitutio in integrum* della parte convenzionalmente lesa, sia invece rimasta priva di regolamentazione<sup>(55)</sup>.

Tanto più che – con ossequio alla delega [anche alla lett. f) del comma 10<sup>(56)</sup>] – il Governo ha altresì ritenuto dover adempiere al mandato ricevuto sul punto novellando, per addizione, la disciplina sulla trascrizione della domanda di revocazione per contrarietà alla Convenzione di cui agli artt. 2652 e 2690 c.c.<sup>(57)</sup>, onde tutelare appunto i terzi che abbiano acquistato derivatamente dalla controparte del soggetto istante la revocazione (quali successori a titolo particolare o aventi causa di essa) rendendo loro inopponibile l'accoglimento della revocazione se la domanda risulti trascritta posteriormente alla trascrizione dell'atto di acquisto<sup>(58)</sup>. Quanto agli acquisiti relativi a diritti per i quali non valga il regime trascrizionale, saranno le regole ordinarie (e, segnatamente, l'art. 2909 c.c. e l'art. 111 c.p.c.) a regolarne la salvezza o meno, in ragione di quanto in generale già valevole per tali soggetti pur nei preesistenti casi di revocazione straordinaria: sarà dunque il crinale cronologico della data di proposizione della domanda di revocazione, che determina una nuova pendenza della lite, a rendere opponibile l'accoglimento della revocazione a chi abbia acquistato in base a titolo posteriore.

---

ne e del Regolamento, oltre che alle modalità di richiesta e di svolgimento dell'intervento nel processo convenzionale dei soggetti legittimati e della ristrettezza della autorizzazione presidenziale, nei riguardi in particolare delle parti del giudizio nazionale, v. G. Battaglia, *Dall'intervento di terzi a Strasburgo...*, cit., 1485 ss.

<sup>(55)</sup> Per come invero ritenuto da F.P. Luiso, *op. loc. ult. cit.*, 234, per il quale nella nuova disciplina «resta insoluto, e probabilmente insolubile, il problema della tutela del diritto al contraddittorio della controparte processuale».

<sup>(56)</sup> V. *supra* alla nota 47.

<sup>(57)</sup> Il d.lgs. n. 149/2022 ha infatti, aggiunto all'art. 2652, comma 1°, c.c., il n. 9-*bis*, in virtù della quale «Si devono trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell'articolo 2643, le domande giudiziali indicate dai numeri seguenti, agli effetti per ciascuna di esse previsti: [...] 9-*bis*) le domande di revocazione contro le sentenze soggette a trascrizione per le cause previste dall'articolo 391-*quater* del codice di procedura civile»; ed il n. 6-*bis* al primo comma dell'art. 2690, disponendo che «Devono essere trascritte, qualora si riferiscano ai diritti menzionati dall'articolo 2684: [...] 6-*bis*) le domande indicate dal numero 9-*bis* dell'articolo 2652 per gli effetti ivi disposti».

<sup>(58)</sup> Indipendentemente dal fatto – va notato – che la domanda di revocazione sia stata trascritta o meno dopo cinque anni dalla trascrizione della sentenza impugnata.

Va, peraltro, notato, che le novellate norme sulla trascrizione della domanda di revocazione, gravitano – come noto – intorno a domande e sentenze riguardanti diritti patrimoniali specificamente immobiliari o assimilati a questi ultimi (i due nuovi numeri aggiunti in coda alla elencazione dei rispettivi primi commi degli artt. 2652 e 2690 c.c., subiscono, infatti, il condizionamento, per tutte le voci di quegli elenchi valevole, dato dal riguardare rispettivamente i diritti menzionati dall'art. 2643 c.c. e dall'art. 2684 c.c.). Come già autorevolmente notato, dunque, «non è facile immaginare ipotesi in cui questa disciplina» dettata per la circolazione dei diritti a seguito di acquisti a titolo derivativo, «possa essere applicata»<sup>(59)</sup>.

Quanto alla «buona fede» delle controparti nel giudizio interno del ricorrente vittorioso a Strasburgo, essa sarà vagliata alla luce della loro condotta in merito al tentativo di influenza, nel processo convenzionale, sull'accertamento della lamentata violazione del diritto fondamentale. Sarà necessario, dunque, che costoro diano prova di non aver ricevuto la comunicazione da parte dell'agente del Governo sulla pendenza del procedimento convenzionale, o che – ricevuta, invece, la comunicazione – dimostrino di aver avanzato istanza di autorizzazione all'intervento nel processo convenzionale o trasmesso allo stesso agente di Governo informazioni ch'egli, quale rappresentante dello Stato italiano nel processo convenzionale, possa far ivi confluire in contraddittorio.

Ciò detto, ritenere salvaguardato il diritto al contraddittorio di costoro solo quando abbiano ottenuto autorizzazione all'intervento dinanzi alla Corte, da parte del suo presidente, conseguentemente escludendo di potersi loro opporre la revocazione pregiudizievole anche quando abbiano solo presentato memorie informative all'agente di Governo<sup>(60)</sup> equivarrebbe, in buona sostanza, alla frustrazione pressoché assoluta dell'istituto<sup>(61)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> Così S. Menchini, *op. cit.*, par. 4, in fine. Analogamente, A. Fabbri, *op. cit.*, 289 s. imputando la scelta ad un improvvido riecheggiare la scelta legislativa spagnola – valevole in un sistema che non limita il rimedio ai diritti di stato – dentro l'italiano ricostruito alla francese, «finendo [...] per produrre una crisi di esperienze eterogenee» (v. p. 287).

<sup>(60)</sup> Ricordiamo che l'agente del Governo ha, in forza dell'art. 35 del Regolamento della Corte, la rappresentanza dello Stato dinanzi alla Corte nei giudizi contro lo stesso; con funzioni che, in forza dell'art. 15, d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (conv.to con mod. nella l. 1° dicembre 2019, n. 232, esercita per mezzo dell'avvocato generale dello Stato, che può delegare, altresì, un avvocato dello Stato; in materia, v. M.G. Civinini, *L'agente del governo nel sistema convenzionale*, in (a cura di F. Buffa – M.G. Civinini) *La Corte di Strasburgo, Gli speciali di Questione giustizia*, 2019, 97 ss.

<sup>(61)</sup> Nella direzione di cui nel testo orienta anche la Relazione illustrativa al decreto legislativo, dove si legge, con riferimento alla previsione dell'onere informativo posto a carico dell'Agente del governo che essa «renderà di fatto tutte le parti del processo nazio-

Ad ogni modo, per quei pochi o per quei tanti casi in cui la revocazione non potrà sortire il suo pratico effetto di tutela a favore del vincitore di Strasburgo, non può sottacersi il rischio di un gravissimo perverso effetto che, in concomitanza a tale circostanza, la nuova disciplina manifesta. Considerato infatti che, a mente dell'art. 41 della Convenzione, la Corte subordina l'«equa soddisfazione» alla verifica che «il diritto interno dell'Alta Parte Contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione», può ben accadere che, consapevole del nuovo rimedio vigente in Italia, allorché essa pure accerti una violazione rilevante ai fini revocatori, la Corte non liquidi l'indennità (almeno nella porzione correlata ai danni conseguiti immediatamente alla violazione) a favore della parte lesa<sup>(62)</sup>; sicché, mancato poi, per ipotesi, anche l'effetto reintegratorio della revocazione per la doverosa tutela dei terzi di buona fede, il vincitore a Strasburgo si vedrà esposto, paradossalmente proprio a causa dell'introduzione nell'ordinamento italiano dell'art. 391-*quater*, ad una riduzione delle tutele. Quanto meno con riferimento al caso in questione, il sistema bisognerebbe, dunque, urgentemente, di una suppletiva azione di tutela interna di risarcimento per equivalente nei confronti dello Stato<sup>(63)</sup>.

---

nale in grado di partecipare o fornire elementi informativi alla Corte europea, con ciò assolvendo il proprio onere legato alla buona fede, potendo peraltro le stesse poi eventualmente far valere le proprie doglianze e, con esse, il proprio diritto di difesa, nella fase rescissoria del giudizio di revocazione». Non può certo dirsi che la difesa spiegata nella fase rescissoria del giudizio di revocazione sia un valido equipollente rispetto all'intervento in seno al processo convenzionale. Tuttavia, è solo attraverso un più mite bilanciamento degli interessi in conflitto, rispetto a quello che pretenda basarsi sul vero e proprio intervento delle controparti del giudizio nazionale quale condizione per il loro assoggettamento alla pronuncia revocatoria, che si gioca la sensatezza del nuovo istituto.

<sup>(62)</sup> Ed alla luce della nuova disciplina interna, si tratta di una evenienza – è ovvio – quanto mai probabile: in tal senso già A. Graziosi, *op. cit.*, 695, per il quale «la Corte sarà indotta a limitare il riconoscimento dell'indennizzo ex art. 41 Conv. ai soli casi in cui sia accertata la violazione di un diritto convenzionale a carattere patrimoniale poiché per i diritti non patrimoniali la presenza del rimedio interno che «permette di rimuovere le conseguenze (della loro) violazione» assume valore sostanzialmente ostativo all'attribuzione della tutela economica per equivalente» ed E. D'Alessandro, *Revocazione della sentenza...*, cit., § 4, che evidenzia l'esistenza di residui, angusti spazi per il riconoscimento dell'equa soddisfazione in caso di possibilità materiale e giuridica della *restitutio in integrum* (esemplificando con la fattispecie in cui «il favorevole esperimento della revocazione non sia in grado di rimuovere le conseguenze giuridiche causate durante il periodo di vigenza del giudicato dichiarato in contrasto con la Convenzione e quindi rimosso ex art. 395 c.p.c.»).

<sup>(63)</sup> Non potendosi ragionevolmente configurare una potestà accertativa della Corte sulla prognosi di opponibilità della revocazione alle controparti nel processo nazionale del vincitore in sede convenzionale, ch'è materia cognitiva del giudice interno.

## NOTIZIE

---

### **LA REMISE DEI MELANGES EN L'HONNEUR DU PROFESSEUR LOÏC CADJET**

Il 21 dicembre 2023, alla presenza di una folta rappresentanza del giure d'oltralpe, delle autorità accademiche di *Paris 1, Sorbonne*, del Presidente della *Cour de cassation*, del Presidente del *Conseil d'Etat*, e di colleghi e amici processualisti venuti da paesi vicini e lontani, si è tenuta a Parigi, presso il *Grand Salon de la Sorbonne*, la solenne cerimonia della *Remise dei Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet* (Paris, Lexis-Nexis 2023). La cerimonia ha dato voce al sentire dell'accademia e del mondo delle professioni legali d'oltralpe in occasione della *retraite* di un giurista famoso non solo in Francia ma nella più ampia cerchia dei processualciviliisti di tutto il mondo.

Non occorrono qui evidentemente presentazioni dell'onorato: questo vale *in primis* per i processualisti italiani impegnati nella comparazione, ma coinvolge quasi tutti i cultori della materia, data la fama in Italia di Loïc Cadiet (autore, tra l'altro, del fortunato e più volte riedito *Théorie générale du procès*, scritto con il decano dei processualisti francesi Jacques Normand, e con l'allieva Soraya Amrani Mekki).

Il podio. Thomas Clay ha parlato del prof. Cadiet ricordando un episodio *d'antan* degno di un film di Truffaut. Soraya Amrani ha evocato il legame forte e spontaneo di Loïc Cadiet con i suoi allievi. Il madrileni Fernando Gascón ha tratteggiato la dimensione internazionale dell'onorato. Un appassionato discorso di Loïc Cadiet ha infine concluso una *fête joyeuse et mémorable*.

Il volume. Curato da Thomas Clay e da Soraya Amrani Mekki (con un comitato editoriale composto da Lionel Ascensi, Lucie Mayer, Kamalia Mehtiyeva e Loïs Raschel) presenta 119 contributi – in francese e in inglese – di cultori del processo civile di tutto il mondo. Scontata la prevalenza della dottrina francese, ampia è comunque la rappresentanza delle culture vicine (spagnola e latino-americana, di area germanica ecc.); varie e variegata le incursioni di *common lawyers*, mentre il drappello degli italiani è costituito da Federico Carpi (che con l'onorato ha condiviso il ruolo di presidente dell'associazione internazionale dei processualisti), Paolo Biavati, Remo Caponi, Angelo Dondi, Luca Passanante, Nicolò Trocker, Vincenzo Varano e Bruno Sassani.

Aperto dall'eloquente titolo del saggio introduttivo di Loïc Cadiet (*Fin de partie*), il volume si dipana per più di 1700 pagine raccogliendo scritti di ogni genere: dalla tecnica del processo, ai principi comuni, dall'esperienza giudiziaria alla storia del processo, dal ruolo delle Corti a quello dell'avvocatura e della dottrina, dallo strumentario classico dei concetti del diritto processuale ai nuovi rimedi (ed alle nuove tecnologie) emergenti. Il tutto, evidentemente, con la ricchezza di approcci che solo l'incontro di giuristi di differente estrazione, lingua e cultura può dare.

Si consentano infine due parole sull'impatto visivo e sensoriale di questa *Festschrift*. Compatto e ponderoso ad un tempo, il libro è un piccolo capolavoro di editoria: elegante nel suo *bleu marine*, stilizzato nella composizione. Introdotto dal ritratto dell'onorato, esso offre al bibliofilo piacere tattile, oltre che visivo. Piaceri non minori in tempi in cui il sapere si offre dematerializzato; tempi di pigra, inesorabile perdita della categoria estetica nell'impresa editoriale.

BRUNO SASSANI

## RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

---

### RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Gian Paolo Califano, *Il “rito semplificato” di cognizione davanti al tribunale e al giudice di pace*, Zanichelli ed., Torino 2023, 1-117.

L’opera costituisce l’esposizione ordinata e ragionata del “rito semplificato” di cognizione previsto agli artt. 281-*decies* – 281-*terdecies* c.p.c.

Il nuovo rito *de quo*, introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, diverrà forse, secondo l’autore, scelta privilegiata da parte della classe forense che potrebbe preferirlo rispetto all’avventurarsi «nelle nuove strade, forse un po’ contorte, della cognizione ordinaria». Ciò premesso, è possibile ritenere che la pubblicazione qui presentata sia stata impostata proprio in favore di chi necessita, come (anche) gli avvocati, di avere una visione globale, sintetica e completa delle norme previste dalla riforma in argomento.

Infatti, vengono esposti ordinatamente tutte le previsioni e gli aspetti salienti attinenti a questo procedimento, aggiungendo altresì soluzioni a dubbi interpretativi che vengono messi in luce dall’autore.

Sono descritti quindi: l’ambito di applicazione, la forma e il contenuto della domanda, la prima udienza, le difese del convenuto e le eventuali domande riconvenzionali, il procedimento, l’istruzione, gli interventi del terzo, l’interruzione, le ipotesi di sospensione (compresa quella dovuta al nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di cui all’art. 363-*bis* c.p.c.), l’estinzione ed infine la fase decisoria e le caratteristiche della sentenza che definisce il giudizio. Non è trascurato altresì il richiamo alle norme sull’eventuale mutamento del rito e al nuovo art. 40, comma 3°, c.p.c.

Si trovano citate anche le disposizioni relative al procedimento semplificato davanti al giudice di pace e le relative riflessioni dell’autore su diversi aspetti della disciplina.

Infine, la pubblicazione fa menzione di ulteriori ambiti di applicazione del rito semplificato, e cioè fa riferimento alla l. 24 marzo 2001, n. 89, sull’equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo, e ad altri ambiti normativi a cui qui si rinvia (p. 53 ss.) (Titina Maria Pezzani).

Chiara Spaccapelo, *Profili processuali e tutele della separazione e del divorzio delle coppie internazionali*, Pacini Giuridica, Pisa 2022, pp. VII-340.

Il tema della crisi dei matrimoni nella dimensione transnazionale torna al centro della riflessione nell'opera di Chiara Spaccapelo, rinnovando costruttivamente il confronto in un contesto assai delicato, non solo per la materia trattata (qui ulteriormente arricchita dalla diversità di origini e culturale dei membri che compongono la coppia), ma anche per la difficoltà dell'interprete di districarsi nella fitta rete della legislazione domestica e sovranazionale, talvolta non agevolmente coordinabile e integrabile.

L'accrescere dei flussi migratori, ormai divenuti un fenomeno strutturale tipico della società contemporanea, rappresenta il fattore propulsivo più forte verso la scelta dei matrimoni misti (includendo in tale attributo non solo la diversità dell'elemento della nazionalità, ma anche di quello religioso, etnico e razziale), lanciando una sfida che non è solo personale (perché «i matrimoni misti rappresentano la globalizzazione riflessa nelle vite private»), ma anche sociale e culturale.

Premesso un interessante inquadramento diacronico delle unioni miste, dall'età antica al medioevo, ed ancora dall'età moderna a quella contemporanea, l'a., cogliendo nel fenomeno aspetti positivi in termini di arricchimento e crescita interpersonale, nonché di integrazione sociale e culturale, ne sottolinea al contempo gli elementi di complessità (si pensi al *background cross-culturale*) che rende queste coppie esposte a maggiori rischi relazionali di quanto accade per le coppie che condividono la stessa origine, essendo le prime inevitabilmente impegnate, innanzitutto, sul fronte della ricerca costante di un «arduo equilibrio di ricollocamento identitario». Una complessità che può cogliersi anche sul piano della tutela giurisdizionale (e delle questioni processuali che in tale sede emergono), ove la concorrenza di una molteplicità di fonti normative nella regolamentazione del caso concreto induce a rivedere il tradizionale approccio del giurista che guarda al conflitto familiare come ad una vicenda composita ma pur sempre unitaria.

Prova ne sono i molteplici regolamenti comunitari che si sono succeduti nel tempo per disciplinare i singoli aspetti (personali e patrimoniali) dei procedimenti di separazione e divorzio delle coppie esogame, rendendo sempre più residuale l'applicazione delle regole di diritto internazionale privato nazionale, ormai sostanzialmente circoscritta all'ambito delle controversie matrimoniali extra-comunitarie. In tale contesto, l'aspetto da considerarsi preliminarmente concerne la individuazione del giudice competente a decidere la causa, secondo i criteri fissati dal reg. UE n. 2201/

2003 (c.d. Bruxelles II-*bis*), cui l'a. dedica un'ampia disamina nel capitolo di apertura, evidenziando le numerose difficoltà applicative di tale normativa sul versante della tutela dei minori coinvolti nei procedimenti della crisi della famiglia multiculturale, con particolare riguardo al diritto di visita del minore da parte del genitore non affidatario e della sottrazione internazionale di minori.

Proseguendo nell'analisi delle fonti normative l'a. si sofferma sul reg. UE n. 4/2009, recante la disciplina delle obbligazioni economiche connesse ai procedimenti in questione (assegno di mantenimento per il coniuge e per i figli), avuto riguardo ai profili schiettamente processuali di individuazione del giudice competente e del regime di circolazione delle relative decisioni. La questione della legge sostanziale applicabile costituisce il passaggio dell'opera dell'a. in cui si coglie, in tutta la sua problematicità, la coesistenza di regolamentazioni eterogenee dei diversi Paesi della Unione, solo in parte attutita dalla riconosciuta possibilità per i coniugi di concordare, in presenza di specifiche condizioni, la legge applicabile al procedimento di separazione o divorzio (reg. UE n. 1259/2010, c.d. Roma III). In tale contesto l'a. suggestivamente si interroga se *l'optio legis* prevista dal citato regolamento possa ritenersi applicabile ai procedimenti stragiudiziali di separazione e divorzio (ovvero agli accordi raggiunti tramite negoziazione assistita o conclusi davanti al sindaco), in tal modo abdicando alla legge sostanziale italiana in favore di quella straniera, scelta di comune accordo; la risposta è positiva ove i coniugi vogliano separarsi sulla base di una legge diversa da quella italiana (sempre che tale legge rientri tra quelle previste dal reg. Roma III) e negativa per il divorzio, in riferimento al quale il dato normativo non lascia margine alla libertà negoziale, se non in relazione alla possibilità di optare o meno per la procedura stragiudiziale.

La difficoltà di una concentrazione e unificazione delle tutele emerge con tutta evidenza sul versante dei rapporti patrimoniali della coppia internazionale, oggetto del reg. UE n. 2016/1103 (completato dal reg. UE n. 2016/1104 per le unioni registrate), per i quali entrano in gioco molteplici leggi sostanziali con ricadute pratiche del tutto disomogenee, in ragione della diversità di tradizioni culturali e sociali sussistenti in tale contesto nei diversi Stati membri.

Lo scenario della materia si arricchisce ulteriormente di uno studio originale ed interessante (oggetto del cap. V) che riguarda la condizione delle coppie miste che abbiano contratto matrimonio all'estero e che richiedano tutela giurisdizionale nel nostro ordinamento, nel quale, come noto, non trova riconoscimento legislativo il matrimonio ugualitario, con tutte le implicazioni che ne derivano sul piano delle tutele.

L'a., dunque, indirizza l'analisi sul tema nodale e controverso del sistema di circolazione dei provvedimenti di separazione e divorzio, nonché delle statuizioni alimentari e patrimoniali e sui figli minori, esaminando con puntualità e senso critico l'attuale sistema di riconoscimento ed esecuzione transfrontaliero di tali decisioni e segnalando, al contempo, i numerosi problemi applicativi che interessano, in particolar modo, i divorzi stragiudiziali (ben distinti, nella prospettiva dell'a., da quelli propriamente privati, anche di natura religiosa, cui sono dedicati solo brevi cenni) e le esecuzioni delle decisioni sulla prole.

L'indagine si condensa conclusivamente in una riflessione nella quale l'a., non senza qualche nota di rammarico, esprime insoddisfazione per il sistema di tutela attualmente approntato per la crisi della famiglia con implicazioni transnazionali, giudicato dalla stessa sostanzialmente inadeguato, sia per la frammentarietà della disciplina rinvenibile nei numerosi regolamenti che impediscono una reale *reductio ad unum* della materia, sia per la scarsa velocità con la quale, tuttora, le relative decisioni circolano nello spazio europeo, specie con riferimento a quelle che riguardano i minori, figli delle coppie miste.

In prospettiva futura e con un senso di ottimismo che si giova di considerazioni non solo schiettamente giuridiche, ma anche di natura politica e prima ancora esistenziale, l'a. esorta l'Unione a «farsi promotrice di una legislazione europea più uniforme e coraggiosa in vista di un reale e concreto avvicinamento tra i popoli» (Adriana Neri).

Alberto Villa, *La graduazione delle questioni di merito*, Giappichelli ed., Torino 2023, pp. 430.

Il lavoro, che si articola in tre capitoli, analizza il tema del condizionamento delle questioni concernenti il merito della causa. Nel primo capitolo viene anzitutto tracciato il perimetro entro il quale si svolge l'indagine, e se ne definisce l'oggetto. Escluse tutte le questioni attinenti al rito, così come quelle relative alla fase istruttoria e le mere difese, la graduazione analizzata concerne in particolare la soluzione delle «questioni di merito» a) che riguardano i fatti giuridici principali, privi di funzione individualizzante; b) che implicano il riferimento a una determinata fattispecie, impregiudicato restando il potere del giudice di qualificarli in via autonoma; c) che sono oggetto di un'allegazione di parte o emergono dagli atti di causa; d) qualora rilevabili d'ufficio, che sono comunque spendibili in subordine, dovendosi «escludere che la rilevabilità ufficiosa della questione valga a obliterare il potere di condizionamento delle questioni di merito su istanza di parte». Quanto poi alla nozione di «graduazione», l'a.

sottolinea come sia da prendersi in considerazione la sola ipotesi del cumulo eventuale (di questioni attinenti a una singola domanda) c.d. subordinato, vale a dire quello in cui l'evento condizionante è costituito dalla soluzione «negativa» della questione dedotta in via principale. L'a. evidenzia altresì come la richiesta di graduazione, che dev'essere espressa dalla parte interessata, si risolva in un'istanza, che, ove ammissibilmente formulata, limita in fase decisoria il potere del giudice di scegliere in che ordine risolvere le diverse questioni di merito, vincolandolo, appunto, al condizionamento richiesto e così derogando al principio del primato della ragione più liquida.

Nel secondo capitolo, dedicato alla concreta ammissibilità del condizionamento suddetto, l'a. pone in rilievo la distinzione intercorrente tra la posizione dell'attore e quella del convenuto. Rispetto all'attore, posto che la graduazione è astrattamente ipotizzabile solo con riferimento a una futura sentenza di accoglimento della domanda (escludendosi che l'attore abbia il potere di condizionare l'ordine delle questioni che condurrebbero al rigetto della domanda medesima – e discettandosi al riguardo di una vera e propria *legittimazione alla graduazione* sussistente soltanto in relazione alla pronuncia di accoglimento), l'indagine prende le mosse dalla nota tesi secondo cui la latitudine oggettiva di una decisione è determinata dal suo motivo portante (*Begründungstheorie*), il quale pertanto rileva anche in punto di graduazione e dunque di condizionamento dell'*ordo decisionis*; questo comporta che, in relazione alla posizione dell'attore, l'analisi si concentri sull'ammissibilità del condizionamento delle allegazioni costitutive. Ciò premesso, l'a. sottolinea che, quando la concreta portata precettiva *in posterum* della sentenza di accoglimento appaia suscettibile di essere determinata dal fatto costitutivo posto a fondamento della pronuncia (in considerazione «della regolamentazione funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, nonché della stabilità di tale realizzazione»), l'attore è portatore di un interesse oggettivo e giuridicamente rilevante a vedere accertata l'esistenza del diritto azionato come scaturente da un determinato fatto costitutivo, anziché da un altro. Se, rispetto all'attore, è prospettata tale innovativa posizione (declinata dall'a. in un'ampia casistica applicativa), più restrittiva è invece la posizione assunta con riguardo al convenuto. Anche per questa ipotesi si precisa anzitutto che il riferimento del condizionamento meritale operato dal convenuto non può che essere la sola sentenza di rigetto della domanda attorea. Ciò posto, si evidenzia che, se la prospettiva d'indagine è circoscritta al giudizio pendente, per il convenuto ogni deduzione meritale riveste, di regola, la medesima utilità, avendo sempre quale obiettivo il rigetto della domanda. Ciò, tuttavia, non accade nelle ipotesi di giudicato

*zur Zeit*, vale a dire quando la decisione di rigetto dipende dall'accoglimento di un'eccezione meramente «sospensiva», che consente la riproposizione della domanda. In simili ipotesi va riconosciuto in capo al convenuto un interesse oggettivo e giuridicamente rilevante al condizionamento delle questioni di merito, sollevate in via di eccezione o rilevate *ex officio* dal giudice. Il lavoro, sulla scia di precedenti studi in argomento, analizza poi le eccezioni c.d. soddisfattive, giungendo alla conclusione secondo cui «escluse le eccezioni che paralizzano solo provvisoriamente l'azione attorea e l'eccezione di compensazione, il convenuto non appare portatore di un apprezzabile interesse alla graduazione rispetto all'invocata pronuncia di rigetto», fatte salve le ipotesi in cui siano dedotte altre eccezioni, «allorché l'interesse alla graduazione sia esplicitato attraverso una correlata (...) domanda riconvenzionale».

Il terzo capitolo è infine dedicato all'analisi dei profili dinamici del condizionamento. Si pone anzitutto in evidenza l'autonomia dell'istanza di condizionamento rispetto alla relativa allegazione fattuale, sottolineandosi che tale istanza dovrebbe ritenersi proponibile fino alla precisazione delle conclusioni. Quanto all'eventuale fase di gravame, ove il giudice abbia rispettato il vincolo di condizionamento ovvero quando le questioni siano state sottoposte in via concorrente, è da escludersi che alla parte vincitrice possa riconoscersi qualsivoglia interesse a impugnare. Ove, per contro, il giudice non abbia rispettato l'*ordo decisionis* legittimamente imposto dalla parte, e quindi abbia accolto o respinto la domanda in accoglimento di una questione subordinata, senza considerare quella dedotta in principalità, alla parte, pur vittoriosa, va riconosciuto l'interesse a impugnare la decisione, potendo essa ottenere dall'accoglimento del gravame una maggiore utilità, da individuarsi nell'accoglimento o nel rigetto della domanda in forza della questione che, nel pregresso grado, era stata indicata come da risolversi in via principale (Michelle Vanzetti).

## NOTE A SENTENZA

---

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ., sentenza 12 ottobre 2022,  
n. 29862

Pres. Curzio – Est. Rossetti

*È consentito alla vittima di un fatto illecito proporre una domanda limitata ab origine all'accertamento del solo an debeat, con riserva di accertamento del quantum in un separato giudizio (massima non ufficiale).*

*La condanna provvisoria di cui all'art. 278, comma 2°, c.p.c. può essere pronunciata – su istanza di parte – anche nel giudizio introdotto da una domanda limitata all'accertamento del solo an debeat (massima non ufficiale).*

*Ai fini dell'accoglimento della domanda autonoma di condanna generica al risarcimento del danno è sufficiente che l'esistenza del danno appaia anche solo probabile, e, ai fini della sua ammissibilità, non è necessario che l'attore indichi le prove di cui intende avvalersi (massima non ufficiale).*

(Omissis).

Col primo motivo R.O. lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 4, la violazione degli artt. 538 e 539 c.p.p., o, in subordine, dell'art. 278 c.p.c.

Nella illustrazione del motivo si sostiene che il giudice di rinvio non poteva condannare R.O. al risarcimento del danno da liquidarsi in separato giudizio, per due indipendenti ragioni:

- ) sia perché il giudice civile in sede di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p. non può pronunciare una condanna provvisoria;
- ) sia perché in ogni caso l'art. 278 c.p.c., non consente la condanna del convenuto al pagamento di una provvisoria, se l'attore non abbia formulato espressa domanda di quantificazione del danno.

Con la memoria depositata ai sensi dell'art. 378 c.p.c., e poi ancora nella discussione orale, la difesa della ricorrente principale ha corroborato il motivo in esame con un ulteriore argomento di diritto: quello secondo cui il giudice di merito non avrebbe potuto pronunciare una condanna generica (né, di conseguenza, condannare O.R. al pagamento d'una provvisoria) perché la legge consente, a chi abbia formulato una domanda di condanna, di limitare in corso di causa la propria richiesta all'*an debeat*; non consentirebbe, invece, di formulare *ab origine* una domanda di condanna generica, come invece avevano fatto nel giudizio di merito le Amministrazioni oggi controricorrenti.

A sostegno di tale allegazione ha invocato il *decisum* di Sez. 3, Ordinanza n. 17984 del 3.6.2022, secondo cui "l'attore che chiede la tutela giurisdizionale di una situazione giuridica soggettiva (...) non può proporre la domanda limitando la richiesta di tutela ad una condanna generica, cioè al solo *an debeat*; e fare riserva di introdurre un successivo giudizio per l'accertamento del *quantum*, a somiglianza di quanto l'art. 278 c.p.c., consente all'attore di chiedere nel corso del processo in cui abbia proposto la domanda di condanna in modo pieno".

2.1. Il motivo è infondato in tutte le censure in cui si articola.

2.2. Sulla ammissibilità di domande di condanna limitate all'*an debeat*. Infondata, in primo luogo, è l'allegazione secondo cui il codice di rito non consentirebbe la proposizione di domande di condanna limitate all'*an debeat*.

Tale questione è stata già affrontata e risolta da queste Sezioni Unite, con orientamento dal quale non v'è motivo di discostarsi – ed al quale, anzi, si intende qui dare continuità –, secondo cui la domanda di danno può essere legittimamente rivolta *ab origine* ad ottenere una condanna generica, senza che sia necessario il consenso del convenuto.

(*Omissis*)

2.3. A fronte di questo orientamento così risalente e consolidato, tale da costituire un vero e proprio “diritto vivente”, non può essere condiviso il precedente di questa Corte invocato dalla difesa della ricorrente (e cioè l'ordinanza 17984/22, cit.), per quattro ragioni.

2.3.1. In primo luogo perché, in quella decisione, l'affermazione del principio secondo cui l'attore non potrebbe chiedere *ab origine* una condanna generica costituisce un mero *obiter dictum*.

(*Omissis*)

2.3.2. In secondo luogo alla decisione invocata dalla difesa della ricorrente non è possibile dare continuità, in virtù del principio della necessaria stabilità nell'interpretazione delle norme processuali.

Questo principio, ripetutamente affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte, può così riassumersi: sebbene nel nostro sistema processuale non viga la regola dello *stare decisis*, nondimeno la stabilità dell'interpretazione delle norme processuali è un valore immanente nell'ordinamento, a salvaguardia della certezza del diritto ed a tutela del diritto di difesa.

Pertanto quando l'interpretazione di una norma processuale sia consolidata, essa può essere abbandonata solo in due casi: o in presenza di “forti ed apprezzabili ragioni giustificative, indotte dal mutare dei fenomeni sociali o del contesto normativo” (così, testualmente, Sez. U, Sentenza n. 13620 del 31/07/2012; nonché, nello stesso senso ed *ex multis*, Sez. U, Sentenza n. 927 del 13.1.2022; Sez. U, Ordinanza n. 2736 del 2.2.2017); oppure quando l'interpretazione consolidata “risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o ingiusti, atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo” (così Sez. U, Ordinanza n. 23675 del 06/11/2014, Rv. 632844 – 01).

Corollario di quanto esposto è che quando una norma processuale può teoricamente essere interpretata in due modi diversi, ambedue compatibili con la lettera della legge, è doveroso preferire quella sulla cui base si sia formata una sufficiente stabilità di applicazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione.

2.3.3. In terzo luogo, il principio invocato dalla ricorrente non può essere condiviso perché il nostro ordinamento costituzionale e processuale è imperniato sui principi di libertà del diritto di azione (art. 24 Cost.), e la libertà del diritto di azione si manifesta ovviamente con la facoltà dell'attore di stabilire, in totale libertà, cosa chiedere, quanto chiedere e quando chiedere, con l'unico limite del divieto di abuso del diritto.

2.3.4. Infine, al precedente invocato dalla difesa della ricorrente non può essere data continuità, in quanto l'interpretazione da esso preferita non è compatibile con vari principi stabiliti dal diritto comunitario, ovvero da norme interposte ai sensi dell'art. 10

Cost.

È noto che l'art. 6, comma 3°, del Trattato sull'Unione Europea (c.d. “Trattato di Lisbona”, ratificato e reso esecutivo con L. 2 agosto 2008, n. 130), stabilisce che “i diritti fon-

damentali, garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

Per effetto di tale norma i principi della CEDU sono stati “comunitarizzati”, e sono divenuti “principi fondanti dell'Unione Europea”.

Tra questi principi la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea da tempo include quello di certezza del diritto.

(*Omissis*)

In campo processuale i principi affermati dalla Corte di Lussemburgo sono stati ripresi e sviluppati dalla Corte EDU, la quale ne ha tratto il corollario che è impedito ai giudici degli Stati membri interpretare le norme processuali in modo che conducano all'inammissibilità d'una domanda giudiziale, quando tali interpretazioni siano “troppo formalistiche”, adottate “a sorpresa” e niente affatto chiare ed univoche (Corte EDU, sez. I, 15.9.2016, Trevisan c. Italia, in causa n. 32610/07, p.p. 42-44; Corte EDU, sez. II, 18.10.2016, Miessen c. Belgio, in causa n. 31517/12, p.p. 71-73).

In particolare, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che costituisce violazione dell'art. 6 CEDU l'adozione d'una interpretazione della norma processuale che comporti per l'individuo la perdita della possibilità di adire un Tribunale, senza che tale effetto potesse essere previsto ex ante (*ex multis*, Corte EDU 20 dicembre 2016, Ljaskaj c. Croazia, in causa n. 58630/11); che la legge processuale “deve essere accessibile ai giustiziabili e da loro prevedibile quanto agli effetti” (Corte EDU 27.1.2017, Paradiso e Campanelli c. Italia, in causa n. 25358/12, p. 169); che ogni soggetto deve essere in grado di prevedere le conseguenze che possono derivare da un determinato atto (così Corte EDU 7.6.2012, Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia, in causa n. 38433/09, p. 140; nello stesso senso Corte EDU 17.5.2016, Kare'csony ed al. c. Ungheria, in cause nn. 42641/13 e 44357/13); che non possono imporsi cause di inammissibilità non previste dalla legge, se non indispensabili (Corte EDU, sez. I, 24.4.2008, Kemp c. Lussemburgo, in causa n. 17140/05); che, infine, i giudici degli Stati membri devono osservare per quanto possibile orientamenti stabili, sicché non è loro consentito esercitare nel corso del tempo le loro competenze in modo da ledere imprevedibilmente situazioni e rapporti giuridici soggettivi (Corte giust. UE, 15 Febbraio 1986, Duff, in causa C-63/93).

Alla luce di tali principi deve concludersi che la regola di diritto invocata dalla ricorrente (“non è ammissibile una domanda ab origine limitata all'*an debeatur*”) non può essere seguita perché non espressamente prevista dalla legge, imprevedibile dai litiganti e non indispensabile.

2.4. Sui restanti profili di censura del primo motivo di ricorso.

La deduzione secondo cui il giudice civile, pronunciando in sede di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p., non potrebbe pronunciare una condanna provvisoria è infondata in diritto.

Il giudizio di rinvio ex art. 622 c.p.p., si svolge dinanzi al giudice civile con le regole del processo civile (Sez. 3 -, Sentenza n. 517 del 15/01/2020, Rv. 656811 - 01): e fra queste regole rientra l'art. 278 c.p.c., che consente per l'appunto la condanna del convenuto al pagamento d'una provvisoria.

2.5. Anche in questo caso non è decisivo, in senso contrario, il precedente invocato dalla difesa della ricorrente (e cioè Sez. 3, Sentenza n. 11117 del 28/05/2015, non massimata sul punto, secondo cui la condanna provvisoria ex art. 278 c.p.c., non può essere pronunciata quando l'azione “ha ad oggetto l'accertamento di responsabilità del convenuto e

la sua condanna generica al risarcimento dei danni”, perché in tal caso “esula dal giudizio la concreta quantificazione del danno risarcibile”).

Tale orientamento non può essere condiviso per due concorrenti ragioni.

2.5.1. Innanzitutto, negare la possibilità d’una condanna provvisoria nel giudizio limitato all’*an debeat*ur è conclusione non sostenibile sul piano della logica formale, perché eleva il presupposto della norma (la richiesta di condanna generica) a fattore impeditivo dell’applicazione di essa.

Ed infatti il presupposto per la pronuncia d’una condanna provvisoria è la formulazione d’una domanda di condanna generica. Se, infatti, fosse formulata una richiesta di condanna estesa al quantum, la concessione d’una provvisoria non avrebbe senso né utilità, dal momento che il processo si chiuderebbe comunque con una sentenza – di accoglimento o di rigetto definitiva.

Negare, dunque, la possibilità di pronunciare la condanna provvisoria quando l’attore abbia limitato la propria richiesta all’*an debeat*ur, significherebbe interpretare abrogativamente l’art. 278 c.p.c.

A seguire quel ragionamento, infatti, mai tale norma potrebbe essere applicata, perché delle due l’una: o l’attore ha chiesto una condanna piena, ed allora la provvisoria non può essere pronunciata perché il giudice dovrà decidere su tutta la domanda; oppure è stata chiesta una condanna generica, ed allora la provvisoria non potrebbe essere pronunciata perché la causa non ha ad oggetto il quantum.

Quanto, poi, all’osservazione secondo cui in caso di domanda limitata all’*an debeat*ur la provvisoria non potrebbe essere pronunciata perché la quantificazione del danno non forma oggetto del giudizio, è agevole replicare che proprio perché la quantificazione del danno non forma oggetto del giudizio, è accordata al giudice la potestà di pronunciare una condanna sommaria, nei limiti in cui, anche a prescindere dall’attività assertiva delle parti, la prova del danno sia comunque rifluita nel giudizio. Basti pensare al caso – a mo’ d’esempio – del danno non patrimoniale da uccisione d’un prossimo congiunto, ipotesi nella quale, anche in assenza di prove specifiche, non potrà di norma dubitarsi dell’esistenza d’un danno non inferiore ad un certo ammontare.

2.5.2. La seconda ragione per la quale non può essere condiviso il principio invocato dalla ricorrente è che l’art. 278 c.p.c., subordina la condanna generica alla circostanza che sia “accertata l’esistenza d’un diritto, ma (sia) ancora controversa la quantità della prestazione dovuta” (art. 278 c.p.c., comma 1°). La norma, dunque, non impone affatto che la “controvertibilità” del *quantum* debba sussistere nel medesimo giudizio in cui si è chiesta la condanna generica.

La quantità della prestazione dovuta infatti può essere qualificata come “ancora controversa” sia quando la liquidazione del danno sia richiesta nel medesimo giudizio in cui è stata pronunciata la condanna generica; sia quando la quantificazione del danno è stata riservata dall’attore ad un futuro e separato giudizio.

La formula che subordina la concessione della provvisoria alla circostanza che sia “ancora controversa la quantità della prestazione dovuta” sta a significare che sul *quantum debeat*ur è mancata una decisione, ma non che quella decisione dovrà emettersi nello stesso giudizio in cui si è chiesta o pronunciata la condanna generica.

L’art. 278 c.p.c., pertanto, anche sul piano letterale non solo non esclude, ma anzi impone di ritenere ammissibile la richiesta – e la pronuncia – d’una condanna provvisoria nel giudizio incardinato al solo fine di ottenere una pronuncia generica sull’*an debeat*ur.

2.6. La deduzione, infine, secondo cui l'art. 278 c.p.c., non consentirebbe la condanna del convenuto al pagamento di una provvisoria, se l'attore non abbia formulato espressa domanda di quantificazione del danno, è infondata in punto di fatto.

Le Amministrazioni oggi controricorrenti, infatti, nel riassumere il giudizio dinanzi al giudice civile in sede di rinvio avevano espressamente chiesto la condanna dei convenuti al pagamento d'una provvisoria: in tal modo hanno non solo formulato la "istanza" di cui all'art. 278 c.p.c., comma 2, ma manifestato implicitamente la volontà di chiedere una *aestimatio* anche parziale del danno.

2.7. Il primo motivo di ricorso va dunque rigettato, in applicazione dei seguenti principi di diritto:

-) "È consentito alla vittima di un fatto illecito proporre una domanda limitata ab origine all'accertamento del solo *an debeat*, con riserva di accertamento del *quantum* in un separato giudizio".

-) "La condanna provvisoria di cui all'art. 278 c.p.c., può essere pronunciata.

– su istanza di parte – anche nel giudizio introdotto da una domanda limitata all'accertamento del solo *an debeat*".

-) "Il giudice civile, adito in sede di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p., con una domanda di condanna generica, può condannare il responsabile al pagamento di una provvisoria, ai sensi dell'art. 278 c.p.c.". (*Omissis*).

Col terzo motivo la ricorrente prospetta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 1227 2056 2059 e 2697 c.c.

Il motivo investe la sentenza d'appello nella parte in cui ha ritenuto di poter pronunciare una condanna generica a carico dei convenuti ed a favore del Ministero delle finanze.

3.1. Il motivo, se pur formalmente unitario, contiene cinque censure tanto processuali quanto sostanziali, che questa Corte, nell'esercizio del proprio potere-dovere di qualificazione ed interpretazione degli atti processuali ritiene siano così riassumibili:

a) la Corte d'appello non poteva pronunciare una condanna generica al risarcimento del danno, perché le parti civili avevano a tal riguardo formulato domande generiche;

b) la Corte d'appello non poteva pronunciare una condanna generica al risarcimento del danno, perché le parti civili non avevano indicato le prove di cui intendevano avvalersi nel futuro giudizio sul *quantum debeat*;

(*Omissis*).

d) la pronuncia di condanna generica al risarcimento del danno presuppone l'accertamento in concreto dell'esistenza d'un danno, accertamento che nel caso di specie era mancato;

(*Omissis*)

3.3. Sulla prima censura (genericità delle domande).

L'allegazione secondo cui la Corte d'appello non avrebbe potuto pronunciare una condanna generica al risarcimento del danno, poiché i danneggiati avevano formulato domande generiche, è infondata.

La prima ragione è che le parti civili provvidero ad indicare il tipo di danni che assumevano di aver subito: turbamento della normale attività dell'amministrazione; perdita del tributo; costi dell'attività di accertamento del fatto-reato; danno all'immagine; danno da sviamento di funzione.

3.4. Sulla seconda censura (inammissibilità della domanda per mancata indicazione dei mezzi di prova).

La ricorrente allega poi che la domanda di condanna generica al risarcimento del danno si sarebbe dovuta dichiarare inammissibile, perché non corredata dall'indicazione dei

mezzi di prova di cui le parti danneggiate avevano intenzione di avvalersi nel successivo giudizio di liquidazione, a dimostrazione dell'entità del danno sofferto.

Tale censura è infondata.

Infatti ai fini dell'accoglimento della domanda di condanna generica al risarcimento del danno è sufficiente che siano dimostrati la colpa e il nesso causale, mentre è sufficiente che sia anche solo probabile l'esistenza del danno.

Se dunque, ai fini dell'accoglimento della domanda generica, è necessario che il danno sia soltanto "probabile", l'unica prova che il danneggiato deve offrire è quella della "probabilità" del danno, non della sua certezza.

Ma se ai fini della condanna generica è sufficiente la dimostrazione della "probabilità" del danno, non si comprende a qual fine e per qual frutto l'attore avrebbe l'onere, nel giudizio sull'*an*, di indicare analiticamente i mezzi di prova di cui intende avvalersi nel futuro e separato giudizio sul *quantum*.

La prova analitica del *quantum debeatur* andrà fornita nel relativo e successivo giudizio, sicché a pretendere che essa debba essere offerta già nel giudizio sull'*an* si porrebbe al paradosso di obbligare la parte, a pena di inammissibilità della domanda, ad indicare mezzi di prova irrilevanti, perché non aventi ad oggetto una questione devoluta al giudicante.

(*Omissis*)

Con una quarta censura, come accennato, la ricorrente deduce che la pronuncia di condanna generica al risarcimento del danno presuppone l'accertamento in concreto dell'esistenza d'un danno, accertamento che nel caso di specie era mancato.

La censura è infondata in quanto, come già detto, presupposto della condanna generica *ex art. 278 c.p.c.*, è la mera probabilità del danno, non la prova certa della sua esistenza.

Questa Corte, da molti anni e con orientamento costante, viene ripetendo che dinanzi ad una domanda di condanna generica al risarcimento del danno "l'attività e la indagine del giudice (...) è principalmente diretta ad acquisire la certezza giuridica sui punti pregiudiziali dell'illiceità e della colpa e, quindi, della responsabilità.

La pronuncia positiva sull'*an debeatur* si deve fondare sulla certezza giuridica dell'illiceità della condotta della persona contro la quale la condanna stessa viene pronunciata, e, quindi, sulla responsabilità di questa, sulla prova di un fatto idoneo, sia pure potenzialmente, a produrre conseguenze dannose, secondo un apprezzamento anche di semplice probabilità o di verosimiglianza dell'evento (...), nel senso che per la particolare natura dell'illicito sia legittimo presumere il verificarsi di dette conseguenze, la cui valutazione, in concreto sarà poi compiuta in sede di liquidazione, e sull'esistenza del nesso di causalità fra il comportamento illecito dell'agente ed il danno" (così, testualmente, ovvero Sez. 1, Sentenza n. 2507 del 09/08/1962).

E questa mera "potenzialità dannosa" del fatto illecito, per altrettanto pacifica giurisprudenza, prescinde dalla misura e anche dalla stessa concreta esistenza del danno, come già stabilito da queste Sezioni Unite (Sez. U, Sentenza n. 8545 del 03/08/1993; nello stesso senso, *ex multis*, Sez. 2, Sentenza n. 21326 del 29/08/2018, Rv. 650031 - 01; Sez. 2 -, Ordinanza n. 6235 del 14/03/2018, Rv. 647851 - 01; Sez. L, Sentenza n. 1631 del 22/01/2009, Rv. 606294 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 16123 del 14/07/2006, Rv. 591479 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 9709 del 18/06/2003, Rv. 564383 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 6257 del 02/05/2002, Rv. 554050 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 2724 del 25/02/2002, Rv. 552505 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 10453 del 01/08/2001, Rv. 548638 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 14454 del 06/11/2000, Rv. 541416 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 985 del 14/05/1962, Rv. 251626 - 01).

(*Omissis*)

3.9. Il terzo motivo di ricorso va dunque accolto in parte, in applicazione dei seguenti principi di diritto:

a) ai fini dell'accoglimento della domanda di condanna generica al risarcimento del danno è sufficiente che l'attore dimostri la colpa e il nesso causale; mentre è sufficiente che l'esistenza del danno appaia anche solo probabile;

b) ai fini dell'ammissibilità della domanda di condanna generica al risarcimento del danno non è necessario che l'attore indichi le prove di cui intende avvalersi per dimostrare il *quantum debeatur*; (*Omissis*).

### **Condanna generica e provvisoria: orientamenti consolidati che non convincono**

1. – A breve distanza da una pronuncia della III Sezione civile<sup>(1)</sup>, che aveva destato in molti interpreti qualche perplessità, per aver escluso l'ammissibilità di una domanda autonoma di condanna generica, sono intervenute le Sezioni Unite che, con la sentenza in epigrafe, hanno «restaurato», quel che, volenti o nolenti, va considerato lo *ius quo utimur*. La pronuncia, infatti, ribadisce una serie di principi, che da oltre un secolo e a prescindere dall'evoluzione storico-legislativa dell'istituto, governano la disciplina processuale delle domande di condanna generica<sup>(2)</sup>.

La fattispecie sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite e che ha consentito questo loro incisivo intervento, riguardava la violazione, di rilevanza penale, della regolamentazione sui dazi relativi all'importazione di frutta da paesi extracomunitari. Dopo l'espletamento dei giudizi di merito dinanzi al giudice penale, davanti al quale era ritualmente avvenuta la costituzione delle parti civili, la Cassazione, *ex art.* 622 c.p.p., annullava, con rinvio ai soli effetti civili, la sentenza della corte territoriale. Il giudizio veniva quindi riassunto dalle parti civili dinanzi alla Corte d'appello (civile) di Venezia, la quale, ritenuto che i convenuti avessero effettivamente posto in essere una condotta astrattamente qualificabile come reato ed idonea a far sorgere un obbligo risarcitorio in capo ai medesimi e in favore delle parti civili, anzitutto li condannava in via generica al risarcimento del

---

<sup>(1)</sup> Cass. 3 giugno 2022 n. 17984, in *Giur. it.* 2022, 2394 ss., con mia nota, *La Cassazione, con un lungo obiter, pretende di eliminare la domanda autonoma di condanna generica*. Occorre segnalare che a poche settimane di distanza da questa prima pronuncia, la III Sez. civile era già tornata sui suoi passi: Cass. 14 settembre 2022, n. 27016.

<sup>(2)</sup> Principi già affermati Cass., Sez. un., 23 novembre 1995, n. 12103, in *Foro it.* 1996, I, 1765 ss.; in *Giur. it.* 1996, I, 1, 1495; in *Giust. civ.* 1996, I, 2993; e in *Riv. dir. ind.* 1997, II, 25 ss.

danno, da liquidarsi in separato giudizio; inoltre e contestualmente, li condannava al pagamento di una provvisoria.

La sentenza d'appello veniva impugnata, in via disgiunta, da entrambi i soccombenti e, in via incidentale condizionata, dalle parti civili. Con l'impugnazione principale veniva dedotta, in particolare, l'inammissibilità della condanna generica autonoma e, in subordine, l'inammissibilità di una condanna provvisoria nel caso di proposizione di una domanda circoscritta all'*an debeatur*. Sono questi i temi che saranno di seguito affrontati, alla luce di quanto sancito dalle Sezioni Unite.

2. – Con riferimento al mezzo di ricorso col quale è stata fatta valere l'inammissibilità di una condanna generica autonoma, il primo punto fermo ribadito in via preliminare dalla sentenza in epigrafe concerne l'oggetto di siffatta condanna: esso, come già affermato dalla costante giurisprudenza, sia di merito, sia di legittimità, sarebbe costituito solo dall'illecito, dalla colpa (intesa nel senso di imputabilità dell'illecito al convenuto), dalla potenzialità lesiva dell'illecito e dal nesso causale tra quest'ultimo e il danno potenziale, rimanendone invece esclusi il c.d. danno in concreto, vale a dire l'effettiva esistenza di un danno, e la sua quantificazione<sup>(3)</sup>. L'oggetto della decisione sarebbe pertanto rappresentato solo da una porzione della fattispecie costitutiva del diritto di credito di cui si discute in giudizio e non dal diritto nel suo complesso.

Orbene, se tale è da considerarsi l'oggetto della decisione<sup>(4)</sup>, specularmente, la domanda *autonoma* di condanna generica non può che avere anch'essa per oggetto solo alcuni elementi della fattispecie costitutiva del diritto che si vuole far valere in giudizio, vale a dire, quegli stessi elementi che formeranno, secondo questa impostazione, oggetto di decisione (definitiva). Si tratta di una conclusione che, a mio avviso, cozza con uno dei principi fondamentali del nostro processo civile: quello, secondo il quale oggetto di domanda giudiziale possono essere solo diritti e *status*, rimanendone invece esclusi i meri fatti e la qualificazione dei medesimi, e salve naturalmente restando le eccezioni espressamente previste dalla legge<sup>(5)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Tale oggetto è generalmente (ma non unanimemente: v. le note che seguono) riconosciuto alla condanna generica, a prescindere dal fatto che essa assuma la forma di una sentenza definitiva oppure non definitiva: v. da ultimo Cass. 28 marzo 2023, n. 8729.

<sup>(4)</sup> Conclusione, questa, che va a mio avviso revocata in dubbio: *si vis*, M. Vanzetti, *La condanna generica*, Milano 2021, 118 ss., spec. 131 ss., ove ampi rinvii.

<sup>(5)</sup> Ad esempio, la domanda principale di verifica di una scrittura privata, di cui agli artt. 214 ss. c.p.c., ha per oggetto la genuinità di una sottoscrizione; e la querela di falso, disciplinata dagli artt. 221 ss. c.p.c., ha per oggetto la falsità di un documento.

Nonostante questo evidente contrasto, la sentenza delle Sezioni Unite, nel motivare il rigetto del motivo menzionato, ribadisce l'ammissibilità di una domanda avente fin dall'origine quale oggetto esclusivo la condanna generica del convenuto, cioè di una domanda giudiziale limitata ad alcuni soltanto degli elementi costitutivi del diritto vantato dall'attore: il che non può non lasciare perplessi<sup>(6)</sup>.

3. – La decisione in commento evita, tuttavia, di affrontare uno degli argomenti più persuasivi, con cui l'isolato precedente della III Sez. civile aveva recisamente escluso l'ammissibilità della domanda autonoma di condanna generica, vale a dire proprio quello – appena accennato e a mio avviso insuperabile – della sua insufficiente dimensione oggettiva. Le Sezioni Unite, viceversa, pongono l'accento su tre distinte considerazioni<sup>(7)</sup>, due delle quali rappresentano diverse declinazioni del principio di «certezza del diritto», la quale non consentirebbe repentini mutamenti giurisprudenziali in relazione a istituti fortemente radicati nella prassi. La terza considerazione si fonda, invece, sul principio di «libertà del diritto di azione», il quale si manifesta «con la facoltà dell'attore di stabilire, in totale libertà, cosa chiedere, quanto chiedere e quando chiedere, con l'unico limite del divieto di abuso del diritto». Ad avviso del Supremo Collegio, pertanto, la facoltà di limitare la domanda all'*an debeatur* costituisce «espressione del principio di libera scelta delle forme di tutela offerte dall'ordinamento», spettando semmai al convenuto di formulare una «domanda riconvenzionale di accertamento» del *quantum*<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> M. Vanzetti, *La condanna generica*, cit., 148 ss., 178 ss. e *passim*, ove, pur constatando l'utilità pratica dell'istituto e il suo essere profondamente radicato nella prassi, ho ampiamente espresso le mie perplessità sulla sua ammissibilità, evidenziandone la carenza di basi positive. Nel senso dell'inammissibilità di una domanda circoscritta all'*an debeatur*: Gualandi, *Domanda di condanna generica e richiesta del convenuto di accertamento dell'"an" e del "quantum"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1959, 1141 ss.; Rognoni, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, Milano 1961, 229 ss.; Carpi, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1977, 621, *sub* nota 15; Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1978, 1104 ss., spec. 1194; Carratta, *v. Condanna generica*, in *Enc. giur.*, Roma 1997, 16 s.; Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, Milano 2018, 717; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 9<sup>a</sup> ed. a cura di Colesanti e Merlin, Milano 2021, 146.

<sup>(7)</sup> Un'ulteriore considerazione formulata dalla sentenza in commento, che sottrae portata eversiva alla decisione della Sez. III civile, consiste in ciò, che il supposto *revirement* era contenuto in un *obiter*, superfluo ai fini della decisione della causa.

<sup>(8)</sup> L'attività del convenuto, che si opponga ad un giudizio circoscritto dall'attore con una domanda autonoma di condanna generica, secondo alcuni configurerebbe una domanda riconvenzionale sul *quantum*, volta a ricondurre a fisiologica unità il giudizio; secondo altri, invece, avrebbe l'effetto di precludere al giudice un accertamento solo probabilistico

Proprio rispetto a quest'ultima argomentazione, è necessario chiedersi se, alla luce dei principi processuali sopra accennati e finora mai revocati in dubbio, anche la libertà del diritto d'azione non debba sempre e comunque concretizzarsi nella deduzione in giudizio di una domanda giudiziale avente un oggetto idoneo, cioè appunto un diritto, e non semplici fatti o la loro qualificazione giuridica, come invece avverrebbe (*rectius*: avviene) in questo caso. Con riguardo allo specifico istituto di cui si tratta, infatti, nessuna norma consente a mio avviso di procedere altrimenti: l'art. 278, co. 1, c.p.c., invero, presuppone che sia stata formulata una domanda di condanna piena (*i.e.*, specifica), e che solo in corso di causa sia stata fatta istanza per ottenerne una generica; né esiste nel nostro ordinamento alcuna norma ulteriore in tema di condanna generica che permetta di derogare ai summenzionati principi, come invece avviene, per esempio, per la querela di falso, proponibile in via principale a norma dell'art. 221 c.p.c., nonostante abbia per oggetto non un diritto, né uno *status*, ma la falsità di un documento<sup>(9)</sup>.

A monte e correlativamente, ci si dovrebbe forse chiedere anche se alla condanna generica (sia essa autonoma ovvero pronunciata come non definitiva) debba davvero riconoscersi un oggetto così ridotto<sup>(10)</sup>, o se non debba, invece, esserne rimeditata l'intera disciplina, avendo maggior considerazione della lettera della legge<sup>(11)</sup>.

Alla luce dell'art. 24 Cost., dell'art. 2907 c.c. e dell'art. 99 c.p.c., non credo invece sia possibile un'ipotetica terza via, che, nel superare il principio secondo cui la domanda giudiziale deve avere, appunto, un «oggetto idoneo», consenta la proposizione di domande deducenti anche solo mere questioni di fatto o la loro qualificazione giuridica, ove ciò non sia espressamente consentito da una norma di legge<sup>(12)</sup>. Persino nell'ordinamento tedesco, nel quale esiste un istituto per molti versi analogo a quello disci-

---

del danno, imponendogli di accertare il c.d. danno in concreto: M. Vanzetti, *La condanna generica*, cit., 190 ss.

<sup>(9)</sup> In tal caso, è proprio e solo l'esplicita previsione di legge a consentirne la proposizione in via principale, in deroga al principio in virtù del quale la domanda giudiziale deve avere un'idonea dimensione oggettiva.

<sup>(10)</sup> Cioè solo un segmento della fattispecie.

<sup>(11)</sup> È infatti possibile riconoscere alla condanna generica un oggetto assai più ampio, consistente nel diritto fatto falere nel suo complesso, rimanendone esclusa solo la liquidazione dell'ammontare: *supra*, nota 4.

<sup>(12)</sup> Il problema di quale sia la latitudine oggettiva minima della domanda giudiziale è ontologicamente diverso da quello relativo alla possibile dimensione oggettiva di una sentenza, la quale ultima può indubbiamente essere anche su mere questioni, come accade nelle non definitive di merito (salvo poi stabilire quali ne siano gli effetti).

plinato dall'art 278, comma 1°, c.p.c., si esclude che possa essere domandata *das Zwischenurteil über den Grund* (§ 304 ZPO), senza che sia contestualmente dedotto l'ammontare della pretesa fatta valere, nella sua globalità; e ciò sebbene siffatta *Grundurteil* abbia per oggetto solo alcuni elementi della fattispecie<sup>(13)</sup>. Anche nel nostro processo penale, peraltro, in sede di dibattimento, dopo l'assunzione delle prove, la parte civile, al momento della formulazione delle conclusioni, è tenuta a procedere alla quantificazione del danno richiesto a titolo di risarcimento<sup>(14)</sup>: ove a ciò non provveda, la sua costituzione si intende revocata<sup>(15)</sup>. Ciò significa che, nel processo penale, la domanda di condanna al risarcimento del danno svolta dalla parte civile, almeno in astratto, non potrebbe mai essere generica, né tantomeno autonoma: non dovrebbe, cioè, essere formulata come domanda di condanna priva della determinazione del *quantum*, da decidersi in successivo processo; essa, viceversa, proprio in virtù dell'obbligo di indicare in sede di conclusioni l'ammontare richiesto, dovrebbe finire per essere sempre una domanda di condanna specifica<sup>(16)</sup>. Sono poi i meccanismi previsti dagli artt. 538 e 539 c.p.p. a consentire al giudice penale, in via eccezionale, di pronunciare, pur a fronte di siffatta domanda di condanna piena, una condanna solamente generica, e di rimettere le parti davanti al giudice civile per la determinazione del *quantum*: ma ciò egli può fare solo «se le prove acquisite non consentono la liquidazione del danno».

Il dubbio sopra esposto, in parte evidenziato anche dalla sentenza della III Sez. civile della Cassazione del giugno del 2022<sup>(17)</sup>, mi pare

---

(13) Di per sé inidonei a costituire oggetto di domanda giudiziale. In Germania, peraltro, la *Grundurteil* ha natura di sentenza interlocutoria, tuttavia, nell'ottica delle impugnazioni, soggiace alla disciplina di una *Endurteil*: Musielak-Voit, *Zivilprozessordnung, Kommentar*, XV ed., München 2018, 1186 ss.; Krüger-Rauscher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, B. 1, V ed., München 2016, 2117 ss.

(14) Ai sensi dell'art. 523, co. 2, c.p.p., in sede di dibattimento, esaurita l'assunzione delle prove, «la parte civile presenta conclusioni scritte, che devono comprendere, quando sia richiesto il risarcimento dei danni, anche la determinazione del loro ammontare».

(15) Dispone l'art. 82, co. 2, c.p.p. che la costituzione di parte civile «si intende revocata se la parte civile non presenta le conclusioni a norma dell'articolo 523 ovvero se promuove l'azione davanti al giudice civile».

(16) Si veda tuttavia Cass. pen., 22 dicembre 2015, n. 7128, in *Dir. e giust.* 2016, secondo cui «l'inosservanza della norma di cui all'art. 523, comma 2, c.p.p. per omessa determinazione nelle conclusioni scritte delle parti civili dell'ammontare dei danni dei quali si chiede il risarcimento non produce alcuna nullità, né impedisce al giudice di pronunciare condanna generica al risarcimento, in quanto l'esercizio dell'azione civile ha come unica condizione essenziale la richiesta di risarcimento, la cui entità può essere precisata in altra sede dalla stessa parte o rimessa alla prudente valutazione del giudice».

(17) V. nota 1.

quindi di non poco momento, poiché in definitiva l'alternativa appare secca: *de iure condito*, o la condanna generica ha per oggetto solo alcuni dei fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, e allora è inammissibile, se dedotta in via autonoma, proprio perché priva di un oggetto idoneo e pure di una norma positiva che ne consenta eccezionalmente la proposizione; oppure la condanna generica ha per oggetto l'intero diritto di credito prospettato dall'attore, ivi compreso il c.d. danno in concreto, ed escluso restando solo il suo ammontare, e allora la relativa domanda non potrebbe che ritenersi ammissibile, ove pure così circoscritta. In conclusione, la scelta delle Sezioni Unite di confermarne l'ammissibilità, se è comprensibile dal punto di vista pratico, certamente non risulta appagante da quello teorico, proprio perché evita di affrontare il problema.

4. – Come accennato, i motivi, che hanno indotto le Sezioni Unite a sconfessare il (tentato, ancorché espresso solo in un *obiter*) *revirement* dell'ordinanza del giugno 2022<sup>(18)</sup>, si fondano in sostanza sull'inopportunità di eliminare un istituto profondamente radicato nella prassi da oltre un secolo. In effetti, il timore suscitato dalla decisione della III Sez. civile era legato proprio alla sorte di un istituto sul quale tutti gli operatori del diritto avevano da sempre potuto fare affidamento e dunque anche alla sorte di una serie di controversie pendenti, rispetto alle quali un tale cambiamento di rotta avrebbe determinato un esito inaspettato e imprevedibile<sup>(19)</sup>.

In ragione di ciò, le Sezioni Unite, nella sentenza in commento, valorizzano anzitutto il principio della necessaria stabilità nell'interpretazione delle norme processuali, «valore immanente nell'ordinamento, a salvaguardia della certezza del diritto ed a tutela del diritto di difesa». Ad avviso del Supremo Collegio, pur non appartenendo al nostro sistema giuridico la regola dello *stare decisis*, il diritto vivente può essere abbandonato solo se risulti palesemente arbitrario o dia origine a risultati ingiusti o irrazionali, oppure quando sia radicalmente mutato il contesto giuridico o sociale nel quale esso si inserisce. Qualora poi la norma, che deve essere applicata nel caso concreto, possa essere oggetto di diverse interpretazioni, va preferita

---

(18) V. nota 1.

(19) A. Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, Milano 2018; Id., *Giurisprudenza di merito su questioni processuali e limiti della tutela dell'affidamento incolpevole*, in questa *Rivista* 2020, 858; Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e "giusto processo"*, *ivi* 2011, 1390; Punzi, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, *ivi*, 1337.

quella «sulla cui base si sia formata una sufficiente stabilità di applicazione»<sup>(20)</sup>. Ad avvalorare queste conclusioni le Sezioni Unite menzionano altresì alcuni analoghi principi sanciti dal diritto comunitario, il quale pure vuole garantire la certezza del diritto e della sua applicazione, e dunque la tutela del legittimo affidamento e la salvaguardia dei diritti quesiti.

In relazione a queste considerazioni, appare però legittimo chiedersi se non si sia in tal modo scelta una strada che, in nome di questi pur importanti principi, rischia di condurre alla definitiva cristallizzazione anche di insegnamenti giurisprudenziali discutibili, se non addirittura del tutto infondati, o comunque non più «al passo coi tempi», così, tra l'altro, sottraendosi alla dottrina la propria funzione di analisi e critica costruttiva, ai professionisti la possibilità di argomentare efficacemente, anche nell'ottica di superare orientamenti magari acriticamente consolidatisi, e ai giudici quella di accogliere interpretazioni del diritto positivo migliori e/o più attuali di quelle tralattiziamente tramandatesi nel tempo.

5. – Come accennato, la decisione in epigrafe ha rigettato il primo motivo di ricorso, negando anche che fosse fondata l'ulteriore censura mossa dalle ricorrenti alla sentenza impugnata e secondo la quale il giudice adito in sede di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p. con una domanda autonoma di condanna generica non potrebbe pronunciare una condanna al pagamento di una provvisoria. Ora, dalla lettura della sentenza in commento, non è dato sapere quale fosse effettivamente il contenuto dell'atto di riassunzione dinanzi alla Corte d'appello di Venezia: non è chiaro cioè se effettivamente si trattasse di una domanda autonoma di condanna generica accompagnata dalla richiesta di una condanna provvisoria. Interessante è comunque capire come la Cassazione ha affrontato il problema teorico sottoposto al suo vaglio a sostegno del primo motivo di ricorso.

Al riguardo le Sezioni Unite correttamente affermano in via preliminare che le regole da adottarsi in sede di rinvio ai soli effetti civili sono quelle del processo civile<sup>(21)</sup>. Prendendo le mosse da questa premessa, esse sostengono altresì che, siccome l'ammissibilità della condanna prov-

---

<sup>(20)</sup> An. Briguglio, *Le prassi processuali*, in *Judicium online*, 8 settembre 2022; Id., *La professione forense nel contenzioso civile 40 anni dopo (festeggiando l'anniversario della fondazione della Facoltà di Giurisprudenza della Luiss)*, in *Judicium online*, 15.

<sup>(21)</sup> Canale, *Riflessioni sul giudizio di rinvio ai soli effetti civili ex art. 622 c.p.p.*, in questa *Rivista* 2018, 1008 ss., spec. 1009 s. e 1015. *Ex multis*, Cass. 3 agosto 2023, n. 23739; Cass. 30 agosto 2022, n. 25541. La *translatio* innanzi al giudice civile comporta quindi che questi verifichi la sussistenza di un illecito civile sulla base delle regole, anche probatorie, proprie del processo civile: essa svolge pertanto la precipua funzione di preservare gli effetti

visionale è espressamente contemplata dall'art. 278, co. 2, c.p.c., non può negarsi l'ammissibilità di una provvisoria quando sia stata proposta in giudizio, a seguito del rinvio *ex art.* 622 c.p.p.<sup>(22)</sup>, una domanda autonoma di condanna generica. Secondo il Supremo collegio, negare questa possibilità «significherebbe interpretare abrogativamente l'art. 278 c.p.c.», poiché si trasformerebbe il presupposto applicativo della norma, vale a dire «la formulazione di una domanda di condanna generica», in fattore impeditivo della sua applicazione.

Senonché, è anzitutto qui che il ragionamento svolto nella sentenza in commento non convince: nessuno mette in dubbio, infatti, che simile previsione esista; quel che però le Sezioni Unite trascurano è che presupposto della sua applicazione non è affatto la proposizione di una domanda di condanna generica, quale che sia il modo in cui ciò avviene. Invero, affinché possa essere emanata una condanna provvisoria<sup>(23)</sup> a norma dell'art. 278, comma 2, c.p.c., è anzitutto necessario, a monte, che sia formulata una domanda di condanna specifica (e non generica); che questa sia seguita da un'istanza attorea, ai sensi del primo comma della norma, affinché venga pronunciata una sentenza non definitiva limitata all'*an debeat*; e che a questa si aggiunga, infine, un'ulteriore istanza, ai sensi del secondo comma della medesima disposizione, con la quale sia chiesta la pronuncia di un'immediata condanna (la provvisoria, appunto), eccezionalmente parziale rispetto al credito già interamente dedotto in giudizio: provvisoria che potrà essere pronunciata solo nei limiti in cui il giudice ritenga «già raggiunta la prova».

Consentire, come fa la sentenza in commento, una domanda autonoma di condanna generica accompagnata dalla richiesta di una condanna al pagamento di una provvisoria, significa invece ammettere *ab origine* la proposizione di una domanda di condanna parziale, ossia riconoscere come legittima la deduzione frazionata di un diritto, «sotto mentite spoglie». In altre parole, se alla domanda autonoma di condanna generica si accompagna una domanda di condanna per una parte del *quantum*, ci si

della domanda giudiziale proposta in sede penale, vale a dire, in particolare, quello di impedire la prescrizione del diritto al risarcimento del danno e/o alle restituzioni.

<sup>(22)</sup> Ai sensi dell'art. 622 c.p.p., la domanda risarcitoria, così come quella restitutoria, possono essere riassunte dinanzi al giudice civile, qualora in sede di legittimità sia annullata la sentenza penale limitatamente ai capi riguardanti l'azione civile, oppure sia accolto il ricorso delle parti civili contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato.

<sup>(23)</sup> Ricordiamo che simile condanna abbraccia eccezionalmente solo una frazione del credito concretamente dedotto in giudizio, riservandosi il giudicante di decidere sul restante ammontare nel prosieguo del processo.

trova dinanzi a un'unica domanda di condanna specifica relativa a una porzione del (l'unico) diritto sostanziale vantato: la conseguente pronuncia non sarebbe pertanto una condanna generica accompagnata da una provvisoria, possibile solo seguendo lo schema dettato dall'art. 278 c.p.c., ma una condanna, parziale (rispetto al diritto nel suo complesso, considerato sul piano sostanziale), resa con sentenza definitiva sull'intero oggetto del giudizio<sup>(24)</sup>.

Una domanda limitata all'*an debeatur* è pertanto, a mio avviso, ontologicamente inidonea ad accompagnarsi a una richiesta di condanna al pagamento di una provvisoria<sup>(25)</sup>. Quest'ultima, disciplinata dall'art. 278, 2° comma, c.p.c., è infatti una sentenza che legittimamente (ed eccezionalmente) si pronuncia solo su una frazione della domanda specifica di condanna concretamente già dedotta in giudizio, a seguito del succedersi delle due istanze previste dalla norma e della pronuncia di una non definitiva di condanna generica. Ove, per contro, sia stata introdotta una domanda di condanna specifica in relazione solo a una parte della pretesa creditoria<sup>(26)</sup>, l'eventuale sentenza di condanna per l'intera somma oggetto del processo, benché solo parziale con riguardo al diritto vantato sul piano sostanziale, sarà totale rispetto all'oggetto della domanda, e non si

<sup>(24)</sup> Masé Dari, *Appunti sulla provvisoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1951, 288 ss., spec. 293 ss., il quale pone in evidenza come l'istanza di parte di cui all'art. 278, 2° comma, c.p.c., presupponga che una domanda di condanna per il *quantum* sia già stata formulata e comporti la possibilità per il giudice di frazionarla, ove vi sia un'istanza in tal senso. Così anche M. Vanzetti, *La condanna generica*, cit., 384 ss.

<sup>(25)</sup> Ove pure la si ritenga ammissibile, non può trascurarsi che una domanda autonoma di condanna generica avrebbe la natura di mero accertamento (Carratta, v. «Condanna generica», in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma 1997, 13; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino 2023, 82 ss., spec. 83; Luiso, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, XI ed., Milano 2019 197 ss.; M. Vanzetti, *op. ult. cit.*, 122 ss. V. altresì Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1978, 1104 ss.; Id., v. «Sentenza di condanna», in *Digesto civ.*, XVIII, Torino 1998, 295 ss., spec. 314 ss., che pure nega recisamente che le si possa attribuire natura di condanna), mentre la provvisoria integra una vera e propria condanna, ancorché parziale. Posta questa premessa, qualora la domanda fosse davvero circoscritta alla sola condanna generica, il *quantum*, vale a dire il capo condannatorio, non sarebbe oggetto di causa, né potrebbe essere oggetto di decisione, mancando appunto la relativa domanda. Ciò è tanto è vero che, in tal caso è pacifico – e ribadito anche dalla decisione in commento – che l'attore non abbia l'onere di allegare, e neppure ovviamente di provare, i fatti relativi al *quantum*, né il giudice il potere di liquidare la pretesa, nemmeno ove, in ipotesi, ritenga raggiunta la prova per parte di essa, altrimenti dando luogo a un tipico caso di decisione viziata poiché irrispettosa del principio sancito dall'art. 112 c.p.c.

<sup>(26)</sup> Questo è ciò che in concreto accade quando è proposta una domanda di condanna generica autonoma accompagnata dalla richiesta di una provvisoria.

potrà pertanto classificarla come provvisoria, né parlare di condanna generica autonoma<sup>(27)</sup>. In altri termini, l'art. 278, comma 2°, c.p.c., consente non di dedurre in via frazionata un unico credito, ma di ottenere due separate pronunce sul *quantum* (la prima con la provvisoria, unitamente alla pronuncia della non definitiva, e l'altra con la decisione che andrà a definire il giudizio) in relazione all'unico diritto dedotto in giudizio nel suo complesso, già con l'originaria domanda di condanna specifica.

Sul punto, le Sezioni Unite risultano peraltro in contraddizione con quanto recentemente dalle medesime sancito in ordine alla generale inammissibilità del frazionamento dei crediti<sup>(28)</sup>. Non è chiaro, infatti, quale mai possa essere la differenza tra la deduzione frazionata di un credito in giudizio – ipotesi in relazione alla quale la S.C. è oramai orientata nel senso di ritenere la relativa domanda inammissibile/improcedibile o comunque

---

(27) Carratta, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?*, in *Giur. it.* 2002, 1143 ss., spec. 1146; Rognoni, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, Milano 1961, 188 ss.; Masé Dari, *op. cit.*, 295.

(28) In tema di discussa ammissibilità della deduzione in giudizio di soltanto una porzione della pretesa sostanziale, si vedano, Allorio, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.* 1958, c. 399 ss.; Carnelutti, *Cosa giudicata e processo parziale*, in *Riv. dir. proc.* 1963, 134; Monateri, *La scindibilità del giudizio sul "quantum"*, in *Resp. civ. e prev.* 1982, 411 ss. (nota a Cass., 8 luglio 1981, n. 4488, *ivi*); Cerino Canova, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.* 1986, II, 445 ss. (nota a Cass., 23 ottobre 1985, n. 5192, *ivi*, 439 ss.); Attardi, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*, in *Giur. it.* 1987, I, c. 537 (nota a Cass., 22 ottobre 1985, n. 5192); Sassani, *In tema di pronuncia su danno futuro e di preclusione di successiva autonoma domanda*, in *Giust. civ.* 1986, I, 1087 ss. (nota a Cass., 22 ottobre 1985, n. 5192); Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, 277 ss.; Id., *Rivalutazione monetaria e oggetto del giudicato relativo ad obbligazioni pecuniarie*, in *Foro it.* 1991, c. 561 ss.; Menchini – Proto Pisani, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, *ivi* 1989, c. 2945 ss.; Verde, *Sulla "minima unità strutturale" azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in questa *Rivista* 1989, 573 ss.; Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1991, 215 ss., spec. 243; Ronco, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un'unica causa petendi o su causae petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.* 1998, c. 990; R. Marengo, *Parcelizzazione della domanda e nullità dell'atto*, in *Giust. civ.* 2000, I, 2268; Carratta, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata"*, *cit.*, 1143 ss.; Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Foro it.* 2008, c. 1519 ss. (nota a Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, *ivi*, c. 1514 ss.); De Cristofaro, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.* 2008, 335 ss. (commento a Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726); Asprella, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari 2015; E. D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino 2016, 136 ss.; Ghirga, *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, in questa *Rivista* 2017, 1306 ss. (nota a Cass., Sez. un. 16 febbraio 2017, n. 4090, *ivi*, 1302 ss.); Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano 2018, 64 ss., spec. 73 ss.

avente l'effetto di determinare una decisione sull'intero credito e quindi preclusiva di ulteriori domande<sup>(29)</sup>; e la deduzione in giudizio di un credito, con domanda autonoma di condanna generica, accompagnata dalla richiesta di condanna specifica, a titolo di provvisoria, per una porzione del credito medesimo – ipotesi invece ritenuta ammissibile dalla pronuncia in commento<sup>(30)</sup>. In entrambi i casi, ciò a cui si mira è la condanna per una frazione del *quantum debeatur*: l'eventuale pronuncia definitiva resa all'esito del giudizio introdotto con una domanda autonoma di condanna generica non assumerà pertanto la natura di una provvisoria, sibbene quello di una normalissima – seppur parziale – condanna specifica definitiva per l'intero ammontare dedotto nel processo<sup>(31)</sup>. Anche solo per ragioni di coerenza rispetto a quanto di recente ribadito con le note pronunce relative alla inammissibilità della deduzione parcellizzata dei singoli crediti<sup>(32)</sup>, credo che la posizione espressa dalla Sezioni Unite con la decisione in epigrafe dovrebbe essere presto oggetto di ripensamento.

---

<sup>(29)</sup> Ipotesi, questa, in relazione alla quale la S.C. è oramai orientata nel senso di ritenere la relativa domanda inammissibile/improcedibile o comunque avente l'effetto di determinare una decisione sull'intero credito e quindi preclusiva di ulteriori domande. Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726; e Cass., Sez. un., 16 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091 (v. i relativi riferimenti dottrinali nella nota che precede), la quale ha circoscritto l'ammissibilità della deduzione frazionata ai soli crediti nascenti da rapporti di durata (dai quali sorgono diritti distinti), e ciò purché l'attore abbia un concreto interesse, oggettivamente valutabile, al frazionamento: «le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se, tuttavia, i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque fondati sul medesimo fatto costitutivo – sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale –, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata». Similmente, da ultimo, Cass., 31 agosto 2023, n. 25480; Cass., 12 giugno 2023, n. 16508; Cass., 14 novembre 2022, n. 33443; App. Roma, sez. lav., 29 maggio 2023, n. 2004. Diversamente Cass., Sez. un., 10 aprile 2000, n. 108.

<sup>(30)</sup> *Si vis*, M. Vanzetti, *La condanna generica*, cit., 384 ss.

<sup>(31)</sup> Si può semmai porre il problema se, in un successivo processo fra le stesse parti, l'attore possa far valere nuovamente lo stesso diritto di credito, deducendone ulteriori frazioni, la cui astratta debenza si fondi su profili che non abbiano formato oggetto del primo processo, o se ciò sia precluso dal precedente giudicato. Sia consentito rinviare ancora a M. Vanzetti, *op. loc. cit.*, ove i necessari riferimenti, e alla precedente nota 25.

<sup>(32)</sup> V. nota 26.

6. – Vi è un ultimo tema affrontato dalla decisione in commento, concernente la latitudine dell'onere probatorio gravante in capo al soggetto che abbia proposto una domanda circoscritta all'*an debeatur*. Invero, la censura rivolta alla sentenza impugnata col terzo motivo di ricorso principale riguardava il fatto che le parti civili, in sede di rinvio, non avessero dedotto il materiale istruttorio relativo al *quantum debeatur*: in ragione di ciò, ad avviso delle ricorrenti, la domanda avrebbe dovuto essere respinta, in applicazione dell'art. 2697 c.c., vale a dire, appunto, per mancato assolvimento dell'onere probatorio.

Nel rigettare anche questo motivo di ricorso, le Sezioni Unite ribadiscono ancora una volta che, per la pronuncia di una condanna generica, è necessario solamente che sia fornita la dimostrazione dell'illecito, della colpa, del nesso causale e della mera probabilità di un danno, «non della sua certezza», vale a dire, non del c.d. danno in concreto, né del suo eventuale ammontare. Inoltre, esse sottolineano (correttamente) come la giurisprudenza che si è nel passato espressa nel senso di ritenere necessario che, in caso di domanda di condanna generica, l'attore formuli le proprie conclusioni istruttorie anche in ordine al *quantum debeatur*, sia da riferirsi alla diversa ipotesi di domanda proposta ai sensi del primo comma dell'art. 278 c.p.c., vale a dire nell'ambito di un processo instaurato con domanda specifica di condanna, nel quale solo successivamente è stata chiesta la pronuncia di una non definitiva di condanna generica, con rimessione anticipata della causa al collegio. Si tratta per il vero di un orientamento giurisprudenziale che aveva destato non poche perplessità<sup>(33)</sup>, ma che oggi può dirsi definitivamente superato dalla riforma introdotta dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, il quale, col modificarne la dinamica, ha determinato nel processo ordinario (nella sua forma «non semplificata») l'impossibilità di una rimessione anticipata al collegio che preceda lo scambio delle memorie di cui all'art. 171-ter c.p.c.: non credo, infatti, che il giudice possa procedervi già con il provvedimento di cui all'art. 171-bis c.p.c. e dunque prima della prima udienza di cui all'art. 183 c.p.c. Questo significa che entrambe le parti – a prescindere dalla proposizione dell'istanza per la pronuncia di una condanna generica a norma dell'art. 278, comma 1°, c.p.c. – avranno per allora già depositato tutti i documenti e formulato tutte le istanze istruttorie relative anche al *quantum debeatur*, impedendo così il porsi del problema appena esposto.

---

(33) Per una ricostruzione del problema, M. Vanzetti, *La condanna generica*, cit., 178 ss.

Tornando alla sentenza in commento, qualora a monte si ammetta, come fanno le Sezioni Unite, la domanda autonoma di condanna generica, sebbene questa abbia l'oggetto ridotto più sopra descritto, appare altresì corretto ritenere che l'attore, che siffatta domanda abbia formulato, sia tenuto a fornire la prova solo dell'illecito, della sua ascrivibilità alla condotta del convenuto e della sua potenzialità lesiva, oltre che del nesso causale. Invero, l'effettiva esistenza di un danno (e dunque il perfezionamento della fattispecie da cui nasce il credito vantato) non costituisce, in questa prospettiva, oggetto di cognizione né di decisione. Sarebbe pertanto da rigettare, perché tesa a dimostrare fatti irrilevanti, ogni istanza istruttoria con la quale si volesse fornire la prova del danno in concreto o del suo ammontare<sup>(34)</sup>. Ove, viceversa, si ritenga che oggetto di condanna generica sia il diritto dedotto in giudizio nella sua globalità (*i.e.*, la sua intera fattispecie costitutiva), escluso rimanendone soltanto l'ammontare, simile conclusione non sarebbe sostenibile: in quest'ottica, infatti, per ottenere l'accoglimento della domanda proposta, l'attore dovrebbe fornire anche la dimostrazione del danno in concreto.

MICHELLE VANZETTI

*Professore associato nell'Università di Milano*

---

<sup>(34)</sup> Cass., 8 gennaio 1999, n. 85, in *Foro it.* 1999, 499 ss. secondo cui, ove sia stata proposta una domanda avente per oggetto esclusivamente la condanna generica (situazione alla quale viene assimilata quella in cui, introdotte le due domande in cumulo alternativo, l'attore abbia poi provveduto a sceglierne solo una, cioè quella di accertamento circoscritto all'*an*), l'asserito creditore non abbia l'onere di dedurre il materiale istruttorio relativo alla determinazione dell'ammontare della prestazione.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. lav., ordinanza 17 febbraio 2023, n. 5058

Pres. L. Esposito – Rel. A. Cerulo

*D.D. c. Inps*

*È inammissibile il ricorso per cassazione che, senza censurare specificamente un error in procedendo o in iudicando della sentenza impugnata, richieda la mera sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c., in attesa della definizione della querela di falso proposta in via autonoma, dopo la sentenza d'appello, con riguardo agli atti su cui la sentenza medesima si fonda. L'eventuale falsità di tali atti, ove sia definitivamente accertata nella sede competente, può solo dedursi come motivo di revocazione, con una compiuta valutazione dell'incidenza delle prove dichiarate false sul merito della controversia (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). – Con sentenza pubblicata il 15 marzo 2017 con il numero 174/2017, la Corte d'appello di Salerno, in parziale accoglimento del gravame interposto dal signor D.D., ha dichiarato illegittimi e ha annullato l'avviso di addebito n. 400 2011 20014292 04 000, notificato il 21 dicembre 2001, per l'importo di Euro 96.043,08, e l'intimazione di pagamento n. 100 2014 9003263601, notificata il 4 giugno 2014, per l'importo di Euro 100.035,31. La Corte salernitana ha accertato l'obbligo di D.D. di versare i soli contributi relativi alla gestione previdenziale aziende agricole per gli anni dal 1982 al 1992, oltre agli interessi e alle somme aggiuntive come per legge, e ha confermato nel resto la decisione pronunciata dal Tribunale della medesima sede (n. 2493/2015), compensando per intero le spese di entrambi i gradi di giudizio.

2. – A fondamento della pronuncia, la Corte territoriale ha disatteso gli argomenti dell'appellante, che si prefiggevano di negare la natura di atti pubblici degli avvisi di ricevimento delle missive prodotte in giudizio dall'INPS: la tesi, propugnata anche in fase d'appello, è che si tratti di mere scritture private, suscettibili di essere disconosciute ai sensi dell'art. 214 c.p.c., con il conseguente onere, per la parte interessata ad avvalersene, di promuovere il giudizio di verifica. I giudici d'appello, al fine di confutare i rilievi dell'appellante, hanno richiamato i principi enunciati dalla giurisprudenza di questa Corte. L'avviso di ricevimento prova, fino a querela di falso, che l'atto sia stato consegnato al destinatario, quando l'atto sia stato consegnato al suo indirizzo e il consegnatario abbia apposto la propria firma, pur se illeggibile, nello spazio dell'avviso di ricevimento relativo alla firma del destinatario o di persona delegata. È ininfluyente che, nell'avviso, non sia stata sbarrata la casella riguardante la consegna a mani proprie e che non sia stata indicata la qualità del consegnatario, in quanto tali mancanze non integrano alcuna delle ipotesi di nullità previste dall'art. 160 c.p.c. La disciplina postale, difatti, non prescrive di annotare sull'avviso di ricevimento l'identità della persona cui è stato consegnato il plico e l'atto pervenuto all'indirizzo del destinatario si deve intendere a lui consegnato, in ragione della presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., che può essere superata solo con la prova dell'impossibilità incolpevole di prendere cognizione dell'atto. Correttamente, pertanto, il giudice di primo grado ha ritenuto regolare la notificazione al D. degli atti interruttivi della prescrizione e ha rilevato che il destinatario avrebbe dovuto proporre querela di falso per contestare l'autenticità delle sottoscrizioni apposte in calce agli avvisi di ricevimento. La Corte d'appello soggiunge che il D.D. non ha sollevato obiezioni di sorta rispetto all'avviso di ricevimento datato 8 giugno 2010, inviato al medesimo indirizzo cui sono giunti gli altri avvisi, di cui si contesta la regolare notificazione. Alla luce di tale dato, «riesce davvero difficile comprendere per quale ragione uno solo degli atti inviati al medesimo indirizzo sarebbe stato ritual-

mente notificato, a differenza di altri che risultano parimenti ricevuti da persone che hanno apposto le loro sottoscrizioni senza obiettare alcunché e, in particolare, senza far valere la mancanza di qualsivoglia collegamento con il destinatario della notifica» (pagina 9 della sentenza d'appello). La Corte territoriale, poste tali premesse, ha fatto applicazione dell'art. 2, comma 19, d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 1983, n. 638, che ha sospeso per un triennio i termini di prescrizione relativi ai contributi dovuti o la cui riscossione è affidata a qualsiasi titolo all'INPS o all'INAIL. In aggiunta al termine decennale di prescrizione e alla sospensione triennale sancita dal d.l. n. 463/1983, si deve poi tener conto della sospensione che è stata disposta, per un periodo complessivo di otto mesi e un giorno, dai decreti-legge che si sono avvicendati nel 1983, prima di approdare alla disciplina a regime del citato d.l. n. 463/1983. La prescrizione si è compiuta per i contributi relativi agli anni 1980 e 1981, ma non per i contributi dovuti per l'anno 1982, in quanto la prescrizione è stata interrotta dall'INPS con le missive pervenute al destinatario il 23 luglio 2005 e l'8 giugno 2010. La «indubbia complessità delle questioni» controverse e la fondatezza solo parziale delle pretese dell'INPS consentono di ravvisare i presupposti per la compensazione integrale delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

3. – D.D. impugna per cassazione la sentenza della Corte d'appello di Salerno, con ricorso notificato il 15 settembre 2017 e affidato a un motivo, illustrato da memoria (*Omissis*).

4. – Il ricorso è inammissibile.

5. – Il ricorrente non ha mosso critiche pertinenti alle statuizioni della pronuncia impugnata (pagine 5, 6 e 7), che ha ritenuto imprescindibile la proposizione della querela di falso allo scopo di dimostrare l'estraneità della persona che ha sottoscritto l'avviso alla sfera personale o familiare del destinatario. Pur coltivando anche in sede di legittimità la tesi che gli avvisi di ricevimento siano mere scritture private, suscettibili di essere disconosciute ai sensi dell'art. 214 c.p.c. (pagina 34 del ricorso), la parte ricorrente non ha indirizzato censure idonee contro l'ampia argomentazione delineata a tale riguardo dalla Corte territoriale e, nella memoria illustrativa (pagine 4 e 5), mostra di farla propria, come traspare in modo inequivocabile dal fatto stesso che sia stato promosso un giudizio di querela di falso in via principale. Il motivo di ricorso non denuncia, dunque, alcun *error in procedendo* o *in iudicando* in cui sia incorsa la sentenza impugnata, così da giustificarne la cassazione, ed è sotto questo profilo, pertanto, inammissibile.

6. – Il motivo, lungi dal censurare in termini specifici l'erroneità della sentenza impugnata e dall'introdurre una critica deducibile nel giudizio di cassazione, che si atteggia come giudizio a critica vincolata, si limita a far leva su una sopravvenienza: la proposizione in via principale, dopo la sentenza d'appello, della querela di falso, con riguardo agli atti posti a fondamento di tale decisione. A tale riguardo, si deve ribadire che, nel giudizio di cassazione, la querela di falso può essere proposta limitatamente agli atti del relativo procedimento, come il ricorso o il controricorso, o ai documenti che possono essere prodotti ai sensi dell'art. 372 c.p.c., o ai soli vizi di nullità della sentenza per mancanza dei requisiti essenziali, di sostanza o di forma (Cass. 22 novembre 2006, n. 24856): viene dunque in rilievo la sola nullità che inficia direttamente la sentenza, e non anche la nullità che si è verificata nel processo e che solo indirettamente si riverbera sulla decisione (Cass., sez. un., 25 luglio 2007, n. 16402). La querela di falso, per contro, non può riguardare atti e documenti che il giudice di merito abbia posto a fondamento della decisione impugnata o che siano stati prodotti nel giudizio di merito, senza essere stati impugnati per la loro asserita falsità (Cass., sez. un., 31 maggio 2011, n. 11964; in senso conforme, Cass. 5 marzo 2004, n. 4603; Cass. 14 novembre 2001, n. 14147). Nel giudizio di cassazione, ove si deduca la falsi-

tà degli atti del procedimento di merito, dev'essere proposta la querela di falso in via principale, com'è avvenuto nel caso di specie. Dai principi richiamati, questa Corte trae il corollario, rilevante ai fini della soluzione del caso di specie, che l'eventuale falsità degli atti del giudizio di merito, ove sia definitivamente accertata nella sede competente, può esser fatta valere come motivo di revocazione (Cass. 16 gennaio 2009, n. 986, e 29 gennaio 2019, n. 2343; nello stesso senso, Cass. 6 novembre 2020, n. 24846). Una volta che sia stata accertata la falsità degli atti con sentenza passata in giudicato, è la revocazione, regolata dall'art. 395, primo comma, n. 2, c.p.c., il solo mezzo per rescindere la sentenza fondata su atti dichiarati falsi. L'apprezzamento dell'incidenza delle prove false sulla sentenza che s'impugna per revocazione travalica i confini di un sindacato di pura legittimità e presuppone un giudizio, instaurato con l'indicazione di specifici motivi (art. 398, secondo comma, c.p.c.) e contraddistinto da una cognizione piena e dalla possibilità di svolgere ogni più appropriato approfondimento istruttorio. Nel giudizio di cassazione, non si può dar luogo ad una mera declaratoria d'invalidità e/o nullità dei precedenti gradi di merito, in virtù dell'accertata falsità degli atti (Cass. 27 aprile 2017, n. 10402, e 23 ottobre 2014, n. 22517). Anche da questo punto di vista, l'odierno ricorso si rivela inammissibile. In caso di accertamento della falsità dei documenti depositati nel giudizio di merito, è la revocazione l'unico strumento che l'ordinamento accorda per rimuovere la sentenza viziata da prove dichiarate false, non potendo questa Corte cassare, *sic et simpliciter*, la sentenza sulla scorta dell'accertata falsità. Il ricorso per cassazione è dunque un rimedio strutturalmente inidoneo a rimuovere il vizio della falsità degli atti, posti a fondamento della decisione d'appello: anche da questo punto di vista, si coglie l'inammissibilità dell'odierno ricorso.

7. – Ne consegue, in ultima analisi, l'inammissibilità del ricorso per cassazione, in applicazione del seguente principio di diritto: «È inammissibile il ricorso per cassazione che, senza censurare specificamente un *error in procedendo* o *in iudicando* della sentenza impugnata, si limiti a richiedere la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa della definizione della querela di falso proposta in via principale, dopo la sentenza d'appello, con riguardo agli atti su cui la sentenza medesima si fonda. L'eventuale falsità di tali atti, ove sia definitivamente accertata nella sede competente, può esser fatta valere soltanto come motivo di revocazione, con una compiuta valutazione dell'incidenza delle prove dichiarate false sul merito della controversia. Questa Corte non può procedere a una mera declaratoria d'invalidità e/o nullità dei precedenti gradi di merito, in virtù dell'accertata falsità degli atti» (*Omissis*).

### **Querela di falso proposta in via autonoma e sorte del giudizio principale in fase di gravame**

1. – La Corte d'appello di Salerno aveva accertato, con decisione del 15 marzo 2017, l'obbligo dell'appellante di versare i contributi per la gestione previdenziale di un'azienda agricola per gli anni dal 1982 al 1992, oltre agli interessi e alle somme aggiuntive e, in parziale accoglimento del gravame, aveva annullato un avviso di addebito ed una intimazione di pagamento.

Segnatamente, la Corte aveva disatteso le censure dell'appellante per il quale gli avvisi di ricevimento delle missive prodotte da controparte sa-

rebbero mere scritture private, suscettibili di disconoscimento *ex art.* 214 c.p.c., con il conseguente onere, per la parte interessata ad avvalersene, di promuovere il giudizio di verificaione. Nel solco di quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, i Giudici di Salerno avevano ritenuto che l'avviso di ricevimento proverebbe, fino a querela di falso, la consegna dell'atto al destinatario, presso il suo indirizzo, nonché l'apposizione della firma, sia pure illeggibile, del consegnatario (o di altro soggetto delegato) nello spazio dell'avviso di ricevimento a ciò appositamente riservato. Del tutto irrilevanti erano, invece, la mancata spunta, nell'avviso di ricevimento, della casella riguardante la consegna a mani proprie, come pure la mancata indicazione della qualità del consegnatario, esulando tali ipotesi da quelle di nullità di cui all'art. 160 c.p.c.<sup>(1)</sup>. Così la Corte d'appello ha ritenuto corretta la decisione impugnata che aveva escluso l'irregolarità nella notificazione degli atti interruttivi della prescrizione e confermato l'autenticità delle sottoscrizioni apposte sugli avvisi di ricevimento che avrebbe dovuto essere contestata dal destinatario con la querela di falso.

Avverso tale decisione è stato proposto ricorso per cassazione, per denunciare, ai sensi dell'art. 360, comma 1°, numeri 3 e 5, c.p.c., violazione di legge, rispetto agli artt. 221 ss. c.p.c. e all'art. 3, commi 9° e 10°, legge 8 agosto 1995, n. 335.

A sostegno dell'unico motivo di ricorso, il ricorrente ha preliminarmente ribadito che gli avvisi di ricevimento integrerebbero delle scritture private, prive dell'efficacia privilegiata propria degli atti pubblici; sicché, sarebbe stato onere precipuo della controparte intraprendere il giudizio di verificaione, per giovare della documentazione disconosciuta *ex art.* 214 c.p.c. Il ricorrente ha poi dedotto di avere comunque proposto – secondo le indicazioni della Corte d'appello – querela di falso in via autonoma per l'accertamento della falsità delle firme apposte sugli avvisi di ricevimento.

Sul presupposto che tale accertamento avrebbe integrato «un indispensabile antecedente logico-giuridico rispetto alla vicenda oggetto del presente giudizio», il ricorrente ha, quindi, chiesto alla Cassazione la sospensione del giudizio di legittimità, in attesa della decisione dell'azione autonoma di falso – nel frattempo promossa – dinanzi al Tribunale di Salerno.

---

(1) Ciò sull'assunto che la normativa postale non impone l'annotazione sull'avviso di ricevimento dell'identità della persona cui è stato consegnato il plico; pertanto, l'atto pervenuto all'indirizzo del destinatario si ritiene a lui consegnato, proprio in ragione della presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., superabile esclusivamente con la prova dell'impossibilità incolpevole di prendere cognizione dell'atto.

Con successiva memoria illustrativa, il medesimo ricorrente ha informato la Corte della sopraggiunta sentenza (del suddetto Tribunale) d'innammissibilità, per carenza d'interesse, della querela di falso ed ha insistito per la sospensione del giudizio di cassazione, essendo «in corso di predisposizione atto di appello» nei confronti della su richiamata sentenza.

2. – La Suprema Corte, stante la mancata prospettazione di un *error in procedendo* o *in iudicando* incidente sulla sentenza impugnata, così da giustificare la cassazione, ha ritenuto il ricorso inammissibile.

Ed infatti, il ricorrente, a dire del Collegio, si è limitato all'impugnazione di falso al fine di dimostrare come il sottoscrittore dell'avviso fosse un soggetto estraneo alla propria sfera personale o familiare. Pur ribadendo nel ricorso la tesi che gli avvisi di ricevimento integrano delle mere scritture private, passibili di disconoscimento *ex art. 214 c.p.c.*, il ricorrente – per la Corte – non avrebbe ulteriormente sviluppato questa impostazione, per aderire invece all'orientamento dell'efficacia privilegiata dell'avviso di ricevimento; come dimostrato dall'introduzione di un autonomo giudizio di falso.

Nonostante la questione dell'individuazione del rimedio per contestare l'autenticità delle sottoscrizioni apposte sugli avvisi di ricevimento non abbia costituito oggetto di uno specifico motivo di ricorso, il Collegio ha comunque esaminato il rapporto tra il giudizio principale pervenuto all'esame della Cassazione e quello, autonomo, di falso.

Preliminarmente la Corte ha ribadito che la querela di falso può proporsi dinanzi al giudice di legittimità limitatamente agli atti del relativo procedimento, come il ricorso o il controricorso, o ai documenti che possono prodursi *ex art. 372 c.p.c.*, o ai soli vizi di nullità della sentenza per mancanza dei requisiti essenziali, di sostanza o di forma<sup>(2)</sup>. Il Supremo Collegio conosce della sola falsità che incide direttamente la sentenza, e non anche di quella che si è verificata nel corso del processo e che indirettamente si riflette sulla decisione<sup>(3)</sup>. In nessun caso poi la Cassazione ha il potere di accertare la falsità (o, al contrario, la veracità) di atti e documenti posti dal giudice di merito a fondamento della decisione impugnata o comunque prodotti nel giudizio di merito<sup>(4)</sup>.

Si ribadisce così che, ove si deduca la falsità degli atti del procedimento di merito, la parte è tenuta a proporre la querela di falso in via auto-

---

(2) Cass. 22 novembre 2006, n. 24856.

(3) Cass., sez. un., 25 luglio 2007, n. 16402.

(4) Cass., sez. un., 31 maggio 2011, n. 11964.

noma, come peraltro avvenuto nel caso di specie; e che l'eventuale falsità degli atti del giudizio di merito, ove sia definitivamente accertata nella sede competente, rileva esclusivamente come motivo di revocazione<sup>(5)</sup>.

Coerentemente con tali premesse, la Corte – dopo aver dichiarato inammissibile il ricorso – ha escluso che il coordinamento tra i due giudizi possa attuarsi mediante la sospensione del giudizio di legittimità poiché – ove venga accertata la falsità degli atti con sentenza passata in giudicato – l'unico strumento a disposizione della parte che intenda ottenere la rescissione della sentenza fondata su atti dichiarati falsi è, appunto, costituito dalla revocazione *ex art. 395, comma 1°, n. 2, c.p.c.*

3. – Lasciando in disparte il problema – rimasto sottotraccia – dell'individuazione degli atti muniti di fede privilegiata la cui efficacia può rimuoversi soltanto con il particolare rimedio della querela di falso<sup>(6)</sup>, la

---

<sup>(5)</sup> Tra le molte, v. Cass. 6 novembre 2020, n. 24846; Cass. 29 gennaio 2019, n. 2343.

<sup>(6)</sup> Così per un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. *ex plurimis* Cass. 18 gennaio 2017, n. 1197) è inammissibile la querela di falso per contestare la veracità della sottoscrizione apposta sull'avviso di ricevimento; ciò alla luce della distinzione fra contenuto «estrinseco» e contenuto «intrinseco» delle attestazioni rese dall'ufficiale notificante ed in considerazione del fatto che il potere attributivo di pubblica fede possa riguardare l'attestazione di fatti o circostanze che siano stati oggetto della sua diretta percezione. Per questa chiave di lettura, la querela sarebbe necessaria solo per contestare quelle parti del documento relative ad attività e fatti constatati personalmente dal pubblico ufficiale e non quelli per cui si fa riferimento al contenuto di dichiarazioni rese da terzi, riportate dal pubblico ufficiale come ricevute, senza però un effettivo controllo sulla verità estrinseca. Tuttavia, per altro orientamento delle Sezioni Unite, in ipotesi di notifica di atti giudiziari ai sensi della l. n. 890/1982, «il carattere fidefacente dell'attestazione dell'ufficiale postale anche con riferimento alla qualità del consegnatario e a prescindere dalla sua effettiva identificazione» può essere rimosso unicamente mediante l'istituto della querela di falso (Cass., sez. un., 27 aprile 2010, n. 9962, in *Corriere mer.* 2010, 950 con nota di G. Travaglino, *Notifica e firma illeggibile*; e in *Guida dir.* 2010, 21, 62, con nota di S. Castro, *Valida la notifica a mezzo del servizio postale anche se la firma del destinatario è illeggibile*). Tale orientamento è stato confermato anche da Cass. 21 febbraio 2020, n. 4556 in un caso di notifica di cartella esattoriale effettuata ai sensi dell'art. 26, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602. In arg. D. Carnimeo, *L'inammissibilità della domanda giudiziale di querela di falso in caso di firma illeggibile apposta sull'avviso di ricevimento della raccomandata postale di notificazione della cartella di pagamento*, nota a Trib. Trento 6 agosto 2019, in *Bollettino trib.* 2019, 1422 s. Più di recente Cass. 19 gennaio 2023, n. 1686 ha stabilito che nel caso di notifica a mezzo del servizio postale ai sensi dell'art. 26, d.p.r. n. 603/1972 – dove non è prevista una relata di notifica sulla qualità del soggetto cui l'atto viene consegnato, come accade invece nella notifica a mezzo posta ai sensi della legge n. 890 del 1982 – l'agente postale si limita ad attestare l'avvenuta consegna al domicilio del destinatario (con conseguente presunzione di conoscenza *ex art. 1335 c.c.*) e non la consegna a mani del destinatario. Da qui la considerazione che si tratta di una procedura meno garantista per il destinatario rispetto a quella prevista in generale per gli atti giudiziari. Poiché è sufficiente la consegna del plico al domicilio del destinatario, dovendo l'ufficiale postale curare solo che la persona individuata

decisione in commento si occupa del coordinamento tra il giudizio autonomo di falso e quello principale giunto innanzi la Corte di cassazione.

Al riguardo si impone subito una precisazione; occorre, difatti, distinguere l'ipotesi in cui il giudizio di falso sia introdotto incidentalmente davanti al giudice di seconde cure da quella diversa in cui la parte proponga la querela, in via autonoma, quando il giudizio principale stia per approdare o sia addirittura già pervenuto in Cassazione.

Cominciamo col dire che, come confermato dalla decisione in commento, la querela di falso è proponibile in via incidentale nel giudizio di cassazione – incluso quando la Corte è chiamata a pronunciarsi sul regolamento di competenza – solo se riguarda atti dello stesso procedimento di legittimità (il ricorso, il controricorso e l'atto-sentenza) o i documenti di cui è ammesso, nel suddetto procedimento, il deposito *ex art. 372 c.p.c.* (7).

Solo in queste circoscritte fattispecie, pur in mancanza di un'esplicita previsione normativa di contenuto analogo agli artt. 313 e 355 c.p.c. (sulla necessaria sospensione del giudizio davanti al giudice di pace e su quello di appello conseguente alla proposizione in via incidentale di un'azione di falsità), la Suprema Corte – laddove l'interpello abbia esito positivo – dovrebbe sospendere il giudizio principale<sup>(8)</sup> e fissare un termine per la riassunzione del giudizio di falso davanti al tribunale<sup>(9)</sup>.

come legittimata alla ricezione apponga la sua firma sul registro di consegna della corrispondenza e sull'avviso di ricevimento da restituire al mittente, senza essere tenuto a indicare le generalità, nella notifica a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento ai sensi del d.p.r. n. 602/1973, non opera la presunzione di consegna a mani del destinatario e l'unica querela di falso che può essere proposta, per contestare la fede privilegiata dell'atto pubblico redatto dall'agente postale, attiene alla consegna in sé dell'atto ad uno dei soggetti sopra indicati. Da qui l'inammissibilità della querela di falso fondata sulla falsità della firma del destinatario.

(7) Nel senso che nel giudizio di legittimità è ammissibile l'impugnativa di falso dei soli atti e documenti relativi al giudizio stesso con esclusione di quelli sottoposti precedentemente ai giudici del merito, v. – nel solco di Cass., sez. un., 31 maggio 2011, n. 11964 – Cass. 2 settembre 2015, n. 17473, in *Giur. it.* 2015, 2361, con nota di S. Alunni, *Il potere di sospensione ex art. 337 c.p.c.*, ove si afferma che la querela di falso è proponibile in via incidentale anche in caso di regolamento di competenza solo quando riguardi atti del medesimo procedimento (il ricorso, la memoria *ex art. 47*, ultimo comma, c.p.c., la decisione impugnata, le memorie del procedimento ai sensi dell'art. 380-*ter* o dell'art. 380-*bis* c.p.c.), ovvero documenti di cui è ammesso il deposito ai sensi dell'art. 372 c.p.c., e non invece quando investa atti del procedimento che si è svolto innanzi al giudice del merito.

(8) Cass. 16 gennaio 2009, n. 986. Sulla necessità che la Corte sospenda il giudizio ogni volta che la querela abbia ad oggetto uno degli atti di cui all'art. 372 c.p.c., cfr. G. Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari 1987, 572.

(9) P. Gallo, *Produzione documentale e querela di falso nel giudizio di cassazione*, nota a Cass. 11 agosto 1998, n. 7863, in *Foro it.* 1998, I, 2327 ss.; G. Trisorio Liuzzi, *La sospensione*, cit., 208 e 572 per il quale, pur non integrando la querela di falso una questione

Di contro, la querela incidentale di falso in cassazione (o la sospensione di quest'ultimo giudizio) non è mai consentita – come anticipato – in riferimento ad atti del giudizio di merito, laddove la falsità sia addotta per contestare il vizio di violazione di norme sul procedimento in cui sarebbe incorso il giudice nel pronunciare la sentenza impugnata.

Tale interpretazione, cui correttamente si allinea la decisione in commento, pur in difetto di una disciplina espressa, trova un diretto fondamento nell'art. 221 c.p.c., a mente del quale la querela di falso è proponibile in ogni stato e grado del giudizio e, al contempo, è significativamente condizionata dall'art. 372 c.p.c. (sulla limitazione alla produzione di nuovi documenti) e dall'indole del giudizio di cassazione, che non è diretto all'accertamento dei fatti, ma ad un controllo di legittimità del provvedimento impugnato. Per tali ragioni, la querela di falso, proposta in via incidentale in cassazione, è sempre inammissibile qualora abbia ad oggetto documenti già prodotti nel corso del giudizio di merito<sup>(10)</sup>. La particolare struttura e funzione del giudizio di legittimità escludono, infatti, interferenze o sospensioni di sorta, risultando la tutela della parte (che lamenta la falsità del documento) affidata esclusivamente al giudice del merito e, in caso di accertamento della falsità, alla successiva revocazione.

Posto che l'esito del giudizio autonomo di falso potrebbe confliggere con l'esito di quello principale pendente in fase di legittimità, occorre meglio esaminare il rapporto tra l'(eventuale) accertamento della falsità reso dal tribunale, l'istituto del giudicato e, conformemente a quanto si legge nella decisione in commento, quello della revocazione di cui all'art. 395, n. 2, c.p.c.

Così se l'azione autonoma di falso in via autonoma è stata intrapresa dopo la pronuncia della corte di appello o quando la controversia (principale) pende già in cassazione, l'accertamento della falsità ad opera del

---

pregiudiziale ex art. 34 c.p.c. – non avendo ad oggetto una situazione sostanziale ma soltanto la falsità del documento – la Cassazione non può decidere «dal momento che vi è una questione pregiudiziale che deve essere conosciuta con priorità rispetto al merito di un giudice diverso, priorità fissata dalla legge».

<sup>(10)</sup> Cass. 16 gennaio 2009, n. 986 cit. Quanto al giudizio di rinvio, la querela di falso – per la medesima *ratio* sottesa all'art. 372 c.p.c. – non può proporsi, in via incidentale, nei confronti di documenti prodotti nel corso delle precedenti fasi del giudizio. Sarebbe contraddittorio, infatti, ammettere che possano essere contestati con l'azione di falso in sede di rinvio gli stessi documenti per i quali è invece preclusa la querela in cassazione. A tale conclusione conduce il carattere «chiuso» del giudizio di rinvio che, quale mera prosecuzione di quello di legittimità, preclude l'introduzione di nuovi mezzi di prova diversi dal giuramento decisorio, ex art. 394, terzo comma, c.p.c. Così, M. Dominici, *La querela di falso*, in *Il documento nel processo civile*, a cura di A. Ronco, Bologna 2011, 305.

tribunale sarà – ragionevolmente – reso dopo la pronuncia del giudice di legittimità, con conseguente formazione del giudicato nella causa principale<sup>(11)</sup>. Stante l'inidoneità della sentenza di falso eventualmente pronunciata dal tribunale ad incrinare *ipso iure* il giudicato conseguito, nelle more, dalla decisione resa nel giudizio principale, la parte potrà legittimamente promuovere la revocazione *ex art. 395, n. 2, c.p.c.* solo quando la sentenza di falso abbia conseguito, a sua volta, la stabilità del giudicato<sup>(12)</sup>.

Proprio da questo assetto emerge, dunque, un interesse concreto in capo alla parte a proporre – anche durante la pendenza del giudizio di cassazione – l'azione autonoma di falso *ex art. 221, primo comma, c.p.c.*<sup>(13)</sup>

Nell'individuare il limite ultimo per la proponibilità dell'azione autonoma di falso, occorre, da ultimo, precisare che tale azione è ammissibile solo se intrapresa «prima» che il provvedimento di condanna, fondato sul falso documento, sia divenuto cosa giudicata come stabilito dall'art. 221 c.p.c. In caso contrario, il giudicato formatosi finisce, difatti, per rendere irretrattabile il diritto incartato nel documento, precludendo l'inizio di qualsiasi azione (o eccezione) tendente a far valere fatti impeditivi (tale è la falsità) su di esso incidenti<sup>(14)</sup>.

4. – L'impostazione accolta dalla decisione in commento è stata confermata da altra successiva pronuncia resa dal Supremo Collegio in relazione al coordinamento tra il giudizio autonomo di falso e quello principale in grado di appello<sup>(15)</sup>. Più precisamente, la Cassazione ha accolto il ricorso per regolamento di competenza proposto per censurare l'illegitti-

<sup>(11)</sup> Eccezion fatta per le ipotesi di cassazione con rinvio «prosecutorio» e, specialmente, in caso di rinvio improprio al primo giudice, *ex art. 383, comma terzo, c.p.c.* Sul punto, B. Gambineri, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano 2008, 219 ss.

<sup>(12)</sup> Ed infatti, l'art. 395, n. 2, c.p.c., indicando quale presupposto della domanda di revocazione che si sia giudicato su prove «dichiarate false», postula che tale dichiarazione sia avvenuta con sentenza passata in giudicato (in sede civile o penale) anteriormente alla proposizione della suddetta istanza di revocazione. *Ex multis*, cfr. Cass. 22 febbraio 2006, n. 3947.

<sup>(13)</sup> In linea con Cass. 30 novembre 2017, n. 28653, per la quale «una falsità documentale, per poter mettere capo al giudizio di revocazione, deve essere accertata in modo diretto e non incidentale».

<sup>(14)</sup> Di quest'avviso Cass. 3 agosto 2017, n. 19413, che ha fatto leva sul difetto dell'interesse ad agire.

<sup>(15)</sup> Cass. 16 maggio 2023, n. 13376, in *www.eclegal.it* del 30 maggio 2023 con nota di M. Montanari, *Gli alterni svolgimenti del giudizio d'appello nel caso di esperimento della querela di falso*.

mità della sospensione del giudizio principale disposta dal giudice d'appello in attesa della decisione del tribunale sull'azione autonoma di falso. Con questa decisione la Suprema Corte ha statuito che il coordinamento tra il giudizio principale di secondo grado ed il giudizio autonomo di falso è governato dai seguenti principi: *a*) una volta accertata nell'ambito del giudizio di appello e all'esito del procedimento di verifica l'autenticità della sottoscrizione, e successivamente accertata nel separato giudizio di falso l'apocriefa della stessa, la sentenza d'appello può rimuoversi esclusivamente con la revocazione *ex art.* 395, n. 2, c.p.c., per avere il giudice provveduto «in base a prove (...) dichiarate false dopo la sentenza»; *b*) se si conclude, invece, prima il giudizio di falso, il giudicato può essere invocato nel giudizio d'appello, *ex art.* 2909 c.c., senza preclusione alcuna, trattandosi di fatti sopravvenuti.

Anche se tale (condivisibile) principio di diritto si allinea a quello contenuto nella decisione in commento, alcune precisazioni si impongono, in relazione alla particolare previsione contenuta nell'art. 355 c.p.c.<sup>(16)</sup>, dedicato alla proposizione della querela in appello, che va coordinata col potere della parte di proporre l'azione di falso, *ex art.* 221, primo comma, c.p.c. tanto in via principale, quanto in corso di causa, in ogni stato e grado del giudizio<sup>(17)</sup>.

Così se è vero che la parte, intenzionata ad impugnare di falso un determinato documento che ha fondato la decisione di primo grado (non ancora divenuta cosa giudicata) può alternativamente scegliere tra la proposizione della querela incidentale di falso nel giudizio d'appello ovvero un'azione autonoma, senza che nessuna interferenza o ripercussione derivi da quest'ultima azione sulle sorti del giudizio d'appello, è soltanto nella prima ipotesi che entra in gioco la sospensione del giudizio ai sensi del art. 355 c.p.c.

In questa eventualità il giudice d'appello è preliminarmente tenuto all'interpello, ad interrogare cioè chi ha prodotto il documento, chiedendo

---

<sup>(16)</sup> In arg. A. Tedoldi, *sub art.* 355, in C. Consolo, *Codice di procedura civile. Commentario*, II, Milano 2018, 1435 s.

<sup>(17)</sup> La previsione in forza della quale la querela può proporsi in qualsiasi stato e grado del giudizio va intesa nel senso che la relativa istanza, in primo o in secondo grado, deve comunque essere anteriore alla rimessione della causa in decisione e, cioè, all'udienza di precisazione delle conclusioni; sicché la querela non può proporsi negli scritti difensivi, qual è la comparsa conclusionale, successivi a tale scansione processuale e riservati alla sola illustrazione delle difese: così, tra molte, Cass. 21 settembre 2021, n. 25487; Cass. 25 luglio 2013, n. 18069, con nota di C.M. Barone, *È improbabile la querela di falso in via incidentale formulata nella comparsa conclusionale del giudizio di primo grado*, in *Foro it.* 2013, I, 3470.

se intende servirsene e, in caso di risposta positiva, ne valuta la rilevanza per la decisione della causa. Solo qualora il documento superi positivamente il vaglio di rilevanza, la corte d'appello sospende il giudizio, fissando il termine perentorio per la riassunzione della causa di falso davanti al tribunale<sup>(18)</sup>.

Qualora invece la parte, nonostante la proposizione dell'impugnazione della sentenza resa nel giudizio principale, abbia instaurato un'azione autonoma di falso, finisce – in concreto – per rinunciare al beneficio della sospensione del giudizio d'appello *ex art. 355 c.p.c.* e, quindi, ad un semi-automatico coordinamento tra il giudizio principale in appello e quello autonomo di falso in primo grado.

In buona sostanza, la sospensione del giudizio d'appello non è consentita – ed ove disposta è da ritenersi illegittima – in caso di azione di falso proposta in via autonoma in primo grado; ciò anche al fine di avvertire condotte abusive che inevitabilmente inciderebbero – in negativo – sul principio della ragionevole durata. Con questa decisione, la Suprema Corte ha ribadito il principio per cui l'ordinanza di sospensione è impugnabile con regolamento necessario di competenza, limitatamente alla verifica che la sospensione sia stata disposta nel rispetto dello schema legale di riferimento e che la norma alla base della sospensione (vale a dire l'art. 355 c.p.c.) non sia abusivamente invocata, essendo rilevante, ai fini della sospensione stessa ed alla stregua di un criterio di assoluta prudenza, anche la semplice possibilità di decisioni contrastanti<sup>(19)</sup>.

---

(18) Se le parti non riassumono la causa di querela di falso davanti al tribunale ai sensi dell'art. 125 disp. att. c.p.c. entro il termine fissato dal giudice ovvero, in mancanza, entro il termine di sei mesi dalla pronuncia dell'ordinanza, il procedimento di querela si estingue; anche il giudizio d'appello subisce la medesima sorte se nessuno lo riassume ai sensi dell'art. 297 c.p.c. dopo il passaggio in giudicato della sentenza che decide la querela. L'ordinanza che dispone la sospensione è impugnabile con regolamento necessario di competenza. Laddove, invece, il giudice d'appello sia il tribunale, la causa principale non subisce alcuna sospensione.

(19) Cass. 16 maggio 2023, n. 13376, cit. In nessun caso il regolamento può consentire alla Corte di sindacare l'accertata sussistenza delle condizioni di ammissibilità della querela di falso, come ad es. i motivi della falsità: cfr. Cass. 7 giugno 2013, n. 14497; confermata da Cass. 16 maggio 2017, n. 12035, in *Giur. it.* 2017, 2107, con nota di M. Vanzetti, *Querela di falso, sospensione del processo ed efficacia naturale della sentenza*. Nel senso che l'ordinanza con cui il giudice d'appello sospende e rimette le parti davanti al tribunale sulla querela ha natura decisoria (sulla competenza territoriale) ed è impugnabile con regolamento necessario di competenza, v., *ex multis*, Cass. 1° giugno 2020, n. 10361. Risulta, dunque, superato l'orientamento contrario – per il quale il regolamento necessario sarebbe esperibile solamente nei casi, ivi espressamente contemplati, di sospensione per pregiudizialità-dipendenza *ex art. 295 c.p.c.* nonché in altre fattispecie tipizzate di sospensione a quella riconducibili secondo un rapporto di *species a genus*, dalle quali esulerebbe quella dell'art. 355 c.p.c.

5. – Il principio, sancito dalla decisione in commento, per il quale l'azione autonoma di falso se proposta in pendenza del giudizio di legittimità non può determinare la sospensione di quest'ultimo, ci sembra corretto e in linea con quello per cui la sospensione del giudizio *ex art.* 355 c.p.c. è disposta nella sola ipotesi di querela di falso incidentale nel giudizio d'appello.

La Cassazione conferma, quindi, che lo strumento idoneo a rimuovere la sentenza emessa dal giudice del gravame, ove venga accertata nel separato giudizio di falso l'apocrifia della sottoscrizione, è la revocazione di cui all'art. 395, n. 2, c.p.c. Di contro, nella rara ipotesi in cui dovesse chiudersi prima il giudizio di falso, il giudicato sul falso potrà essere invocato in sede d'impugnazione, *ex art.* 2909 c.c., indipendentemente dalle preclusioni proprie del giudizio di gravame, irrilevanti rispetto ai fatti sopravvenuti. A completamento di questo assetto va aggiunto che, per evitare un possibile conflitto di giudicati, la giurisprudenza di legittimità ha in passato ritenuto inammissibile la querela di falso proposta con l'atto di appello al solo fine di neutralizzare e superare (nello stesso giudizio) la verificata autenticità della scrittura, indipendentemente dal passaggio in giudicato di quest'ultimo accertamento<sup>(20)</sup>.

Anche se l'oggetto e, conseguentemente, gli effetti della querela potrebbero essere più estesi di quelli conseguibili col giudizio di verifica-zione, le diverse funzioni svolte da tali rimedi escludono un'assoluta sovrapposizione dei rispettivi ambiti di operatività; da qui la convinzione che la scrittura verificata (pur passata in giudicato) resta comunque impugnabile con l'azione di falso sempre che i motivi della querela concernono – nello specifico ed in concreto – profili diversi da quelli interessati dal precedente accertamento<sup>(21)</sup>.

---

perché non radicata sulla contemporanea pendenza di separate controversie legate da un rapporto di pregiudizialità-dipendenza – riconducibile a Cass. 22 settembre 2002, n. 14062, in *Foro it.* 2003, I, 3136, con nota parzialmente critica di G. Trisorio Liuzzi, *Il regolamento di competenza e le sospensioni diverse da quella necessaria ex art. 295 c.p.c.* Per una critica a questo orientamento sul presupposto che, l'esperibilità in via principale della querela di falso non consente di qualificarla come una mera fase della causa di merito, ma un giudizio autonomo, cfr. M. Vanzetti, *Querela di falso e sospensione del processo*, in questa *Rivista* 2012, 1502 ss., spec. 1516 ss. e, *si vis*, P. Farina, *La querela civile di falso*, II, Profili teorici e attuativi, Roma 2018, 186 s.

<sup>(20)</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass. 17 febbraio 2020, n. 3891; Cass. 28 febbraio 2007, n. 4728. In dottrina, v. M. Vanzetti, *sub art.* 221, in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, III, 1, Torino 2012, 838 ss.

<sup>(21)</sup> L'efficacia di prova legale circa la provenienza della scrittura privata – efficacia acquisita in forza della sentenza di verifica-zione – potrebbe non coincidere con l'oggetto del

La querela è invece inammissibile qualora abbia ad oggetto, nello stesso giudizio, i medesimi profili già accertati a norma dell'art. 220 c.p.c.; laddove poi l'esito della verifica non abbia conseguito l'autorità del giudicato e la parte proponga un'azione autonoma di falso, trova applicazione l'istituto della litispendenza di cui all'art. 39 c.p.c. Diversamente opinando si finirebbe per ammettere un accertamento dal contenuto identico a quello già svolto, anche in riferimento alla (identica) disciplina istruttoria ex art. 101 disp. att. c.p.c., senza che la duplicazione trovi una ragionevole e/o sistematica giustificazione.

Se così è – e cioè tutte le volte in cui vi è assoluta coincidenza dell'oggetto e dei soggetti delle diverse azioni – è irragionevole affermare che la parte possa accedere prima ad un determinato rimedio (verificazione) e poi *secundum eventum* (e, dunque, in caso di esito negativo) ad altro rimedio (querela) per ottenere i medesimi risultati (l'accertamento della falsità della sola scrittura o della sola sottoscrizione) in nome di non meglio specificati effetti più ampi conseguibili dal giudicato sul falso. In definitiva, *electa una via* (la verifica), *non datur recursus ad alteram* (la querela), a meno che con tale rimedio si invochi effettivamente ed in concreto un accertamento su un oggetto diverso da quello già compiuto.

---

giudizio di falso. Ed infatti la domanda di verifica, autonoma come pure incidentale, tende ad ottenere l'accertamento del diritto della parte (che ha prodotto il documento) agli effetti sostanziali del negozio ivi contenuto (E.T. Liebman, *L'oggetto del processo civile di falso*, in *Riv. trim. dir. civ.* 1957, 602 ss. e spec. 607, dove l'A. attribuisce alla sentenza di falso la stessa funzione degli atti e provvedimenti diretti a certificare l'autenticità di un documento, come la sentenza di verifica, l'autenticazione della firma, il riconoscimento della scrittura. A questa impostazione ha successivamente aderito anche G. De Stefano, *Note sull'oggetto del processo civile di falso*, in questa *Rivista* 1961, 378 ss. Nel senso che l'istanza di verifica, successiva al disconoscimento, integri una vera e propria domanda di accertamento – su un fatto quale l'autenticità del documento – da decidere con sentenza idonea al giudicato sostanziale e formale v. A. Scardaccione, *Le prove, Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino 1971, 79, per il quale il collegamento con la causa principale non interferisce con il carattere di domanda autonoma di accertamento della autenticità della sottoscrizione. Tra i sostenitori di questa impostazione vanno, altresì, ricordati: G.A. Micheli, *Corso di diritto processuale civile*, Milano 1960, II, 124 ss.; G. Verde, *Verifica della scrittura privata*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma 1994, 3 ss. Tra gli studi più recenti sulla natura di tale giudizio, e sulle diverse tesi elaborate in dottrina, G. Di Fazio, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, Torino 2018, 282 ss.; A. Merone, *Il disconoscimento delle prove documentali*, Torino 2018, 155; P. Widmann, *Il giudizio di querela di falso. Natura ed oggetto*, Trento 2020, 5 ss.). Così tutte le volte in cui la querela di falso presenta un oggetto più ampio di quello del precedente giudizio di verifica, gli effetti di quest'ultimo (anche coperti dal giudicato) potrebbero essere «ribaltati» dalla sentenza che accoglie la domanda di falso di cui all'art. 221 c.p.c., senza che alcuna violazione della *re iudicata* possa, in linea teorica, lamentarsi; ciò in considerazione del diverso oggetto dell'accertamento compiuto nei due giudizi.

In questo stato di cose, ci pare discutibile una recente decisione della Cassazione, che in contrasto col precedente orientamento<sup>(22)</sup>, ha affermato il seguente principio: ove il giudizio di verificaione abbia accertato con forza di giudicato l'autenticità di una data scrittura e, successivamente, l'azione di falso sia sfociata nell'accertamento, parimenti assistito dal giudicato, della falsità della scrittura, il conflitto di giudicati va risolto riconoscendo la prevalenza del primo giudicato formatosi a suggello dell'incidente di verificaione<sup>(23)</sup>. Così argomentando, la regola posta dall'art. 221, comma 1°, c.p.c. da un lato rimarrebbe, in caso di violazione, priva di sanzione, dall'altro fonderebbe il c.d. criterio della prevenzione, giustificando la deroga all'orientamento giurisprudenziale che risolve il contrasto c.d. pratico fra giudicati, a favore di quello cronologicamente posteriore (purché la seconda sentenza non sia stata sottoposta a revocazione, impugnazione ammessa esclusivamente ove la decisione oggetto della stessa non abbia pronunciato sulla relativa eccezione di giudicato)<sup>(24)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> V. la giurisprudenza richiamata alla nota 20, per cui la scrittura verificata, non può nello stesso giudizio essere impugnata di falso per finalità identiche a quelle già sottese al primo accertamento.

<sup>(23)</sup> Si tratta di Cass. 29 gennaio 2021, n. 2152, in *www.eclegal.it* del 16 febbraio 2021, con nota critica di M. Montanari, *Querela di falso ammessa (e definita con sentenza passata in giudicato) in pendenza del giudizio di verificaione di scrittura privata*, e in *Foro it.* 2021, 1, 2494 ss., con nota critica di P. Farina *L'(in)ammissibilità in appello della querela di falso della sottoscrizione già verificata in primo grado ed i ripensamenti della suprema Corte*, che consegna agli interpreti un ampio e complesso principio di diritto: «Nell'ambito di uno stesso processo, qualora sia già stato utilizzato il disconoscimento, cui sia seguita la verificaione, la querela di falso è inammissibile ove ricorrano entrambe le seguenti condizioni: a) il risultato della verificata autenticità della sottoscrizione è passato in giudicato; b) la querela è proposta al solo scopo di neutralizzare detto risultato. La querela è, per converso, ammissibile ove ricorra almeno una delle seguenti condizioni: a) l'accertamento operato in sede di verificaione non è passato in giudicato; b) pur essendosi formato il giudicato sull'accertata autenticità della sottoscrizione, la querela è finalizzata a contestare (solo o anche) la verità del contenuto del documento. Ove, nonostante ricorrano le dette condizioni di inammissibilità, la querela di falso sia ugualmente, di fatto, ammessa ed esiti nell'accertamento della falsità della sottoscrizione, passato in giudicato, nel conflitto dei giudicati va data prevalenza a quello formatosi – anteriormente alla proposizione della querela – all'esito del giudizio di verificaione, sull'autenticità della sottoscrizione».

<sup>(24)</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 24 marzo 2021, n. 8299; Cass. 15 maggio 2018, n. 11754, in *Foro it. Rep.* 2020, voce *Cosa giudicata civile*, n. 25; in questa *Rivista* 2020, 411, con nota di M. Gaboardi, *Pregiudizialità in senso logico e comando giuridico: il rilievo del giudicato nel giudizio di legittimità*. In dottrina v. il recente studio di M. Gradi, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari 2020, 221 ss. Più in generale, sui limiti oggettivi del giudicato, l'ampiezza della letteratura consente solo un richiamo a S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, 9 ss. Quanto agli orientamenti di tipo estensivo (dell'ambito oggettivo del giudicato agli accertamenti che integrano una necessaria premessa o presupposto logico necessario della decisione) ed al giudicato su questioni, v. D. Dalfino, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino 2008, 118 ss.

Anche se questo dibattito precedente si riferisce all'ipotesi di querela di falso esperita nonostante il conseguimento del giudicato dell'autenticità del documento all'esito del giudizio di verificaione, ci sembra comunque necessario che le Sezioni unite provvedano a comporre il contrasto apertosi in seno alla giurisprudenza di legittimità<sup>(25)</sup>, onde evitare abusi, un'inutile duplicazione di attività processuali ed una distonica composizione del conflitto di giudicati.

PASQUALINA FARINA

*Professore ordinario nell'Università di Palermo*

---

<sup>(25)</sup> In tal senso già Montanari, *Querela di falso ammessa (e definita con sentenza passata in giudicato) in pendenza del giudizio di verificaione di scrittura privata*, cit., 4., per il quale appare «francamente eccessivo», per comporre il conflitto, ritenere che il «giudicato scaturito dal primo di quei giudizi possa spiegare i suoi effetti preclusivi nel secondo solamente se questo sia stato avviato successivamente a detto giudicato».

CORTE DI GIUSTIZIA UE, Grande Sezione, sentenza 20 giugno 2022  
(C-700/2020)

Pres. K. Lenaerts – Rel. M. Safjan

*London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited c. Regno di Spagna*

*La decisione di un organo giurisdizionale di uno Stato membro che recepisce il contenuto di un lodo arbitrale non può impedire, ai sensi dell'art. 34, n. 3, Reg. n. 44/2001, il riconoscimento di una decisione contrastante, emessa dal giudice di un altro Stato membro, se la prima decisione non è accompagnata da una verifica circa il rispetto delle disposizioni fondamentali del Reg. n. 44/2001 (massima non ufficiale).*

*Il riconoscimento di una decisione emanante da un altro Stato membro non può essere negato come manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto ai sensi dell'art. 34, n. 1, Reg. n. 44/2001, per il motivo che essa violerebbe l'autorità di cosa giudicata acquisita da una sentenza nazionale di recepimento di un lodo arbitrale (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). – 41. Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che una sentenza emessa da un organo giurisdizionale di uno Stato membro e che riprende i termini di un lodo arbitrale possa costituire una decisione, ai sensi di detta disposizione, che impedisca, in tale Stato membro, il riconoscimento di una decisione emessa da un giudice di un altro Stato membro ove tali decisioni siano in contrasto tra loro.

42. In via preliminare, occorre ricordare che, poiché il regolamento n. 1215/2012 abroga e sostituisce il regolamento n. 44/2001, che ha, a sua volta, sostituito la Convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 1972, L 299, pag. 32), come modificata dalle successive convenzioni relative all'adesione dei nuovi Stati membri a detta convenzione, l'interpretazione fornita dalla Corte circa le disposizioni di uno di questi strumenti giuridici vale anche per quelle degli altri quando tali disposizioni possono essere qualificate come equivalenti (v., in tal senso, sentenza del 15 luglio 2021, Volvo e a., C-30/20, EU:C:2021:604, punto 28).

43. È questo il caso dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), di ciascuno dei due regolamenti suddetti e dell'articolo 1, paragrafo 4, di tale convenzione, che escludono l'arbitrato dal loro ambito di applicazione.

44. Orbene, siffatta esclusione riguarda l'arbitrato in quanto materia nel suo complesso, comprese le azioni intentate dinanzi agli organi giurisdizionali degli Stati (sentenza del 25 luglio 1991, Rich, C-190/89, EU:C:1991:319, punto 18).

45. Ne consegue che la procedura di riconoscimento ed esecuzione di un lodo arbitrale non è disciplinata dal regolamento n. 44/2001, bensì dal diritto nazionale e dal diritto internazionale applicabili nello Stato membro in cui tale riconoscimento e tale esecuzione sono richiesti (v., in tal senso, sentenza del 13 maggio 2015, Gazprom, C-536/13, EU:C:2015:316, punto 41).

46. Nello stesso senso, il considerando 12 del regolamento n. 1215/2012 sottolinea attualmente che detto regolamento non si applica alle cause o alle decisioni riguardanti il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale.

47. Pertanto, una sentenza che riprende i termini di un lodo arbitrale ricade nell'esclusione dell'arbitrato di cui all'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), del regolamento n. 44/2001 e, di conseguenza, non può beneficiare del riconoscimento reciproco tra gli Stati membri né circolare nello spazio giudiziario dell'Unione conformemente alle disposizioni di detto regolamento.

48. Ciò posto, una sentenza di questo tipo può essere considerata una decisione ai sensi dell'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001.

49. A tale proposito, in primo luogo, dalla definizione ampia della nozione di «decisione» data all'articolo 32 del regolamento n. 44/2001 risulta che tale nozione comprende qualsiasi decisione emessa da un organo giurisdizionale di uno Stato membro, senza alcuna distinzione in relazione al contenuto della decisione in questione, purché essa sia stata oggetto, o avrebbe potuto essere oggetto, nello Stato membro di origine, secondo modalità diverse, di un'istruzione in contraddittorio (v., in tal senso, sentenza del 7 aprile 2022, *H Limited*, C\_568/20, EU:C:2022:264, punti 24 e 26 e giurisprudenza ivi citata). Inoltre, la suddetta definizione ampia vale per tutte le disposizioni del suddetto regolamento in cui si fa uso di questo termine, segnatamente per l'articolo 34, punto 3, di detto regolamento (v., per analogia, sentenza del 2 giugno 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, EU:C:1994:221, punto 20).

50. Siffatta interpretazione della nozione di «decisione», che figura all'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001, è avvalorata dalla finalità di tale disposizione, vale a dire quella di tutelare l'integrità dell'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro e di garantire che il suo ordine sociale non sia turbato dall'obbligo di riconoscere una sentenza promanante da un altro Stato membro che sia in contrasto con una decisione resa, tra le stesse parti, dai suoi stessi organi giurisdizionali (v., per analogia, sentenza del 2 giugno 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, EU:C:1994:221, punto 21).

51. In secondo luogo, dalla giurisprudenza della Corte risulta che l'esclusione di una materia dall'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001 non osta a che una decisione relativa a tale materia possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 34, punto 3, del medesimo regolamento e impedire quindi il riconoscimento di una decisione emessa in un altro Stato membro con la quale essa sia in contrasto.

52. Così, in particolare, la Corte ha dichiarato inconciliabile con una sentenza promanante da un altro Stato membro una decisione di un organo giurisdizionale dello Stato membro richiesto che, poiché riguardava persone fisiche, non rientrava nell'ambito di applicazione della Convenzione menzionata al punto 42 della presente sentenza, motivando che le due decisioni in parola producevano effetti giuridici che si escludevano reciprocamente (sentenza del 4 febbraio 1988, *Hoffmann*, 145/86, EU:C:1988:61, punto 25).

53. Pertanto, una sentenza pronunciata in uno Stato membro e che riprende i termini di un lodo arbitrale è idonea a costituire una decisione, ai sensi dell'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001, che impedisce, in tale Stato membro, il riconoscimento di una decisione emessa da un organo giurisdizionale di un altro Stato membro se tali decisioni sono in contrasto tra loro.

54. Tuttavia, la situazione è diversa quando il lodo arbitrale di cui la sentenza riprende i termini è stato adottato in circostanze che non avrebbero consentito l'adozione, nel rispetto delle disposizioni e degli obiettivi fondamentali del menzionato regolamento, di una decisione giudiziaria rientrante nell'ambito di applicazione di quest'ultimo.

55. A tale proposito, occorre rammentare che, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto del tenore della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte. Pertanto, per

rispondere alla prima e alla seconda questione pregiudiziale, occorre tenere conto, oltre che del tenore e degli obiettivi dell'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001 considerato individualmente, del contesto in cui tale disposizione è inserita e di tutti gli scopi perseguiti da detto regolamento (v., in tal senso, sentenza del 4 maggio 2010, TNT Express Nederland, C-533/08, EU:C:2010:243, punto 44 e giurisprudenza ivi citata).

56. I suddetti scopi si riflettono nei principi sottesi alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale all'interno dell'Unione, quali i principi di libera circolazione delle decisioni in tale materia, di prevedibilità del foro competente e, dunque, di certezza del diritto per i suoi destinatari, di buona amministrazione della giustizia, di riduzione massima del rischio di procedimenti paralleli nonché di reciproca fiducia nella giustizia (v., in tal senso, sentenze del 4 maggio 2010, TNT Express Nederland, C-533/08, EU:C:2010:243, punto 49, e del 19 dicembre 2013, Nipponkoa Insurance, C-452/12, EU:C:2013:858, punto 36).

57. Occorre aggiungere che la reciproca fiducia nella giustizia in seno all'Unione sulla quale si basano, secondo il considerando 16 del regolamento n. 44/2001, le norme previste da tale regolamento in materia di riconoscimento delle decisioni giudiziarie non si estende alle decisioni emesse da tribunali arbitrali né alle decisioni giudiziarie che ne riprendono i termini.

58. Ne consegue che un lodo arbitrale può comportare, attraverso una sentenza che ne riprende i termini, effetti nell'ambito dell'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001 solo se ciò non ostacola il diritto a un ricorso effettivo garantito all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v., in tal senso, sentenza del 25 maggio 2016, Meroni, C-559/14, EU:C:2016:349, punto 44) e consente di raggiungere gli obiettivi della libera circolazione delle decisioni in materia civile nonché della reciproca fiducia nella giustizia in seno all'Unione, in condizioni almeno altrettanto favorevoli di quelle che risultano dall'applicazione di tale regolamento (v., per analogia, sentenze del 4 maggio 2010, TNT Express Nederland, C-533/08, EU:C:2010:243, punto 55, e del 19 dicembre 2013, Nipponkoa Insurance, C-452/12, EU:C:2013:858, punto 38).

59. Nella specie, occorre rilevare che il contenuto del lodo arbitrale di cui trattasi nel procedimento principale non avrebbe potuto costituire l'oggetto di una decisione giudiziaria rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001 senza violare due norme fondamentali di tale regolamento, concernenti, da un lato, l'effetto relativo di una clausola compromissoria inserita in un contratto di assicurazione e, dall'altro, la litispendenza.

60. Infatti, per quanto riguarda l'effetto relativo di una clausola compromissoria inserita in un contratto di assicurazione, dalla giurisprudenza della Corte risulta che una clausola attributiva di competenza stipulata tra un assicuratore e un contraente dell'assicurazione non è opponibile alla persona lesa da un danno assicurato che, ove il diritto nazionale lo consenta, intenda agire direttamente, per responsabilità da illecito civile doloso o colposo, contro l'assicuratore dinanzi al giudice del luogo in cui si è verificato l'evento dannoso, o dinanzi al giudice del luogo in cui essa è domiciliata (v., in tal senso, sentenza del 13 luglio 2017, Assens Havn, C-368/16, EU:C:2017:546, punti 31 e 40 e giurisprudenza ivi citata).

61. Ne consegue che, salvo violare tale diritto della persona lesa, un giudice diverso da quello già adito con l'azione diretta non dovrebbe dichiararsi competente sulla base di una tale clausola compromissoria, e ciò al fine di garantire l'obiettivo perseguito dal regolamento n. 44/2001, ossia tutelare le vittime di un danno nei confronti dell'assicuratore di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza del 13 luglio 2017, Assens Havn, C-368/16, EU:C:2017:546, punti 36 e 41).

62. Orbene, siffatto obiettivo di tutela delle vittime di danni sarebbe compromesso qualora potesse essere considerata come una «decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto», ai sensi dell'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001, una sentenza che riprende i termini di un lodo arbitrale con il quale un tribunale arbitrale si è dichiarato competente sulla base di una simile clausola compromissoria, inserita nel contratto di assicurazione di cui trattasi.

63. Infatti, come dimostrano le circostanze della controversia di cui al procedimento principale, ammettere che una tale sentenza possa impedire il riconoscimento di una decisione emessa in un altro Stato membro a seguito di un'azione diretta per risarcimento danni intentata dalla persona lesa sarebbe idoneo a privare quest'ultima del risarcimento effettivo del danno subito.

64. D'altro lato, per quanto riguarda la litispendenza, dalla decisione di rinvio risulta che, alla data di avvio del procedimento arbitrale, ossia il 16 gennaio 2012, era già pendente dinanzi agli organi giurisdizionali spagnoli un procedimento tra, segnatamente, lo Stato spagnolo e il London P&I Club.

65. Inoltre, dal fascicolo agli atti della Corte consta che le azioni civili intentate dinanzi agli organi giurisdizionali spagnoli erano state notificate al London P&I Club nel giugno 2011 e che il Regno di Spagna è stato invitato dall'arbitro unico a partecipare al procedimento arbitrale avviato dal London P&I Club a Londra.

66. Orbene, poiché l'articolo 27, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001 si riferisce alle «[domande] tra le stesse parti», senza richiedere una partecipazione effettiva ai procedimenti in questione, occorre considerare che le stesse parti erano implicate nei procedimenti menzionati al punto 64 della presente sentenza (v., in tal senso, sentenza del 19 ottobre 2017, Merck, C-231/16, EU:C:2017:771, punti 31 e 32).

67. Infine, tali procedimenti avevano il medesimo oggetto (*petitum*) e il medesimo titolo (*causa petendi*), precisamente far valere l'eventuale responsabilità del London P&I Club nei confronti dello Stato spagnolo, in base al contratto di assicurazione stipulato tra il London P&I Club e gli armatori della Prestige, per i danni causati dal naufragio di quest'ultima.

68. A tale proposito, la Corte, interpretando l'articolo 27, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001, ha stabilito che una domanda volta a far dichiarare che il convenuto è responsabile di un danno e ad ottenerne la condanna al risarcimento del danno ha il medesimo oggetto e il medesimo titolo di un'azione precedente di accertamento negativo proposta dal medesimo convenuto volta a far accertare che questi non è il responsabile del predetto danno (v., in tal senso, sentenza del 19 dicembre 2013, Nipponkoa Insurance, C-452/12, EU:C:2013:858, punto 42, e del 20 dicembre 2017, Schlömp, C-467/16, EU:C:2017:993, punto 51). Orbene, nel caso di specie, mentre le azioni civili intentate in Spagna miravano, tra l'altro, a far dichiarare in tale Stato membro la responsabilità del London P&I Club, il procedimento arbitrale avviato da quest'ultimo a Londra era inteso ad ottenere un accertamento negativo riguardo a tale responsabilità.

69. Siffatte circostanze corrispondono a una situazione di litispendenza in cui, conformemente all'articolo 27 del regolamento n. 44/2001, l'organo giurisdizionale successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento finché sia accertata la competenza dell'organo giurisdizionale preventivamente adito e, se tale competenza è accertata, dichiara la propria incompetenza a favore di detto organo giurisdizionale.

70. Orbene, come si è sottolineato al punto 56 della presente sentenza, la riduzione massima del rischio di procedimenti paralleli, perseguita da tale disposizione, è uno degli obiettivi e dei principi sottesi alla cooperazione giudiziaria in materia civile all'interno dell'Unione.

71. Spetta all'organo giurisdizionale chiamato ad emettere una sentenza che riprende i termini di un lodo arbitrale verificare il rispetto delle disposizioni e degli obiettivi fondamentali del regolamento n. 44/2001 al fine di evitare un'elusione di tali disposizioni e obiettivi, come quella consistente nel portare a termine un procedimento arbitrale in violazione dell'effetto relativo di una clausola compromissoria inserita in un contratto di assicurazione e delle norme relative alla litispendenza previste all'articolo 27 di detto regolamento. Orbene, nel caso di specie, dal fascicolo agli atti della Corte e dalle discussioni all'udienza consta che tale verifica non ha avuto luogo né dinanzi alla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) [Alta Corte di giustizia (Inghilterra e Galles), divisione del Queen's Bench (sezione commerciale)], né dinanzi alla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Corte d'appello (Inghilterra e Galles) (sezione civile)], e che, inoltre, nessuno di questi due organi giurisdizionali ha adito la Corte con un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

72. In siffatte circostanze, una sentenza che riprende i termini di un lodo arbitrale, come quella oggetto del procedimento principale, non può impedire, in forza dell'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001, il riconoscimento di una decisione promanante da un altro Stato membro.

73. Alla luce di quanto precede, alla prima e alla seconda questione occorre rispondere dichiarando che l'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che una sentenza emessa da un organo giurisdizionale di uno Stato membro e che riprende i termini di un lodo arbitrale non costituisce una "decisione" ai sensi di tale disposizione, se una decisione che comporti un risultato equivalente a quello di tale lodo non avrebbe potuto essere adottata da un organo giurisdizionale di tale Stato membro senza violare le disposizioni e gli obiettivi fondamentali di detto regolamento, in particolare l'effetto relativo di una clausola compromissoria inserita in un contratto di assicurazione e le norme relative alla litispendenza che figurano all'articolo 27 del menzionato regolamento, e che la suddetta sentenza non può in tal caso impedire, in detto Stato membro, il riconoscimento di una decisione emessa da un organo giurisdizionale di un altro Stato membro. (*Omissis*).

74. Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 34, punto 1, del regolamento n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui l'articolo 34, punto 3, di tale regolamento non si applichi a una sentenza che riprende i termini di un lodo arbitrale, esso consente di negare riconoscimento o l'esecuzione di una decisione promanante da un altro Stato membro in ragione della contrarietà di tale decisione all'ordine pubblico per il motivo che essa violerebbe l'autorità di cosa giudicata acquisita da detta sentenza.

75. A tal riguardo, dalla risposta alle prime due questioni risulta che, nel caso di specie, l'inapplicabilità dell'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001 alla sentenza menzionata al punto 29 della presente sentenza deriva dal fatto che il procedimento arbitrale che ha dato luogo al lodo confermato da tale sentenza è stato portato a termine in violazione delle norme relative alla litispendenza di cui all'articolo 27 di detto regolamento nonché dell'effetto relativo di una clausola compromissoria inserita nel contratto di assicurazione di cui trattasi.

76. In siffatte circostanze, non si può ritenere che l'asserita inosservanza di tale sentenza da parte dell'ordinanza di esecuzione del 1° marzo 2019, menzionata al punto 34 della presente sentenza, intervenuta in un procedimento di cui la suddetta sentenza non ha essa stessa tenuto conto, possa costituire una violazione dell'ordine pubblico nel Regno Unito.

77. Ad ogni modo, secondo la giurisprudenza della Corte, l'articolo 34, punto 1, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato restrittivamente, in quanto configura un

ostacolo alla realizzazione di uno degli obiettivi fondamentali di tale regolamento, e deve quindi applicarsi soltanto in casi eccezionali (sentenza del 25 maggio 2016, Meroni, C-559/14, EU:C:2016:349, punto 38 e giurisprudenza ivi citata).

78. Orbene, la Corte ha già dichiarato che il ricorso alla nozione di «ordine pubblico» è escluso allorché il problema che si pone sia quello della compatibilità di una decisione straniera con una decisione nazionale (sentenza del 4 febbraio 1988, Hoffmann, 145/86, EU:C:1988:61, punto 21).

79. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 77 delle sue conclusioni e come osservato dal governo francese, il legislatore dell'Unione ha inteso disciplinare in modo tassativo, mediante l'articolo 34, punti 3 e 4, del regolamento n. 44/2001, la questione dell'autorità di cosa giudicata acquisita da una decisione emessa precedentemente e, in particolare, quella del carattere contrastante tra la decisione da riconoscere e detta decisione precedente, escludendo così la possibilità di ricorrere, in tale contesto, all'eccezione di ordine pubblico di cui all'articolo 34, punto 1, di detto regolamento.

80. Alla luce di quanto precede, alla terza questione occorre rispondere dichiarando che l'articolo 34, punto 1, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui l'articolo 34, punto 3, di tale regolamento non si applichi a una sentenza che riprende i termini di un lodo arbitrale, il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione promanante da un altro Stato membro non possono essere negati in ragione della contrarietà di tale decisione all'ordine pubblico per il motivo che essa violerebbe l'autorità di cosa giudicata acquisita da detta sentenza. (*Omissis*).

### ***Judgment on the award e conflitto tra decisioni nel Reg. CE Bruxelles I***

1. – L'arbitrato, al pari dei procedimenti statuali di supporto all'arbitrato, è materia esclusa dal reg. CE 44/2001 (e dal reg. UE 1215/2012).

Il reg. non disciplina l'ipotesi di conflitto tra gli effetti di un lodo pronunciato nello Stato richiesto di dare riconoscimento a una sentenza straniera e gli effetti della sentenza medesima.

Secondo la prevalente dottrina, sarebbero quelli del giudicato togato a dover prevalere. E tanto in forza dell'obbligo assunto dagli Stati membri di dare riconoscimento alle decisioni provenienti dai rispettivi organi giudiziari e del dovere di astenersi dal riesaminare la giurisdizione del giudice *a quo*. Tale divieto di riesame impedirebbe al giudice *ad quem* di verificare se la giurisdizione del giudice *a quo* fosse esclusa in virtù di una valida convenzione arbitrale<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> M. Marinelli, *Eccezione arbitrale non sollevata o respinta e circolazione delle sentenze nelle Conv. Bruxelles/Lugano*, in *Int'l Lis* 2002, p. 138 ss., ora in *Il diritto processuale civile visto da Int'l Lis dal 2002 ad oggi*, a cura di C. Consolo e M. De Cristofaro, Milano 2006,

Precipitati apparsi inaccettabili nel circolo della *arbitration community* londinese, che si è industriato a trovare nuove vie per proteggere la autorità del lodo arbitrale.

Nella fattispecie, a seguito del naufragio della petroliera *Prestige* al largo della costa iberica, lo Stato spagnolo danneggiato, costituitosi parte civile nel processo penale a carico dell'armatore, proponeva azione diretta contro l'assicuratore inglese del vascello.

Per tutta risposta, l'assicuratore conveniva lo Stato spagnolo in un arbitrato, con sede a Londra, per far accertare da un arbitro unico l'efficacia della clausola compromissoria anche nei confronti del terzo danneggiato e l'inesistenza del credito vantato dalla parte pubblica, in ragione della clausola *pay to be paid*, che subordinava la nascita del credito all'indennizzo al previo risarcimento della vittima da parte dell'assicurato.

---

339 ss., 344. A seguire le suggestioni franco-tedesche, che ammettono un controllo indiretto sulla competenza del giudice *a quo*, si finirebbe per attribuire al giudizio di riconoscimento «una funzione che non dovrebbe avere; quella cioè di consentire una sorta di rimessione in termini alla parte che, nel procedimento svoltosi nello Stato da cui proviene la sentenza, non abbia diligentemente coltivato i rimedi contemplati dall'ordinamento *a quo*»; P. Meyer, *Conflicting Decisions in International Commercial Arbitration*, in *International Journ. Dispute Settlement* 2013, 407 ss. 415: «the Brussels I Regulation does not provide for control over the jurisdiction of the foreign court, except in specific circumstances. It is, therefore, the award that will be sacrificed»; C. Ambrose, *Arbitration and the Free Movement of Judgments*, in *Arb. Int.'l* 2003, 3 ss., 20: «Neither public policy arguments, nor Article 71 (preserving existing international obligations relating to jurisdiction and recognition of judgments) provides a firm foundation for refusing to recognize a judgment which would otherwise come within the scope of the Convention»; N. Andrews, *Courts Ensuring Compliance with Arbitration Clauses: The Position in English Law*, in *Eur. Business Law Rev.* 2014, 587 ss., 598: «a judgment on the substance of a case will be binding even though the Member State's decision involved a preliminary decision rejecting the suggestion that the matter was subject to a valid arbitration clause»; B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2<sup>a</sup> ed., Berlino-Boston 2021, 456. La questione, «non di facile soluzione» per L. Mari, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova 1999, 110, non ha trovato soluzione nel *recast* del 2012. Il dodicesimo considerando reg. UE 1215/2012 prevede sì la riconoscibilità della decisione meritoria del giudice che abbia ritenuto nulla o inoperante la convenzione arbitrale, ma nulla prevede a proposito del conflitto tra lodo interno e sentenza straniera *de eadem re*.

Nel senso, però, che il giudicato di riconoscimento di un lodo estero impedisca il riconoscimento di una sentenza di merito preceduta dal rigetto della *exceptio compromissi*, in applicazione analogica dell'art. 27, n. 3, Conv. Bruxelles, C. Consolo, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Contr. impresa* 2004, 595 ss., 638, nota 70; cfr. A. Briggs, P. Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 4<sup>a</sup> ed., Londra-Singapore 2005, 512: «public policy may not be used to deal with objections which fall within the scope of other defences to recognition; and it is strongly arguable that the objections based on irreconcilability are exhaustively stated in Article 34(3)».

Ottenuto l'accoglimento delle sue domande, l'assicuratore vittorioso in arbitrato si affrettava a chiedere al giudice inglese di recepire il contenuto del lodo in sentenza, ai sensi della Section 66(2) Arbitration Act 1996.

Disposizione in base a cui «judgment may be entered in terms of the award». Per fondato timore del sopraggiungere di una condanna a favore della parte civile nel processo spagnolo, suscettibile di riconoscimento ed esecuzione nel Regno Unito.

2. – Il giudice inglese concedeva il *judgment upon award*.

Il precedente invocato *ad finem* è *West Tankers*, soprattutto celebre per avere decretato la incompatibilità col sistema del reg. 44/2001 di un altro espediente volto a presidiare la integrità dell'arbitrato inglese, vale a dire le misure inibitorie note come *anti-suit injunctions* (2).

Il profilo qui rilevante è però diverso.

Anche in quel caso, i potenziali debitori, convenuti in un processo davanti al giudice di uno Stato membro (Italia), avevano promosso un arbitrato (a Londra) di accertamento negativo della loro responsabilità e poi avevano chiesto la «conversione» del lodo in sentenza (3). Così da

(2) *Allianz Spa v West Tankers*, C-185/07, su cui C. Consolo, *Arbitration and EC Law – An Italian Reaction in the Heidelberg Colloquium*, in *International Arbitration Law Rev.* 2009, 49 ss. e ora in *Id.*, *Problemi e soluzioni in tema di arbitrato*, Milano 2020, 545 ss.

(3) In alternativa alla antica *action on the award*, ossia alla azione di *common law* di adempimento della obbligazione implicitamente assunta dai compromittenti di dare attuazione al dispositivo del lodo («it is an implied term of an arbitration agreement that the parties agreed to perform the award»: *Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd v European Reinsurance Co of Zurich* [2003] UKPC 11), la s. 66 Arbitration Act 1996 prevede che la parte interessata possa ottenere, con le più snelle forme del *summary judgment*, dunque con giudizio allo stato degli atti e *without trial*, una sentenza che recepisca per intero il contenuto decisorio del lodo. Si parla di *merger judgment* o di «conversion of the award into judgment»: K. Maxwell, *England*, in F-B. Weigand, *Practitioners' Handbook on International Arbitration* 2009, 634; B. Zuffi, *L'arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitro in Inghilterra*, Torino 2008, 153, la quale osserva che «dopo tale *judgment* l'*award* non esiste più quale fonte di effetti giuridici ed è preclusa qualsiasi ulteriore azione che si basi su di esso». Sul piano internazionale-processuale, prima dell'avvento della Conv. New York 1958, i giudici di *common law* erano orientati nel senso che il creditore munitosi di un *judgment upon award* nello stato della sede dell'arbitrato fosse legittimato a promuovere l'esecuzione all'estero vuoi in forza del lodo vuoi in virtù del *confirmation judgment* e, finanche, della sentenza di rigetto della impugnazione del lodo. In controtendenza rispetto a tale indiscriminata «parallel entitlement doctrine» si fece strada la restrittiva «doctrine of merger», la quale ascrive efficacia costitutivo-novativa alla sentenza di «omologazione» e nega l'autonoma eseguibilità del lodo dopo il suo «recepimento» giudiziario. Si v. M. Scherer, *Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the 'Judgment Route' the Wrong Road?*, in *Journ. Dispute Settlement* 2013, 587 ss., 601-602; R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Colonia 1997, 937 («zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der auslän-

premunirsi di uno spendibile motivo di opposizione al riconoscimento di una futura condanna togata, ai sensi dell'art. 34, n. 3, reg. 44/2001. Il giudice inglese aveva reputato meritevole una simile richiesta di tutela, finalizzata al «rafforzamento» della autorità di giudicato del lodo, altrimenti passibile di «superamento» per effetto del riconoscimento automatico di un giudicato *de eadem re* proveniente da un altro Stato membro<sup>(4)</sup>.

Solo in un'altra occasione la High Court aveva concesso un consimile «*exequatur*» a un *declaratory award*. Si era trattato di lodo non definitivo sulla giurisdizione arbitrale<sup>(5)</sup>. La «vestizione» del lodo in guisa di sentenza togata non era preordinata, in tale occasione, a fare da scudo al riconoscimento di una sentenza straniera meritevole, quanto a prevenirne la pronuncia, tramite il riconoscimento incidentale della sentenza incorporante il lodo nel processo togato straniero e la spendita di una *exceptio rei iudicatae*, sull'assunto che la declaratoria di giurisdizione degli arbitri goda di efficacia extraprocessuale.

Può comunque dirsi abbandonata l'interpretazione, senz'altro più ortodossa e fedele alla lettera della legge, che associa il *leave to enforce* ai soli lodi di condanna ed esclude tale rimedio in relazione a lodi dichiarativi<sup>(6)</sup>.

---

dische Schiedsspruch durch die Bestätigung im staatlichen Urteil aufgeht, also seine selbständige rechtliche Existenz verliert (*homologation; doctrine of merger*)»).

<sup>(4)</sup> «Where, however, as here, the victorious party's objective in obtaining an order under s66(1) and (2) is to establish the primacy of a declaratory award over an inconsistent judgment, the court will have jurisdiction to make a s66 order because to do so will be to make a positive contribution to the securing of the material benefit of the award»: *West Tankers Inc v Allianz Spa & Anor* [2011] EWHC 829 (Comm), 6 aprile 2011; decisione confermata da Court of Appeal, [2012] EWCA Civ 27, 24 gennaio 2012, in H. R. Hundas, *The West Tankers Saga Continues: A New Twist – Negative Declaratory Award*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 2012, 212 ss.

<sup>(5)</sup> *African Fertilizers and Chemicals Nig Ltd (Nigeria) v BD Shipsnavo GmbH & Co Reederei Kg* [2011] EWHC 2452 (Comm), 29 settembre 2011.

<sup>(6)</sup> Possibilità fino a ieri neppure contemplata in dottrina. Cfr. B. Harris, R. Planterose, J. Tecks, *The Arbitration Act 1996. A Commentary*, 5<sup>a</sup> ed., Chichester 2014, 316 ss.; J.P. Font, *Recognition and Enforcement of Declaratory Awards under English Law as an Effective Method to Protect the Arbitration Agreement*, in *Cuadernos Derecho Transnacional* 2019, 306 ss. Di contro, secondo l'interpretazione progressista abbracciata in primo grado dal giudice Hamblen, [2013] EWHC 3188 (Comm), 22 ottobre 2013, punto 194: «there is a clear utility in granting judgment and the Regulation regime is not a good or sufficient reason for preventing the Club from seeking to realise the full benefit of their awards»; indi, Court of Appeal [2021] EWCA Civ 1589, punto 117: «the term 'enforce' in section 66 is not confined to enforcement by one of the normal forms of execution of a judgment (...) but extends to other means of giving judicial force to the award by recognising it as creating an issue estoppel or as providing a shield against enforcement of an inconsistent foreign decision». Tale giurisprudenza intercetta la diffusa preoccupazione anglosassone, insita nel fatto che il reg. Bruxelles I dà rilevanza esclusivamente al contrasto tra decisioni pronunciate da

Torniamo al caso di specie. L'assicuratore inglese, convenuto nel processo spagnolo, veniva condannato a indennizzare la parte civile. Lo Stato spagnolo creditore chiedeva perciò il riconoscimento di quella condanna nel Regno Unito e l'assicuratore si opponeva al riconoscimento, forte del *judgment on the award*.

Solo a questo punto la High Court, quale giudice della opposizione al riconoscimento della sentenza spagnola, chiedeva lumi alla Corte UE e in particolare di stabilire se il *judgment on the award* si qualifici come «decisione incompatibile» ai sensi dell'art. 34, n. 3, reg. 44/2001, perciò idonea ad impedire l'ingresso del giudicato straniero nel Regno Unito.

3. – Nel caso *Prestige*, ad elevato *fumus* di elusione del diritto europeo, la Corte UE ha debellato la strategia ...prestigiatoria di conversione del contenuto di lodi di mero accertamento negativo in sentenza, finalizzata a sfruttare il «principio di priorità» che governa il regime di Bruxelles nella soluzione del conflitto tra giudicati.

Tale principio, infatti, «impone il disconoscimento del giudicato straniero che sia confliggente con un *precedente* giudicato *interno* (...) come limite all'importazione dell'effetto di superamento degli effetti del primo giudicato interno ad opera della sentenza straniera»<sup>(7)</sup>.

---

giudici togati degli Stati membri o di Stati terzi. Preoccupazioni non sopite dalla proposta di applicare per analogia l'art. 34, n. 3, reg. 44/2001 per dirimere il conflitto tra sentenza straniera e lodo reso nello stato del riconoscimento che abbia già acquisito la autorità di cosa giudicata. Per tale via, sulla scia di Schlosser, L. Penasa, *Il caso West Tankers dopo la sentenza della Corte di giustizia: persa una battaglia, la guerra continua, al di qua e al di là della Manica*, in *Int'l Lis* 2014, 202 ss., 213 e nota 55, che rimarca come l'applicazione analogica dell'art. 34, n. 3, reg. UE 44/2001 sia però subordinata alla condizione che il diritto processuale interno attribuisca al lodo la medesima efficacia della sentenza *ad instar* dell'art. 824-*bis* c.p.c. L'incorporazione del lodo in sentenza è parsa insomma l'unico modo per superare l'obiezione per cui gli Stati membri non hanno acconsentito, nei loro rapporti reciproci, a che la circolazione delle sentenze promananti dai rispettivi organi giudiziari trovi ostacolo nel prodotto di giudici privati. Il richiamo alla Conv. New York 1958 non fornirebbe valido argomento. È vero che l'art. 73, co. 2, reg. UE 1215/2012 fa salva l'applicazione della Conv. New York nei rapporti tra Stati membri. Tuttavia, nella fattispecie decisa dalla Corte UE non vi era un lodo estero da riconoscere ai sensi della Conv. New York. Irrilevante sarebbe così pure il richiamo alla sentenza *Gazprom* (C-536/13), 13 maggio 2015, in cui la Corte UE ha affermato che il reg. Bruxelles non osta al riconoscimento di un lodo di tenore inibitorio, ai sensi della Conv. New York 1958, quantunque esso abbia indirettamente attitudine a impedire la assunzione di una decisione di merito da parte del giudice togato.

(7) Così E. Merlin, *Il conflitto internazionale di giudicati fra deliberazione costitutiva e riconoscimento automatico nel sistema italiano*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad A. Attardi*, promosso da V. Colesanti, C. Consolo, G. Gaja, F. Tommaseo, t. II, Padova 2009, 853 ss., spec. 864-865; *ivi*, 879-880, la A. si

La Corte UE ha fatto leva sul *principio di effettività* del diritto comunitario e ha ragionato che ad una sentenza incorporante il contenuto decisorio di un lodo dichiarativo, per quanto scaturente da un procedimento *ratione materiae* escluso dall'ambito di applicazione del reg. 44/2001, non potrebbe perciò solo negarsi la qualifica di «decisione» ai sensi dell'art. 34, n. 3, reg. 44/2001 e la conseguente idoneità, in astratto, ad integrare il motivo ostativo al riconoscimento del giudicato straniero<sup>(8)</sup>.

Inaccettabile è parso però che il giudice inglese, chiamato a rendere una decisione ben evidentemente trascendente il semplice «supporto» ad un procedimento arbitrale *in fieri*, essendo ormai l'arbitro *functus munere suo*, ed invece volta ad inglobare il contenuto decisorio del lodo, finanche con effetto sostitutivo<sup>(9)</sup>, non solo *non avesse rilevato in concreto* ma

interroga sul se il giudicato di riconoscimento di un giudicato straniero confliggente con un giudicato nazionale sia idoneo a superare gli effetti di quest'ultimo. Quesito cui la A. fornisce risposta positiva, a motivo che «la sentenza sul riconoscimento ha un oggetto meramente processuale (l'efficacia della sentenza straniera) e dunque non reca un accertamento che sia di per sé confliggente con quello del giudicato interno che dichiara l'esistenza o l'inesistenza del rapporto sostanziale (...) Tuttavia, la sentenza sul riconoscimento accerta con efficacia di giudicato l'attuale efficacia della sentenza straniera in Italia ed opera con la consueta portata di preclusione del dedotto e del deducibile, impedendo che tale efficacia possa ancora essere messa in discussione per qualsiasi motivo già esistente all'epoca. Tale portata della sentenza neutralizza a mio avviso definitivamente l'effetto di superamento dovuto al secondo giudicato interno contrastante, che non potrà più essere invocato quale causa d'inefficacia di quello straniero».

<sup>(8)</sup> Viene così sensibilmente superata l'opinione radicata nella dottrina arbitrale, secondo cui le sentenze di *merger of award into judgment* sarebbero a ogni effetto escluse dal campo di applicazione delle Conv. Bruxelles e Lugano. In tal senso, J-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles 2002, 862; nonché, al fine di negare il riconoscimento della pronuncia francese di *exequatur* di un lodo estero, *Arab Business Consortium Int'l Finance & Inv. Co. ('ABCI') v. Banque-Franco-Tunisienne ('BFT')*, QB, 14 dicembre 1995 («a judgment on an award is excluded from that Convention»). In critica a tale precedente, D. Hascher, *Recognition and Enforcement of Arbitration Awards and the Brussels Convention*, in *Arb. Int'l* 1996, 233 ss., 240, rileva che l'*exequatur* francese non determina la conversione del lodo in una sentenza togata.

<sup>(9)</sup> Il procedimento contenzioso di *enforcement* previsto dalla s. 66 Arbitration Act non determina la riapertura della lite definita dagli arbitri. Il *judgment upon award* dovrà rimanere aderente alle statuizioni arbitrali, senza possibilità di variazioni o aggiornamenti in virtù di sopravvenienze. Tanto che «if an arbitral award specifies payment within a fixed period and the judgment is rendered after the period has expired, the judgment will still specify the payment due date required by the date indicated in the award»: J-H. Sung, *Recognition and Enforcement of Arbitral Awards under England Arbitration Act*, in *Journal of Arbitration Studies* 2021, 3 ss., 10; B. Zuffi, *op. cit.*, 155, rimarca il fatto che nell'ordinamento inglese il lodo arbitrale gode di piena attitudine al giudicato, al pari delle *judicial decisions* e che la *finality* del lodo assurge a prerequisite per ottenere l'*enforcement*. Se così è, si deve pure coerentemente escludere che il giudice inglese, nel momento in cui emette il *judgment on the award*, si pronunci su diritti contrattuali nascenti dal lodo, che non è lodo-contratto, vale a dire su un oggetto basilamente diverso dalla *res iudicanda* arbitrale.

neppure, data la natura del procedimento e il carattere tassativo dei controlli previsti dalla Section 66 Arbitration Act, *fosse tenuto a rilevare* la sussistenza di presupposti processuali negativi, quali la pendenza di un processo preveniente *de eadem re* (iniziato addirittura prima dell'arbitrato)<sup>(10)</sup> e l'inopponibilità della clausola compromissoria contenuta nella polizza assicurativa al terzo danneggiato, titolare della azione diretta.

Presupposti negativi che, a parità di condizioni, avrebbero impedito al giudice di qualunque Stato membro di pronunciarsi nel merito e, *mutatis mutandis*, non avrebbero permesso al giudice inglese di «ribadire» giudiziariamente il contenuto del lodo, per giunta senza neppure riferire un quesito pregiudiziale interpretativo alla Corte UE.

4. – Proprio l'omissione di tali cruciali verifiche pregiudiziali, che formano la ossatura del sistema del reg. 44/2001, farà sì che al *judgment upon award* debba negarsi qualsivoglia efficacia impeditiva rispetto al riconoscimento di un giudicato *de eadem re* proveniente da altro Stato membro.

Il principio di diritto sembrerebbe lasciare un nervo scoperto.

Come si spiega, infatti, che il giudice inglese della opposizione al riconoscimento della sentenza straniera possa superare il vincolo del giudicato scaturente dal *judgment upon award*, e sindacare eventuali *errores in procedendo* verificatisi in seno al giudizio di conversione del lodo?

Tutt'altro che risolutiva, in questa luce, appare la proposta di una dottrina tedesca di leggere l'arresto della Corte UE come una sorta di «correttivo» della giurisprudenza *Liberato*<sup>(11)</sup>. In base a tale precedente<sup>(12)</sup>, come noto, il giudice *ad quem* non può rifiutare il riconoscimento di una decisione meritoriale proveniente dal giudice di un altro Stato mem-

<sup>(10)</sup> Nel senso della doverosità del rilievo officioso della litispendenza comunitaria in seno al procedimento di *enforcement* di lodo dichiarativo, si era peraltro espresso, in dottrina, con riguardo al caso *West Tankers*, M. Rubino-Sammartano, *Turning the Tanker: Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions – Injunctions and Anti-Injunctions*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 2013, 12 ss., 16: «Entry of judgment produces an outcome similar in substance to that of an injunction, even if through a very different mechanism. Perhaps entry of judgment in respect of the arbitral award should have been stayed pending the Italian judgment».

<sup>(11)</sup> Formulato da B. Hess, *Arbitration and the Brussels I bis Regulation: London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association*, in *CMLR* 2023, 533 ss., 540, per il quale la *ratio decidendi* della Corte sarebbe così sintetizzabile: «a domestic judgment takes only precedence over a foreign judgment from another Member State when the domestic court respected the priority principle in Article 27 of the Regulation. This is a very welcome outcome, correcting the decision in *Liberato*».

<sup>(12)</sup> CGUE, 16 gennaio 2019, in causa C-386/17, in questa *Rivista* 2020, 843 ss., con

bro, neppure quando questa sia frutto di una macroscopica violazione della regola della litispendenza europea.

Non solo il principio della *Kompetenz-Kompetenz* e il divieto di riesame della giurisdizione del giudice *a quo* non verrebbero in alcun modo in rilievo in questa ben diversa costellazione casistica, essendo giudice della opposizione al riconoscimento della sentenza straniera e giudice autore del confliggente *judgment upon award* entrambi appartenenti al medesimo ordinamento giudiziario; ma la nullità derivante dalla violazione della regola della litispendenza, da cui la sentenza inglobante il lodo fosse affetta, non sarebbe comunque deducibile né rilevabile dopo il passaggio in giudicato.

Non sembra, tuttavia, che la pronuncia in commento debba inquadrarsi nel filone casistico del c.d. cedimento – più presunto che reale – del giudicato nazionale contrario al diritto comunitario, né che il mancato richiamo dei noti precedenti sulla «disapplicazione» del giudicato comunitariamente illegittimo sia sintomatico di una volontà di eludere il problema.

D'altra parte, proprio in risposta al secondo quesito posto dal giudice remittente, la Corte UE ha statuito che il riconoscimento della sentenza straniera non si potrà negare neppure sotto il profilo della violazione dell'ordine pubblico inglese, che l'ingresso di un giudicato straniero di condanna contrastante con un lodo di accertamento negativo recepito da una sentenza passata in giudicato a sua volta avrebbe *in thesi* determinato. Ma ciò la Corte UE ha ribadito, in quanto i motivi di opposizione al riconoscimento sono «autosufficienti» e vanno interpretati in senso restrittivo. Quello inerente al conflitto tra decisioni non è perciò suscettibile di essere «recuperato» per il tramite del distinto motivo previsto dall'art. 34, n. 1, reg. UE 44/2001, e così adducendo la violazione della regola di ordine pubblico processuale che tutela la autorità della cosa giudicata nello Stato del riconoscimento<sup>(13)</sup>.

5.– La pronuncia odierna pare in definitiva non doversi leggere in chiave di modulazione degli effetti preclusivi scaturenti dal pur peculia-

---

nota di L. Penasa, *Violazione della regola sulla litispendenza europea e riconoscimento della sentenza straniera*.

<sup>(13)</sup> Viene così accantonata dalla Corte UE la proposta, perlopiù sostenuta dagli autori filoarbitrali, di ricondurre all'art. 34, n. 1, reg. 44/2001 il conflitto tra lodo interno passato in giudicato e giudicato. Per riff., L. Pintaldi, *Il contrasto tra lodi arbitrali e decisioni dei giudici degli Stati dell'UE nel Regolamento (CE) n. 44/2001 e nuove prospettive*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2013, 714 ss., 730-731, nota 59, che pure aderisce a tale suggestione.

rissimo *merger judgment* inglese, bensì come frutto di interpretazione teologica della nozione autonoma di «decisione» nell'ambito dell'art. 34, n. 3, reg. 44/2001<sup>(14)</sup>.

La parificazione del *merger judgment* – quando non si tratti di pura e semplice attribuzione di efficacia esecutiva al lodo arbitrale, ma di riaffermazione giudiziaria, a rime obbligate, dei diritti accertati dal *dictum* arbitrale – ad una qualunque altra decisione togata interna non sarà mai piena e automatica.

Di efficacia impeditiva ai sensi dell'art. 34, n. 3, reg. 44/2001 una tale decisione godrà soltanto se nell'ambito del relativo procedimento al giudice togato, chiamato a «replicare» le statuizioni arbitrali, sia consentito «verificare il rispetto delle disposizioni e degli obiettivi fondamentali del regolamento n. 44/2001 al fine di evitare un'elusione di tali disposizioni e obiettivi» (punto 71), *come se* tale giudice fosse chiamato a decidere, lui per primo, la *res in iudicium deducta* già decisa dagli arbitri. E dunque a verificare se alla nuova pronuncia meritale che gli viene sollecitata non osti la litispendenza comunitaria oppure, ancora, l'operare di fori protettivi inderogabili.

Dell'avvenuto svolgimento di tali verifiche pregiudiziali il giudice, solo impropriamente o alquanto riduttivamente definibile *d'appui* per quanto sin qui detto, è da ritenere dovrà dare scrupolosamente atto in motivazione.

---

<sup>(14)</sup> Disposizione tra le più insidiose, a motivo del fatto che il reg. UE 44/2001 ammette al riconoscimento le decisioni indipendentemente dal loro passaggio in giudicato, e neppure esige che lo sia la decisione interna confliggente. Per la soluzione che propone di subordinare il rilievo del conflitto tra gli effetti delle decisioni all'esaurimento o al mancato esperimento dei rimedi impugnatori eventualmente previsti dalla *lex fori* ove tali da consentire la eliminazione della sentenza interna contrastante, E. Merlin, *Il conflitto di decisioni nello spazio giudiziario europeo*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2005, vol. I, 487 ss., 516-517, cui ha pienamente aderito E. D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007, 252. Nel caso deciso dalla Corte UE, peraltro, non si poneva alcun problema di stabilità relativa delle pronunce confliggenti, atteso che tanto il provvedimento inglese di *judgment upon award* quanto la condanna ad adempiere pronunciata dal giudice spagnolo erano passati in giudicato nei rispettivi ordinamenti di origine. L'uno a seguito dell'infruttuoso esperimento delle impugnazioni da parte dello Stato spagnolo, l'altra per inutile decorso del termine per impugnare. Si può notare, a ogni modo, che la Section 66 Arbitration Act, a stento consentirebbe di dare rilievo a una *exceptio rei iudicatae* basata sul riconoscimento incidentale di una sentenza straniera che abbia pronunciato sul medesimo oggetto del lodo. E difatti, a mente della s. 66(3), il *leave to enforce* andrà negato solo nel caso in cui «the tribunal lacked substantive jurisdiction to make the award». Il giudicato straniero formatosi soltanto dopo la pronuncia del lodo sembrerebbe perciò a stento in grado di impedire al giudice inglese dello stato della sede dell'arbitrato di ribadire giudiziariamente il contenuto decisorio del lodo.

Non è la prima volta, del resto, che allo scopo di salvaguardare l'effetto utile delle disposizioni del regime di Bruxelles sul mutuo riconoscimento, la Corte UE ricollega a determinati provvedimenti giurisdizionali *solo alcuni degli effetti* generalmente associati alle «decisioni» ai sensi del reg. 44/2001, in dipendenza del concreto atteggiarsi del loro contenuto decisorio o di altre circostanze<sup>(15)</sup>.

In difetto del riscontro del compimento di tali verifiche, il riconoscimento della sentenza proveniente da altro Stato membro non potrà essere negato sulla base del contrasto con il *judgment upon award*.

Piaccia o meno<sup>(16)</sup>, la pronuncia della Corte UE disvela un'intima coerenza. Nella sforzata curvatura odiernamente assunta dal procedimento

<sup>(15)</sup> In materia di misure interinali anticipatorie assunte da giudice diverso da quello munito di giurisdizione sul merito e consistenti in ingiunzioni di pagamento di somme, ad es., la Corte UE, con la pronuncia *Van Uden* del 17 novembre 1998, ha subordinato la riconoscibilità ed eseguibilità di tali provvedimenti in altri Stati membri alla condizione che la motivazione indichi espressamente la presenza di beni determinati del debitore nel territorio dello Stato del giudice *ad quem*. Tale «patente contenutistica», come osservato da E. Merlin, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in questa *Rivista* 2002, 759 ss., 790-791 e nota 75, cospira «a segnare i limiti della circolazione europea del provvedimento» e al tempo stesso assicura una portata tendenzialmente infraterritoriale del provvedimento cautelare anticipatorio «ben più di quanto non lo avrebbe assicurato la semplice formulazione dell'esigenza di territorialità sotto il profilo di un criterio di competenza».

<sup>(16)</sup> Per una vibrante critica alla pronuncia della Corte UE, si legga invece A. Briguglio, *La Corte di Giustizia ed il lodo ("riprodotto" in sentenza giudiziale o, in ipotesi, di per sé considerato) quale fondamento di non riconoscibilità della decisione estera: più che la logica giuridica poté la diffidenza verso l'arbitrato*, in *Judicium* 2023, par. 4.1, per il quale «non ha alcun senso – come invece pretende la Corte – condizionare tale opponibilità al rispetto, ad opera del lodo quale contenuto sostanziale della pronuncia 'riproduttiva' o del lodo in quanto tale, di segmenti di disciplina dei Regolamenti quali quelli concernenti 'l'effetto relativo della clausola compromissoria inserita in contratto di assicurazione' e la 'litispendenza'». In effetti, non è certamente all'arbitro che è richiesto di applicare il reg. 44/2001. Sono bensì i giudici dello Stato membro in cui il lodo è stato pronunciato a dover garantire, in forza del principio di leale collaborazione, l'effettività del diritto unionale. Né riesce a persuadere la critica, caratterizzata da inusuale polemicità di toni che culmina in una critica politica, di A. Briggs, in *EAPIL blog* (23 giugno 2022) che taccia la pronuncia in commento di essere «perverse» e «incredibile» dal momento che nessun precedente della Corte UE autorizzerebbe ad interpretare la nozione di decisione di cui all'art. 34 reg. 44/2001 come «free of all taint of jurisdictional error». Il punto non è se la sentenza di *exequatur* sia in concreto affetta oppure no da *errores in procedendo*, bensì se la disciplina del procedimento cui tale pronuncia pone capo consenta astrattamente al giudice nazionale di fare retta applicazione del diritto unionale. Né produce una fenditura nell'apparato argomentativo della Corte UE rimarcare che la questione dei limiti soggettivi di una clausola arbitrale esulerebbe dal campo di applicazione del reg. 44/2001 e così pure dalle verifiche imposte ai giudici degli Stati membri: è difatti, tra gli obiettivi fondamentali del reg. 44/2001 vi è anche e proprio quello di consentire al danneggiato titolare di una azione diretta la facoltà di agire contro l'assicuratore davanti al giudice del luogo in cui si è verificato il danno (artt. 11,

delineato dalla Section 66 Arbitration Act, la metamorfosi del lodo attributivo del bene della vita in sentenza togata non potrà compiersi con malcelato *by-pass* del diritto unionale, per non dire con previsione e piena accettazione del rischio di conflitto tra giudicati<sup>(17)</sup>.

Il bersaglio della Corte UE non è, in ultima analisi, il *merger judgment* in sé e per sé considerato, ma la legge regolatrice del procedimento che ne precede la formazione<sup>(18)</sup>.

Nella misura in cui la *lex fori* consente al giudice togato di assumere *de novo* una decisione su un oggetto schiettamente civilistico, essa deve anche garantire l'applicazione del diritto unionale che disciplina i rapporti tra le giurisdizioni degli Stati membri in materia civile e commerciale, né potrà pretendersi, in caso contrario, che quella decisione attinga «selettivamente» dal reg. 44/2001 l'effetto impeditivo del riconoscimento di giudicati stranieri, alla insegna, in buona sostanza, di una applicazione solo *in bonam partem* del Regolamento.

6.– A mo' di postilla: i giudici inglesi non sono rimasti con le mani in mano. Il remittente giudice Butcher, con lunga motivazione volta a dissezionare il *dictum* comunitario, ha concluso che «even though that decision does not accord with what the CJEU has indicated, in its judgment, should have been the result, this does not alter the fact that the decisions were made, and are *res judicata*»<sup>(19)</sup>.

Vale essenzialmente a dire: «quel che è fatto, purtroppo, è fatto; per gravi che fossero, secondo la Corte UE, gli *errores in procedendo* commessi dai miei colleghi giudici di primo grado e di appello nel procedimento retto dalla Section 66 Arbitration Act, la conversione del lodo fu autorizzata e tale decisione ha assunto forza di cosa giudicata; non è dato rimetterne in discussione le premesse e tanto meno l'esito finale di accer-

---

comma 2°, e 10, reg. 44/2001). Di talché la necessità di applicazione delle norme inderogabili sulla giurisdizione in materia assicurativa a protezione del terzo, di cui alla sezione 3 del reg. 44/2001, non è affatto spiazzata dalla presenza di una clausola compromissoria nel contratto assicurativo tra danneggiante e assicuratore.

<sup>(17)</sup> Così la motivazione del *merger judgment* pronunciato dal giudice Hamblen [2013] EWHC 3188 (Comm), punto 193: «this is an arbitration application and arbitration falls outside the Regulation. Potentially inconsistent decisions and lack of co-ordination are recognised consequences of the arbitration exclusion».

<sup>(18)</sup> Profilo non valorizzato, a quanto consta, nei commenti stranieri e che non mi pare venga lambito neppure nelle pagine che M. L. Serra, *Contributo allo studio dell'esecuzione delle decisioni nazionali negli Stati membri dell'Unione europea. Tra diritto processuale e diritto sostanziale*, Napoli 2023, 196-207 riserva alla pronuncia della Corte UE.

<sup>(19)</sup> [2023] EWHC 2473 (Comm), 6 ottobre 2023, punto 187.

tamento negativo, per quanto il creditore abbia ottenuto una condanna irrevocabile all'esito di un processo straniero iniziato prima dell'arbitrato». Perdendosi così di vista (o fingendosi di non vedere) la *ratio decidendi* caratterizzante la pronuncia europea.

MARCELLO STELLA

*Professore associato nell'Università di Napoli Federico II*

## CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 17 marzo 2023, n. 45

Pres. Sciarra – Rel. Navarretta

*È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 111, comma 2°, Cost., e della garanzia di terzietà-imparzialità del giudice, l'art. 630, comma 3°, c.p.c., nella parte in cui stabilisce che, contro l'ordinanza che dichiara l'estinzione del processo esecutivo ovvero rigetta la relativa eccezione, è ammesso reclamo al collegio con l'osservanza delle forme di cui all'art. 178, commi 4° e 5°, c.p.c., senza prevedere che del collegio non possa far parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). 6. – Nel merito, questa Corte – avvalendosi del potere di decidere discrezionalmente e insindacabilmente l'ordine delle questioni da affrontare (*ex plurimis*, sentenze n. 246/2020; n. 258/2019; n. 148/2018) – ritiene di dover esaminare in via prioritaria il dubbio di legittimità costituzionale sollevato in riferimento all'art. 111, 2° comma, Cost.

7. – La questione è fondata.

8. – È importante ribadire – nel solco della giurisprudenza di questa Corte – che il “principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo (sentenze n. 51/1998; n. 326/1997)” (sentenza n. 387/1999).

Corollario del principio è “l'esigenza che il giudice non subisca la ‘forza della prevenzione’ derivante da precedenti valutazioni relative alla stessa *res iudicanda*” (ordinanza n. 168/2002; nello stesso senso, ordinanza n. 28/2023 e sentenza n. 176/2001).

Vero è che questa Corte ha sottolineato come, in materia di imparzialità-terzietà, non si possano applicare “al processo civile ed ai processi amministrativi e tributari i principi elaborati con riferimento al processo penale, e segnatamente (le) incompatibilità di cui all'art. 34 del codice procedura penale, diverse essendo natura, struttura e funzione del processo penale (sentenze n. 326/1997, n. 51/1998, n. 363/1998 e, da ultimo, n. 78/2002)” (ordinanza n. 497/2002; più di recente, nello stesso senso, sentenza n. 78/2015).

Nondimeno, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto che, anche con riferimento al processo civile, l'art. 111, comma 2°, Cost. ha rilevanti implicazioni.

In particolare, il principio induce a escludere che il medesimo giudice possa “ripercorrere l'identico itinerario logico precedentemente seguito; sicché, condizione necessaria per dover ritenere una incompatibilità endoprocessuale è la preesistenza di valutazioni che cadano sulla stessa *res iudicanda* (cfr. sentenza n. 131/1996)” (sentenza n. 387/1999).

8.1. – Facendo applicazione del principio, questa Corte, chiamata in passato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 51, comma 1°, numero 4), c.p.c., che disciplina l'obbligo di astensione per il giudice che “ha conosciuto” della causa “come magistrato in altro grado del processo”, ha ritenuto che l’“espressione ‘altro grado’ non (possa) avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, come previsto dal (relativo) ordinamento” (sentenza n. 460 del 2005; nello stesso senso, sentenza n. 387/1999). Viceversa, la Corte ha sostenuto che la nozione debba “ricomprendere – con una interpretazione conforme a Costituzione – anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (...) da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario” (ancora sentenza n. 460/2005).

L'intrinseca natura impugnatoria viene, pertanto, ravvisata, innanzitutto, nell'aver "il provvedimento soggetto a *revisio* 'una funzione decisoria idonea di per sé a realizzare un assetto dei rapporti tra le parti, non meramente incidentale o strumentale e provvisorio ovvero interinale (fino alla decisione del merito), ma anzi suscettibile – in caso di mancata opposizione – di assumere valore di pronuncia definitiva, con effetti di giudicato tra le parti'". Inoltre, la medesima natura impugnatoria si inferisce dall'"essere 'la valutazione delle condizioni che legittimano il provvedimento' non divergente, quanto a parametri di giudizio, 'da quella che deve compiere il giudice dell'eventuale opposizione, se non per il carattere del contraddittorio e della cognizione sommaria'" (sentenza n. 460/2005, che nuovamente riprende la sentenza n. 387/1999).

8.2. – Nel corso del tempo, il legislatore è poi intervenuto in numerose occasioni al fine di assicurare, nell'ambito del processo civile, l'imparzialità rispetto a mezzi espressamente qualificati come reclami e a cui, in buona parte delle ipotesi, può riconoscersi una natura impugnatoria, ancorché si propongano dinanzi al medesimo ufficio giudiziario.

8.2.1. – Si tratta di interventi che hanno riguardato molteplici procedimenti: di natura cautelare (art. 669-terdecies, comma 2°, c.p.c., introdotto dall'art. 74, comma 2°, l. 26 novembre 1990, n. 353, recante "Provvedimenti urgenti per il processo civile" e modificato dall'art. 108 del decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51, recante "Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado"); relativi all'apertura della successione (art. 749, comma 3°, c.p.c., come modificato dall'art. 113, comma 1°, lett. c, d.lgs. 51/1998); inerenti alle procedure concorsuali in senso stretto (artt. 25, comma 2°, e 99, comma 10°, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, recante "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa", come sostituiti rispettivamente dall'art. 22 del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, recante "Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5°, della legge 14 maggio 2005, n. 80" e dall'art. 6, comma 4, del decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, recante "Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80"); concernenti la composizione delle crisi da sovraindebitamento (artt. 10, comma 6°, 11, comma 5°, 12, comma 4°, e 14, comma 5°, l. 27 gennaio 2012, n. 3, recante "Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento", come modificata dal decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", convertito, con modificazioni, nella l. 17 dicembre 2012, n. 221).

Anche di recente, il legislatore ha introdotto una nuova ipotesi di incompatibilità con l'art. 3, comma 50°, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (Attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata), che ha modificato l'art. 739, comma 1°, c.p.c., relativo ai procedimenti in camera di consiglio in materia di famiglia e stato delle persone. Nel prevedere che, avverso i decreti del giudice tutelare non aventi contenuto patrimoniale o gestorio, è ammesso reclamo al tribunale in composizione collegiale, la disposizione appena richiamata stabilisce espressamente che "(d)el collegio non può fare parte il giudice che ha emesso il provvedimento reclamato".

Infine, la stessa fattispecie che regola l'opposizione agli atti esecutivi, e che trova applicazione anche alle cause cosiddette atipiche di estinzione del processo esecutivo, ha visto

l'intervento del legislatore che, con l'art. 52 l. 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), ha introdotto l'art. 186-*bis* disp. att. c.p.c. Quest'ultimo, in particolare, dispone che il giudizio di opposizione deve essere trattato da "un magistrato diverso da quello che ha conosciuto degli atti avverso i quali è stata proposta opposizione".

8.2.2. – La tecnica con cui è intervenuto il legislatore è stata, dunque, quella della tipizzazione delle fattispecie, con l'adozione di formule che variamente escludono dalla trattazione dell'opposizione o dalla partecipazione al collegio del reclamo il giudice che ha emanato il provvedimento opposto o reclamato.

La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi su alcune delle citate ipotesi, ha chiarito trattarsi di una specificazione di obblighi di astensione per il giudice, dai quali consegue la facoltà per le parti di far valere la ricasazione, ai sensi dell'art. 52 c.p.c. (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 20 gennaio 2017, n. 1545; nonché sezione terza civile, sentenze 9 aprile 2015, n. 7121 e sezione sesta civile 28 ottobre 2014, n. 22854, con riferimento all'art. 186-*bis* disp. att. c.p.c.; sezione prima civile, ordinanza 15 aprile 2019, n. 10492, sentenze 9 novembre 2016, n. 22835 e 4 dicembre 2015, n. 24718, in materia di opposizione al decreto che dichiara l'esecutività dello stato passivo fallimentare).

9. – Nell'odierno giudizio, il rimettente dubita della legittimità costituzionale della norma che regola il reclamo avverso l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione dichiara l'estinzione del processo per inattività delle parti (o per le altre cause tipiche di estinzione) ovvero rigetta la relativa eccezione.

L'art. 630, comma 3°, c.p.c. dispone che la proposizione del reclamo è ammessa, da parte del debitore o del creditore pignorante ovvero degli altri creditori intervenuti, con l'osservanza delle forme di cui all'art. 178, commi 3°, 4° e 5°, c.p.c. e che il tribunale in composizione collegiale provvede in camera di consiglio con sentenza.

A sua volta, il rinvio ai commi quarto e quinto dell'art. 178 c.p.c. comporta che il reclamo sia presentato al giudice dell'esecuzione – così dovendosi intendere, nell'economia dell'art. 630 c.p.c., il riferimento al giudice istruttore –, il quale provvede ad assegnare alle parti i termini per le necessarie difese, scaduti i quali "il collegio provvede entro i quindici giorni successivi".

Ebbene, premesso che il reclamo ha quale destinatario il tribunale in composizione collegiale, l'aver previsto la sua proposizione al giudice dell'esecuzione se, da un lato, non depone nel senso della obbligatorietà di una sua partecipazione al collegio, da un altro lato, certamente non lascia inferire un suo obbligo di astensione e la possibilità di una sua ricasazione.

Queste, viceversa, si renderebbero necessarie, ove fosse implicato il principio di imparzialità-terzietà del giudice.

10. – Occorre, a questo punto, precisare che le istanze correlate al principio di imparzialità-terzietà del giudice, nell'ambito del processo civile, possono ben transitare anche attraverso una interpretazione sistematica e adeguatrice alla Costituzione dell'art. 51, 1° comma, n. 4, c.p.c., relativamente alla nozione di "altro grado del processo".

Nondimeno le esigenze di certezza, particolarmente avvertite nella materia processuale, unitamente alla varietà e alla peculiarità delle ipotesi potenzialmente riconducibili alla *ratio* del gravame interno allo stesso ufficio giudiziario – come attesta il diffondersi di previsioni legislative che tipizzano la norma generale – sono tali da rendere la pronuncia additiva, invocata dal giudice rimettente, un rimedio funzionale alle citate esigenze.

E invero questa Corte è stata chiamata a valutare proprio con riguardo alla peculiare disciplina del reclamo, avverso i provvedimenti in materia di estinzione del processo esecutivo per cause tipiche, l'eventuale contrasto con il principio di imparzialità-terzietà.

È, dunque, tenuta a verificare se sussistano i presupposti per aggiungere una ulteriore, espressa ipotesi di incompatibilità del giudice, tale da implicare un suo obbligo di astensione e la conseguente facoltà per le parti di ricasazione, ai sensi dell'art. 52 c.p.c. Come già ribadito da questa Corte, infatti, "(l)e insopprimibili esigenze di imparzialità del giudice sono risolvibili nel processo civile – per le sue caratteristiche – attraverso gli istituti della astensione e della ricasazione civile (ordinanze nn. 359/1998 e 356/1997 e sentenza n. 326/1997)" (sentenza n. 387/1999 e nello stesso senso sentenza n. 460/2005).

11. – Tanto premesso, occorre ricostruire il tipo di rapporto che intercorre fra il giudizio svolto dal giudice dell'esecuzione e quello che è chiamato a operare il collegio in sede di reclamo.

Sulla relazione fra questi due giudizi si sono espresse, di recente, sia pure per finalità diverse rispetto a quelle in esame, le sezioni unite civili della Corte di cassazione (sentenza 10 marzo 2022, n. 7877), che hanno posto in luce importanti indici ermeneutici volti a escludere i tratti del procedimento meramente bifasico.

In primo luogo, viene evidenziata la discontinuità fra il provvedimento del giudice dell'esecuzione e il reclamo, "che si dipana sullo sfondo dell'esecuzione forzata, ma del tutto al di fuori di essa" (così la già citata sentenza della Corte di cassazione n. 7877/2022), aprendo "un giudizio sul contrapposto interesse sostanziale dei creditori e del debitore a conseguire il risultato utile dell'espropriazione ovvero a riottenere la libera disponibilità dei beni pignorati o di quanto è stato ricavato dalla loro espropriazione" (ancora sentenza n. 7877/2022, richiamando Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenza 1° luglio 2005, n. 14096).

In secondo luogo, viene sottolineato che il reclamo palesa "una chiara natura impugnatoria", in ragione del fatto che, "se esso non è proposto nei termini previsti, la decisione già adottata in punto di estinzione si stabilizza" (Corte di cassazione, sentenza n. 7877/2022), il che si traduce nella chiusura del processo esecutivo – con le conseguenze che ne derivano ai sensi dell'art. 632 c.p.c., a partire dalla cancellazione della trascrizione del pignoramento – o nella irrevocabilità della decisione reiettiva della eccezione.

Questa Corte, nel prendere atto del rilievo che il diritto vivente assegna ai citati indici ermeneutici, riscontra la natura *lato sensu* impugnatoria propria del reclamo di cui all'art. 630, 3° comma, c.p.c., corroborata dalla identità di *res iudicanda* oggetto dei due pronunciamenti, i quali parimenti esaminano la ricorrenza o meno delle cause tipiche di estinzione del processo esecutivo.

Né può ritenersi ostativa, rispetto a tale conclusione, la circostanza che il giudice dell'esecuzione può pronunciare anche d'ufficio l'estinzione del processo, mentre il giudizio di reclamo si svolge previa instaurazione del contraddittorio tra le parti. Si tratta, infatti, in ogni caso di un contraddittorio di natura semplificata e cartolare, tale da determinare una delibazione delle ragioni di estinzione del processo esecutivo, che non differisce in modo sostanziale da quella compiuta dal giudice dell'esecuzione. Questo conferma quel meccanismo di reiterazione provvedimentoale, in cui può sprigionarsi la forza della prevenzione in termini contrari alle garanzie costituzionali.

In sostanza, il reclamo sollecita una *revisio prioris instantiae*, che devolve al collegio lo stesso tipo di valutazione sottesa al provvedimento adottato dal giudice dell'esecuzione.

I tratti sopra evidenziati inscrivono, dunque, il giudizio di reclamo fra i procedimenti di natura *lato sensu* impugnatoria, così attraendolo nella cornice delle garanzie costituziona-

li in tema di terzietà-imparzialità del giudice, che si protendono sino al processo esecutivo volto “a rendere effettiva l’attuazione dei provvedimenti giurisdizionali” (*ex multis*, sentenza n. 321/1998; nello stesso senso, sentenze n. 128/2021 e n. 522/2002). (*Omissis*).

## La Corte costituzionale e la garanzia dell’alterità e imparzialità del giudice

1. – La decisione che si annota prende le mosse dai dubbi di legittimità costituzionale avanzati da Trib. Udine (ord.) 21 aprile 2022, in riferimento agli artt. 3, comma 1°, 111, comma 2°, e 117, comma 1°, Cost. (quest’ultimo in relazione all’art. 6, § 1, C.E.D.U.), in relazione all’art. 630, comma 3°, c.p.c. nella parte in cui la disposizione rinvia(va) all’art. 178 c.p.c.

La rimessione veniva effettuata nell’ambito di una procedura immobiliare nella quale il g.e. aveva rigettato con ordinanza l’eccezione di estinzione del processo esecutivo sollevata dalle debentrici esegutate. Proposto il reclamo ai sensi dell’art. 630, comma 3°, c.p.c., le debentrici si dolevano della partecipazione del magistrato che aveva adottato il provvedimento sull’estinzione<sup>(1)</sup> al collegio competente per il reclamo, lamentando l’incompatibilità di tale sistema con i principi di terzietà e alterità del giudicante.

Più nello specifico, l’art. 630, comma 3°, c.p.c., nel rinviare ai commi 3°, 4° e 5° dell’art. 178 c.p.c., rende applicabili al processo esecutivo le regole che disciplinano il reclamo contro il provvedimento del giudice istruttore sull’estinzione del processo di cognizione nelle controversie affidate al collegio. Secondo il rimettente, la disposizione censurata (ancorché non imponga, del pari) non esclude che il magistrato, pronunciatosi sull’estinzione, possa far parte del collegio chiamato a decidere sul reclamo proposto avverso la decisione dichiarativa dell’estinzione o di rigetto del-

---

<sup>(1)</sup> Sull’estinzione del processo esecutivo, senza pretese di completezza e in relazione ai profili oggetto delle presenti note, cfr. A. Saletti, voce *Estinzione del processo: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma 1994, 18; S. Boccagna, *Estinzione del processo esecutivo e opposizione ex art. 617 c.p.c. (con alcune considerazioni sulla distinzione atti “preparatori” – atto “finale” ai fini della proponibilità dell’opposizione agli atti esecutivi)*, nota a Cass. 18 luglio 1997, n. 6637, in *Foro it.* 1998, I, 1239 ss.; L. Iannicelli, *Note sull’estinzione del processo esecutivo*, Salerno 2004; E. Cavuoto, *Art. 630. Inattività delle parti*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2010, 1107; B. Capponi, *Diritto dell’esecuzione civile*, 7<sup>a</sup> ed., Torino 2023, 435 ss.; A.M. Soldi, *Manuale dell’esecuzione forzata*, 8<sup>a</sup> ed., Milano 2022, 2818 ss. Se vuoi, G. Fanelli, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Torino 2014, VII, tomo I, *sub* art. 630, 503 ss.

l'eventuale eccezione. Il magistrato sarebbe, così, chiamato a compiere una doppia valutazione (incostituzionale) sulla medesima *res iudicanda*.

Ricorda, ancora, il tribunale rimittente<sup>(2)</sup> che il legislatore si è orientato diversamente per il caso dell'opposizione agli atti esecutivi *ex art.* 617 c.p.c.<sup>(3)</sup>, e nel processo cautelare per l'ipotesi del reclamo *ex art.* 669-*terdecies* c.p.c., ove il comma 2°, primo periodo, prevede espressamente che il magistrato che ha emanato il provvedimento cautelare non possa far parte dell'organo collegiale competente per il reclamo.

2. – Esaminate le censure formulate dal tribunale rimittente e disattese le eccezioni pregiudiziali di rito, con la sentenza in nota la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630, comma 3°, c.p.c. (in relazione all'art. 111, comma 2°, Cost., con assorbimento delle altre questioni) nella parte in cui prevede che, a seguito di dichiarazione di estinzione del processo esecutivo o in caso di rigetto dell'eccezione di estinzione, il giudice che ha emanato il provvedimento possa far parte del collegio costituito per il reclamo<sup>(4)</sup>.

Si tratta di una decisione (condivisibile nella soluzione) che aggiunge un altro tassello al mosaico disegnato negli anni dalla Corte in relazione alle garanzie di imparzialità e alterità del giudice ordinario.

In primo luogo, la Corte costituzionale esordisce (ri)affermando<sup>(5)</sup> che «il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore

(2) È appena il caso di rammentare che la Cassazione (Cass. 8 maggio 1976, n. 1624) non aveva ritenuto di sollevare la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.c. (nella versione *ratione temporis* applicabile) in relazione agli artt. 101 e 108 Cost.

(3) È noto, infatti, che a seguito della modifica dell'art. 186-*bis* disp. att. c.p.c., ad opera della l. n. 69/2009, il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi non può essere lo stesso magistrato che ha adottato il provvedimento opposto.

(4) Sulla sentenza in commento, vedi già G. Marino, *Il giudice dell'esecuzione si pronuncia anche sul reclamo: disciplina incostituzionale?*, in *Dir. e giustizia* 20 marzo 2023; C. Trapuzzano, *Del collegio che decide sul reclamo avverso l'ordinanza di estinzione non può far parte il G.E.*, in *Quotidiano giur.* 22 marzo 2023; B. Limongi, *Il giudice che ha statuito sull'estinzione del processo esecutivo non può comporre il collegio investito del reclamo ex art. 630 c.p.c.*, in *Giustiziacivile.com* 14 aprile 2023; P. Mazza, *La forza della prevenzione e la composizione del collegio chiamato a decidere sul reclamo avverso l'ordinanza sull'estinzione del processo esecutivo: la Corte costituzionale dichiara illegittimo l'art. 630, comma terzo, c.p.c.*, in *Giur. cost.* 2023, 556 ss.; R. Giordano, *Il giudice dell'esecuzione che ha deciso sull'estinzione non può far parte del collegio del reclamo contro il provvedimento, ovvero l'imparzialità del giudice presa troppo sul serio*, in *Rass. esec. forz.* 2023, 655 ss. Vedi, altresì, la segnalazione di M.P. Gasperini, *Osservatorio sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. esec. forz.* 2023, 499 ss.

(5) Crediamo, tuttavia, che dell'applicazione del principio del contraddittorio al processo esecutivo oggi non si possa seriamente dubitare. Su processo esecutivo e contraddit-

costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo», anche quello esecutivo<sup>(6)</sup>. Conferma, poi, che il combinato disposto dell'art. 630, comma 3°, c.p.c. e dell'art. 178, commi 4° e 5°, c.p.c. non impone direttamente (né con una lettura correttiva) l'astensione del magistrato che si è pronunciato sull'estinzione. Di conseguenza – pur non trattandosi di interpretazione (incostituzionale) «a rime obbligate» – la Consulta ritiene indispensabile tutelare il principio di imparzialità (nel suo aspetto «oggettivo»), che punta ad evitare che la decisione della controversia possa essere o apparire condizionata dalla c.d. forza della «prevenzione» o «precognizione», quale tendenza del magistrato a confermare una decisione già adottata. Sceglie, così, di preservare «le esigenze di certezza, particolarmente avvertite nella materia processuale»<sup>(7)</sup>, ritenendo la pronuncia additiva «un rimedio funzionale alle citate esigenze»<sup>(8)</sup>.

Pur non essendo questa volta la norma censurata, resta la centralità (a mo' di parametro interposto di costituzionalità) dell'art. 51, n. 4, c.p.c., disposizione che prescrive il dovere di astensione del giudice che abbia conosciuto della causa in qualità di «magistrato in altro grado del processo»<sup>(9)</sup>. Infatti, il percorso che ha portato la Consulta alla protezione piena

torio, anzitutto B. Capponi, *Alcuni problemi su contraddittorio e processo esecutivo (alla luce del nuovo art. 111 della Costituzione)*, in *Riv. esec. forz.* 2001, 28 ss.; Id., *Diritto dell'esecuzione civile*, cit., 45 ss.; vedi altresì G. Tarzia, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1978, 193 ss.; Id., *Il giusto processo di esecuzione*, in questa *Rivista* 2002, 329 ss.; F. Carpi, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 381 ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. Corte cost. 31 maggio 2001, n. 176 (ord.), in *Giust. civ.* 2001, I, 2612 ss.; in *Foro it.* 2001, I, 3450, con nota di G. Costantino; tra le più recenti, Corte cost. 22 giugno 2021, n. 128 (ord.) e Corte cost. 5 luglio 2022, n. 168 (ord.).

<sup>(7)</sup> «(P)ochi istituti del diritto processuale appaiono oggi sottoposti a così forti tensioni come quello delle incompatibilità nel processo civile», ricorda L. Dittrich, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in questa *Rivista* 2002, 1145 ss., spec. 1145.

<sup>(8)</sup> Così la pronuncia in nota al § 10.

<sup>(9)</sup> Sul principio di imparzialità e alterità del giudice, sul dovere di astensione e sulla ricusazione v. anzitutto A. Panzarola, *La ricusazione del giudice civile. Il problema della impugnabilità della decisione*, Bari 2008, spec. 273 ss., 304 ss., 388 ss., testo e note. Accanto ai contributi che saranno richiamati *infra* perché a commento della giurisprudenza costituzionale, v. S. Satta, voce *Astensione e ricusazione del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Milano 1958, III, 947 ss.; G. Scarselli, *Terzietà del giudice e processo civile*, in *Foro it.* 1996, I, 3616 ss.; C. Consolo, *Imparzialità e ricusazione: decisorieta', ma non troppo; garantismo, ma non troppo*, in *Corr. giur.* 2004, 1047 ss.; B. Cavallone, *Un "frivolo amor proprio". Precognizione e imparzialità del giudice civile*, in *Aa. Vv.*, *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, I, Milano 2005, spec. 27; Id., *Ancora sulla «precognizione» del giudice civile come preteso motivo di astensione*, in questa *Rivista* 2012, 1004 ss.; G. Della Pietra, *L'imparzialità del giudice civile nel riflesso del novellato procedimento possessorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 461 ss.; A. Tedoldi, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei*

delle garanzie di alterità e terzietà del giudice (anche) civile ha preso le mosse (prima che dall'art. 111 Cost. <sup>(10)</sup>) dall'art. 51 c.p.c. e dal significato da attribuire all'«interesse nella causa» che potrebbe avere il giudice persona fisica (art. 51, n. 1) o all'«altro grado» del giudizio (art. 51, n. 4). Rispetto a quest'ultimo profilo e secondo un'interpretazione rigorosa, si dovrebbe parlare di altro grado solo quando l'organo giudicante, chiamato a pronunciarsi sulla medesima domanda, abbia struttura impugnatoria: si dovrebbe trattare, cioè, di un diverso ufficio giudiziario e dovrebbe esserci effettivamente il passaggio da un grado all'altro del processo. Secondo un'altra lettura, invece, le maglie del «grado» dovrebbero essere allargate fino a comprendere diverse fasi di un medesimo giudizio, quantomeno nelle ipotesi in cui il secondo giudice sia chiamato a rivedere – in qualche modo – l'operato del primo con una decisione che sia distinta dalla precedente.

È nota qual è stata in proposito la scelta di campo compiuta dalla Consulta (ben espressa nella sentenza n. 387/1999 <sup>(11)</sup> e diverse volte ribadita <sup>(12)</sup>), la quale ha ritenuto sussistenti i presupposti del «diverso»

*giudici*, in *Commentario del Codice di Procedura civile*, diretto da S. Chiarloni, Milano 2015, 133 ss.; G. Trisorio Liuzzi, *Astensione e ricusazione*, in *Foro it.* 2018, V, 21 ss.

<sup>(10)</sup> Risulta arduo richiamare qui tutti gli studi sull'art. 111 Cost. in relazione al processo civile. Si veda, a titolo esemplificativo, A. Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.* 2000, V, 241 ss.; S. Chiarloni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in questa *Rivista* 2000, 1010 ss.; Id., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 129 ss.; G. Tarzia, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in questa *Rivista* 2001, 1 ss.; G. Monteleone, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust. civ.* 2001, 523 ss.; AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, a cura di B. Capponi, G. Verde, Napoli 2002; L.P. Comoglio, *Le garanzie fondamentali del "giusto processo"*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2001, 200 ss.; Id., *Il giusto processo, vent'anni dopo*, in questa *Rivista* 2021, 962 ss.; N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Cost. e il giusto processo in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 381 ss.; M. Bove, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in questa *Rivista* 2002, 482 ss.; B. Capponi, R. Tiscini, *Introduzione al diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2022, spec. 20 ss.

<sup>(11)</sup> Corte cost. 15 ottobre 1999, n. 387, con note di M.C. Giorgetti, *L'incompatibilità del giudice civile da precedente provvedimento decisorio*, in questa *Rivista* 2000, 1197 ss.; G. Scarselli, in *Foro it.* 1999, I, 3441 ss.; R. Tiscini, *Nuovi interventi della Corte costituzionale sul principio di terzietà del giudice*, in *Corr. giur.* 2000, 47 ss.; C. Consolo, *Una benvenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51, n. 4 (in relazione all'art. 28 st. lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri*, *ivi*, 56 ss. Nel caso del procedimento per la repressione della condotta antisindacale l'obbligo di astensione del giudice è stato introdotto in via interpretativa lavorando (appunto) sull'art. 51 c.p.c.

<sup>(12)</sup> Cfr. Corte cost. 28 maggio 2001, n. 167, con nota di R. Tiscini, *Nuove conferme della (immutata) giurisprudenza costituzionale in tema di terzietà e imparzialità del giudice*, in *Giust. civ.* 2001, 1, 1443 ss., nel senso della manifesta infondatezza della questione in relazione agli artt. 98 e 99 l. fall. nella parte in cui designavano il giudice delegato al

grado in maniera generosa, anche al fine di limitare le pronunce di illegittimità costituzionale di alcune norme censurate. Secondo la Corte costituzionale, infatti, la nozione di «altro grado» ricomprende «anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (...) da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario»<sup>(13)</sup>.

Ripercorsi gli argomenti della propria giurisprudenza in materia, la Corte ha pertanto ritenuto che la fase di «precognizione» dell'estinzione dinanzi al g.e. e quella del reclamo davanti al collegio, ancorché si svolgano presso lo stesso ufficio giudiziario, possano essere considerate due diversi «gradi» nel senso largheggiante appena chiarito.

### 3. – Ma non basta.

In linea con l'orientamento della Cassazione, il giudice delle leggi consacra la natura *lato sensu* impugnatoria del reclamo di cui all'art. 630, comma 3°, c.p.c., natura che poggia soprattutto: *i*) sulla stabilità che acquista il provvedimento (*i.e.*, l'ordinanza con la quale si decide sull'estinzione) in mancanza di reclamo; *ii*) sull'essere «la valutazione delle condizioni che legittimano il provvedimento non divergente, quanto a parametri del giudizio, da quella che deve compiere il giudice» collegiale dell'eventuale reclamo.

---

fallimento a partecipare alla decisione nei giudizi di opposizione allo stato passivo; Corte cost. n. 176/2001, cit., che ha dichiarato manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 24 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51 c.p.c., nella parte in cui non prevedeva che il giudice delegato del fallimento, che avesse autorizzato il curatore a promuovere contro gli amministratori della società fallita azione di responsabilità e avesse autorizzato il sequestro dei beni degli amministratori medesimi, dovesse poi obbligatoriamente astenersi dal giudicare nella causa medesima, poiché l'attività di autorizzare o concedere sequestro non implicherebbe una “doppia” decisione sulla medesima controversia. Nello stesso senso, Corte cost. 7 maggio 2002, n. 155, in *Giur. cost.* 2002, 1392 ss., che ha ritenuto manifestamente infondate, in riferimento all'art. 111 Cost., le questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 146 l. fall., nella parte in cui prevedeva la competenza del giudice delegato che autorizzi l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori ed ex amministratori della società fallita ad adottare le opportune misure cautelari, e dell'art. 51, comma 1°, n. 4, c.p.c., in quanto, autorizzando l'azione di responsabilità, il giudice delegato non esprime alcuna valutazione relativamente all'azione, strumentalmente collegata a quella di merito, avente ad oggetto le misure cautelari. V. anche Corte cost. 31 maggio 2000, n. 168, in *Giust. civ.* 2000, I, 1915 ss., con nota sempre di R. Tiscini, *Pronuncia dell'ordinanza ex art. 186-quater c.p.c. e della sentenza da parte dello stesso giudice: inesistenza dell'obbligo di astensione.*

<sup>(13)</sup> Cfr. Corte cost. n. 387/1999, cit., § 7.

Richiamando le argomentazioni offerte dalle Sezioni Unite – Cass. n. 7877/2022<sup>(14)</sup> – la Corte costituzionale ha ritenuto che il reclamo palesi una chiara vocazione impugnatoria, sia per la «irretrattabilità» della decisione, sia, in caso di pronuncia di estinzione, per via delle conseguenze che l'art. 632 c.p.c. prevede per la procedura esecutiva, prima fra tutte la cancellazione della trascrizione del pignoramento. In buona sostanza, il reclamo aprirebbe «ad una *revisio prioris instantiae* che devolve al collegio lo stesso tipo di valutazione sottesa al provvedimento adottato dal giudice dell'esecuzione»<sup>(15)</sup>, essendo entrambe le fasi articolate in un unico esito decisorio, poiché il secondo provvedimento è destinato a sostituire il primo.

Si tratta di ulteriore argomento che spinge il giudice delle leggi verso la dichiarazione di parziale illegittimità dell'art. 630 c.p.c.: non solo la fase della decisione del g.e. sull'estinzione e la eventuale revisione del collegio a seguito del reclamo possono essere intese come diversi «gradi», ma al reclamo viene riconosciuta una funzione impugnatoria. In altre parole, nell'ipotesi dell'art. 630 c.p.c., la relazione tra decisione del magistrato e reclamo al collegio è solo apparentemente «bifasica», poiché, per le caratteristiche decisorie e potenzialmente definitive del provvedimento del g.e. e per la sostanziale identità di valutazioni che compie il collegio, il rimedio del reclamo assume il valore di vera e propria impugnazione.

V'è, però, da rilevare che l'affermazione della natura impugnatoria del reclamo non era l'unica via possibile per il giudice delle leggi al fine di corroborare la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 630, comma 3°, c.p.c. Si possono, infatti, nutrire dubbi sull'accostamento del giudizio di reclamo ad una impugnazione, tenendo in considerazione la struttura bifasica del rimedio e il regime del provvedimento che chiude il procedimento (cioè, una sentenza appellabile). Al riguardo, si è sostenuto<sup>(16)</sup> che

---

<sup>(14)</sup> Cass., sez. un., 10 marzo 2022, n. 7877, in questa *Rivista* 2022, 1380 ss., con nota di A. Bonafine, *Il reclamo ex art. 630, comma 3°, c.p.c.: natura e modalità di deposito*; in *Riv. esec. forz.* 2022, 730 ss., con nota di M. Cirulli, *Natura cognitiva del reclamo ex art. 630 c.p.c.: inquadramento sistematico e conseguenze applicative*; in *Giur. it.* 2022, 1861 ss., con nota di P. Mazza, *Deposito del reclamo ex art. 630 c.p.c. e dies a quo nell'art. 624-bis cpv. c.p.c.*; in *Giustiziacivile.com* 4 aprile 2022, con nota di C. Briguglio, *La natura cognitiva ed impugnatoria del procedimento di reclamo contro l'ordinanza declaratoria di estinzione ex art. 630, comma 3 c.p.c.*; in *Il processo* 2023, 199 ss., con nota di B. Limongi, *L'affermata natura impugnatoria del reclamo ex art. 630 c.p.c. e le sue conseguenze*. Vedi, già prima, Cass. 1° luglio 2005, n. 14096.

<sup>(15)</sup> Cfr. la sentenza in commento al § 11.

<sup>(16)</sup> Secondo R. Giordano, *Il giudice dell'esecuzione*, cit., 668, nel giudizio di reclamo avverso il provvedimento di estinzione il collegio si limiterebbe a verifiche prevalentemente

la fase dinanzi al g.e. non sarebbe espressione di una vera e propria precognizione della controversia, con la conseguenza che l'eventuale erroneità della pronuncia sull'estinzione non potrebbe derivare da una decisione sbagliata del magistrato, quanto piuttosto da un errore (materiale) compiuto dal g.e. nella lettura degli atti della procedura esecutiva.

In effetti, l'argomento stuzzica riflessioni di carattere dogmatico (impossibili da svolgere in questa sede) sulla natura dei poteri del g.e. (anche in sede di estinzione del processo esecutivo (dalla cui esatta identificazione dipende anche la configurazione del reclamo) <sup>(17)</sup>). Peraltro, se ben intendiamo, dalla motivazione della sentenza n. 387/1999, cui la Corte attinge a piene mani, emerge che l'incompatibilità del magistrato per precognizione sussiste tutte le volte in cui vi sia il «doppio» esercizio di una funzione giurisdizionale dichiarativa (non esecutiva, quindi) in relazione alla medesima *res iudicanda*. A tacer, poi, della circostanza che la sentenza emessa dal collegio a seguito del reclamo è, come anticipato, appellabile ed il giudice dell'appello è senz'altro un giudice terzo e imparziale.

È stato ancora osservato <sup>(18)</sup> che sarebbe allora stato più corretto dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 178 c.p.c., al quale l'art. 630, comma 3°, c.p.c. rinvia, così doverosamente allineando la disciplina del giudizio di cognizione e di esecuzione. A tale pronuncia la Corte sarebbe potuta, forse, arrivare usando lo strumentario decisorio affinato negli anni che comprende l'eccezionale potere di «autorimettersi» la questione di illegittimità costituzionale relativa ad una norma legata da nesso di necessaria strumentalità o pregiudizialità rispetto a quella censurata <sup>(19)</sup>.

documentali poste a controllare se: *i*) in caso di rinuncia, questa provenga dal creditore munito di titolo; *ii*) in caso di inattività delle parti, l'attività sia stata compiuta ritualmente e nei termini prescritti a pena di decadenza. Probabilmente della stessa idea A. Tedoldi, *Astensione, ricsuzione e responsabilità dei giudici*, cit., 133, laddove si afferma che “il provvedimento di estinzione non implica una cognizione e una decisione sui fatti che compongono il *thema decidendum*, ma unicamente una pronuncia processuale sulla sussistenza o meno della fattispecie estintiva del processo”.

<sup>(17)</sup> Impossibile fornire adeguate indicazioni bibliografiche sul tema, anche in considerazione del fervente dibattito creatosi, più in generale, sui poteri del g.e. a seguito della nota Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479. Si rimanda al recente studio di B. Limongi, *I poteri del giudice dell'esecuzione, tra “estinzione tipica” e chiusura anticipata*, in *Giusto proc. civ.* 2022, 837 ss.

<sup>(18)</sup> Ancora R. Giordano, *op. loc. cit.* Osserva P. Mazza, *La forza della prevenzione*, cit., 564, che l'art. 178 c.p.c. potrebbe essere “il prossimo nella lista” delle dichiarazioni di incostituzionalità.

<sup>(19)</sup> Sostiene l'esistenza dei presupposti per l'esercizio di questo potere R. Giordano, *Il giudice dell'esecuzione*, cit., 670, ove più ampie indicazioni bibliografiche. Nella giurisprudenza costituzionale, vedi in particolare Corte cost. 9 febbraio 2018, n. 24, in cui si legge che la possibilità che la Corte costituzionale sollevi in via incidentale una questione davanti a sé

4. – Sebbene, quindi, l'itinerario logico-argomentativo seguito dalla Corte costituzionale desti qualche perplessità, la decisione è nella sostanza condivisibile.

Più discutibili sono apparse alcune pronunce nelle quali, trincerandosi dietro la supposta assenza di identica *res iudicanda* o dietro la natura non funzionalmente impugnatoria del rimedio, la Corte ha respinto i dubbi di costituzionalità sollevati, a seconda del momento storico, in relazione all'art. 3 e 24 Cost. o all'art. 111 Cost. Il riferimento più recente è all'ipotesi dell'abrogato<sup>(20)</sup> procedimento per l'impugnativa del licenziamento assoggettato al regime di tutela reale (introdotto dalla l. 28 giugno 2012, n. 92), nel quale il legislatore non aveva imposto l'obbligo per il magistrato che aveva istruito la fase sommaria di astenersi dal decidere il successivo (eventuale) giudizio di opposizione (artt. 48 e 51, l. 28 giugno 2012, n. 92), con scelta avallata dalla Corte<sup>(21)</sup> ma che ha prestato il campo a più di un rilievo critico<sup>(22)</sup>. Come sostenuto<sup>(23)</sup>, del resto, nella fase di opposizione il giudice era chiamato ad esprimere le stesse valutazioni decisorie nel merito della domanda proposta nella prima fase, non essendo decisivo l'argomento che l'oggetto dell'opposizione poteva essere «occasionalmente» più ampio. Peraltro, l'ordinanza che chiudeva la fase sommaria era di per sé idonea a realizzare un assetto dei rapporti tra le parti (non mera-

si dà solo allorché si dubiti della legittimità costituzionale di una norma, diversa da quella impugnata, che sia chiamata necessariamente ad applicare nell'iter logico per arrivare alla decisione sulla questione che le è stata sottoposta.

<sup>(20)</sup> Sostituito dagli artt. 441-*bis* ss. c.p.c. dalla Riforma c.d. Cartabia (v., *infra*, nota 25).

<sup>(21)</sup> Corte cost. 13 maggio 2015, n. 78, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità degli artt. 51, comma 1°, n. 4, c.p.c., e 1, comma 51°, l. n. 92/2012, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., così riconoscendo che la fase sommaria e la fase dell'opposizione potevano essere celebrate dinanzi al medesimo giudice (persona fisica). Per qualche valutazione sulla decisione, se vuoi, G. Fanelli, *Il giudizio di opposizione e il reclamo*, in Aa. Vv., *Il processo del lavoro dopo quarant'anni. Bilanci e prospettive*, a cura di R. Tiscini, Napoli 2015, 55 ss.

<sup>(22)</sup> Vedi sul punto, anche se prima della decisione della Consulta, A. Panzarola, *Sulla incompatibilità del giudice che abbia pronunciato l'ordinanza che chiude la fase sommaria del procedimento per l'impugnativa del licenziamento ad essere investito della decisione dell'opposizione*, in *Giur. merito* 2013, 1540 ss., favorevole all'estensione della soluzione adottata dalla Consulta in relazione al procedimento di repressione ex art. 28 stat. lav. con decisione n. 387/1999, cit. Secondo R. Tiscini, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, in F.P. Luiso, R. Tiscini, A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino 2013, 82 ss., spec. 155, vi sarebbe obbligo di astensione soltanto se nella prima fase il giudice (anziché arrestarsi alla cognizione sommaria pure prevista dalla legge) proceda ad "giudizio già di per sé pienamente cognitivo".

<sup>(23)</sup> A. Panzarola, *Sulla incompatibilità del giudice*, cit., 1440.

mente strumentale o interinale, ma) definitivo, impartendo una tutela sicuramente dichiarativa.

Infine, sembra opportuno rilevare che il principio di terzietà, alterità e imparzialità protetto dalla Consulta con la parziale dichiarazione di incostituzionalità all'art. 630 c.p.c. è, forse, oggi «minacciato» dal tenore letterale di alcune disposizioni del codice di rito. Se, infatti – come la Corte costituzionale non manca di riconoscere – il legislatore ricorre sempre di più alla «tipizzazione della fattispecie», incidendo *expressis verbis* sulla composizione dell'organo giudicante dell'altro «grado»<sup>(24)</sup>, in altri casi il legislatore nulla aveva (e ha) previsto.

Nel senso della tipizzazione della fattispecie può essere letta la modifica (operata con la c.d. Riforma Cartabia<sup>(25)</sup>) dell'art. 739, comma 1°, c.p.c., il quale prescrive che, in caso di reclamo avverso il decreto del giudice tutelare, quest'ultimo non può far parte del collegio che deciderà del provvedimento reclamato. Con la medesima riforma, sono state introdotte le ordinanze sommarie *ex artt. 183-ter* e *183-quater* c.p.c., le quali ci regalano una doppia previsione di incompatibilità del giudice istruttore che emette l'ordinanza: il magistrato, infatti, non può far parte né del collegio che decide del reclamo (stante il rinvio all'art. 669-*terdecies* c.p.c.) né, in caso di accoglimento del reclamo, può proseguire con la trattazione del giudizio e decidere la controversia (art. 183-*ter*, comma 5°, e art. 183-*quater*, comma 4°, c.p.c.)<sup>(26)</sup>.

Appartengono, invece, al gruppo obliterato altre disposizioni, più antiche o anche recentemente rimaneggiate.

Si pensi, anzitutto, alla parabola dell'opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 ss. c.p.c.*: in passato la Corte<sup>(27)</sup> aveva escluso che violasse il principio di imparzialità e alterità del giudice l'ipotesi in cui il g.e. che avesse emanato il provvedimento esecutivo – tolto il cappello dell'esecuzione e messo quello della cognizione – conoscesse dell'atto come giudice dell'opposizione agli atti, sul presupposto che tra le due «fasi» (quella interna all'esecuzione e quella, fuori dall'esecuzione, di cognizione sulla

(24) Oltre alle ipotesi che saranno indicate *infra* nel testo, si pensi, all'istituto già citato del reclamo cautelare *ex art. 669-terdecies*, all'art. 25, comma 2°, l. fall., all'art. 99, comma 10°, l. fall. o ai più recenti art. 123, comma 2°, e art. 207 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

(25) Realizzata con l. delega 26 novembre 2021, n. 206 e d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

(26) In questo caso, forse, il legislatore è andato oltre. Non si tratta di un atteggiamento da criticare, quanto piuttosto di una valutazione pratica dell'impatto che il complessivo meccanismo potrebbe avere sui tribunali piccoli dove vi sono pochi magistrati.

(27) Corte cost. 28 novembre 2002, n. 497 (ord.).

regolarità dell'atto) non vi fosse alcuna identità di *res iudicanda*, né l'opposizione costituisse una impugnazione in senso proprio. L'incompatibilità è poi stata, condivisibilmente, calata dall'alto con l'introduzione dell'art. 186-*bis* disp. att. c.p.c., a mente del quale i giudizi di cui all'art. 618 c.p.c. sono trattati da un magistrato diverso da quello che ha «conosciuto degli atti» oggetto dell'opposizione<sup>(28)</sup>.

Nulla è stato, altresì, previsto in relazione alla possibile incompatibilità del magistrato che formula la proposta di «abbandono» del ricorso nel procedimento per la definizione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati in Cassazione *ex* art. 380-*bis* c.p.c.<sup>(29)</sup>. Il citato meccanismo prevede che, ove non sia già fissata la data per la decisione, il presidente o un consigliere delegato possa formulare una proposta di definizione del giudizio nell'ipotesi in cui ritenga il ricorso principale (e anche quello incidentale) inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato. La parte ricorrente, alla quale la proposta è comunicata, può chiedere che la Cassazione decida comunque l'impugnazione; in caso contrario, il ricorso si intende rinunciato e la Suprema Corte dichiara l'estinzione ai sensi dell'art. 391 c.p.c. Ebbene, è recente l'ordinanza di rimessione della Prima presidente alle Sezioni Unite relativa alla «questione di particolare importanza» costituita dal dubbio se il consigliere che ha formulato la proposta di «abbandono» possa essere nominato relatore nel giudizio che dovesse proseguire su richiesta del ricorrente<sup>(30)</sup>.

Naturalmente l'istituto è strutturalmente diverso da quello del reclamo *ex* art. 630 c.p.c.<sup>(31)</sup>: sarà difficile parlare di «altro grado» in relazione

<sup>(28)</sup> Secondo B. Capponi, R. Tiscini, *Introduzione*, cit., 36-37, «'conoscere degli atti' significa, verosimilmente, che il g.e. non è incompatibile quando risulti impugnato non un qualsiasi atto del processo esecutivo, bensì quando sia gravato un provvedimento adottato dallo stesso magistrato che 'dirige' l'esecuzione».

<sup>(29)</sup> Senza pretese di esaustività, e solo ai nostri fini, si rinvia ad A. Graziosi, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in questa *Rivista* 2023, 667 ss.; B. Capponi, *Il giudice monocratico in Cassazione*, in *Foro it.* 2023, V, 23; Id., *Dei giudici monocratici in Cassazione*, in *judicium.it* 11 gennaio 2023; Id., *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento*, in Id., *Legittimità, interpretazione, merito. Saggi sulla Cassazione civile*, Napoli 2023, 261 ss.

<sup>(30)</sup> Cfr. Cass. 19 settembre 2023 (ord.), sulla quale vedi i commenti di R. Tiscini, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite*, in *judicium.it* 2 ottobre 2023; B. Capponi, *L'art. 380-bis sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *judicium.it* 3 ottobre 2023; R. Vaccarella, *Note sull'art. 380-bis c.p.c.*, in *judicium.it* 3 ottobre 2023.

<sup>(31)</sup> Non è un caso che vi faccia riferimento nel suo scritto B. Capponi, *L'art. 380-bis sotto la lente delle Sezioni Unite*, cit., 2.

all'eventuale continuazione del giudizio dopo la proposta di cui all'art. 380-*bis* c.p.c., sia pure nell'accezione ampia fornita dalla Corte costituzionale. L'ipotesi sembra poter rientrare tra i procedimenti bifasici caratterizzati da una diversa «qualità» della cognizione impegnata dal magistrato che compie la valutazione sommaria, rispetto a quella del collegio. In altri termini, ai sensi degli artt. 380-*bis* e 380-*bis*.1 c.p.c., la cognizione è sommaria (e appannaggio dell'inedito giudice monocratico in Cassazione) in funzione della chiusura «senza decisione»; la cognizione diventa poi piena se la palla passa al collegio, il che avviene solo nel caso in cui l'avvocato e la parte insistano per andare avanti<sup>(32)</sup>. Poste così le cose, non è la natura impugnatoria del rimedio ad essere determinante ai fini della sussistenza dell'incompatibilità in esame, ma crediamo sufficiente l'identità dei «parametri di giudizio» utilizzati dai «diversi» giudici, identità che non è messa in discussione dalla differente qualità della cognizione<sup>(33)</sup>. Peraltro (così ritrovando un altro *tópos* della giurisprudenza costituzionale), la proposta di definizione del ricorso ha effetti irretrattabili poiché, in mancanza d'impulso del ricorrente, il collegio può solo dichiarare l'estinzione, con la conseguenza che il potere di impugnazione è definitivamente consumato. Sicché la parte che intenda sottoporre a revisione la decisione assunta dal consigliere «proponente» ha quale unica possibilità quella di richiedere la decisione del collegio nello stesso grado di giudizio e sulla medesima *res iudicanda* (per dirla con le parole della Consulta) già conosciuta dal giudice monocratico<sup>(34)</sup>.

Se tutto questo è vero, ci pare che vi sia un'incompatibilità tra il ruolo del consigliere «proponente» e quello di relatore del collegio<sup>(35)</sup> poi investito della (decisione piena sulla) impugnazione, incompatibilità-parzialità non così lontana da quella che ha portato la Consulta a dichiarare la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.c.

GIUSEPPINA FANELLI

*Ricercatrice nell'Università di Teramo*

---

<sup>(32)</sup> A proprio rischio (*recte*: quello professionale dell'avvocato) e pericolo (perché, se il collegio conferma la proposta, si applicano i commi 3° e 4° dell'art. 96 c.p.c.).

<sup>(33)</sup> Vedi ancora, seppur sul vecchio procedimento *ex* artt. 48-51, l. n. 92/2012, A. Panzarola, *Sulla incompatibilità del giudice*, cit., 1440.

<sup>(34)</sup> Secondo R. Vaccarella, *Note*, cit., 2, «la richiesta di decisione avanzata dal ricorrente è, funzionalmente, un'impugnazione alla quale si applica l'art. 51, n. 4, c.p.c.».

<sup>(35)</sup> Almeno quello di relatore. Secondo R. Vaccarella, *Note*, cit., 2, dovrebbe escludersi anche la presenza del magistrato come membro del collegio, avendo quest'ultimo un «interesse nella causa» di cui all'art. 51, n. 1, c.p.c.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ., sentenza 24 luglio 2023,  
n. 22048

Pres. Raimondi – Rel. Terrusi

*M. M. c. W.W. e Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Brescia*

*In tema di autorizzazione al rilascio del passaporto al genitore avente prole minorenni, prescritta dall'art. 3, lett. b), l. n. 1185 del 1967 quando difetti l'assenso dell'altro genitore, il provvedimento emesso dal tribunale in esito al reclamo avverso il decreto del giudice tutelare che abbia concesso o negato l'autorizzazione, ha natura definitiva (nella forma del giudicato allo stato degli atti) e valenza decisoria, essendo volto a definire un conflitto tra diritti soggettivi dei genitori del minore, sicché deve ritenersi ammissibile il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7°, Cost. (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). – XI. Ai fini della garanzia di cui all'art. 111 Cost. il nodo si sposta, allora, sull'esame del requisito di decisorietà.

In questa prospettiva il passaggio dall'attitudine al giudicato all'attitudine alla stabilizzazione degli effetti sulla situazione giuridica tutelata (nel che si traduce la clausola *rebus sic stantibus*) diventa centrale.

Solo una tal stabilizzazione può integrare il dato della decisorietà in unione col dispiegarsi della forma camerale, perché codesta è l'unica caratteristica sostenibile nell'alveo della garanzia costituzionale dell'art. 111 Cost. per questo tipo di processi.

Come accennato, al modello camerale il legislatore è solito ricorrere, oggi sempre di più, come forma alternativa di realizzazione della legge quando l'obiettivo da perseguire è la rapidità della decisione, anche se riferita al riconoscimento e all'attribuzione di diritti soggettivi.

E difatti l'essenza della giurisdizione (in senso proprio) è da individuare al di là della forma, perché l'essenza – come efficacemente è stato detto – manifesta lo scopo, e lo scopo non è altro che l'aspetto dinamico dell'effetto rispetto al contenuto del provvedimento, come mezzo di realizzazione.

Questa sintesi tiene conto di entrambi i profili che rilevano, quello strutturale e quello funzionale, e consente di ribadire che ai fini specifici interessa solo che il provvedimento terminale aspiri a dichiarare (o ad accertare) il diritto nel caso concreto, per risolvere imperativamente un conflitto di interessi.

In ciò è il fondamento della giurisdizione contenziosa qualunque sia il modello formale prescelto, perché per ravvisare l'effetto dichiarativo deve averci riguardo al contenuto della pronuncia in rapporto all'oggetto del processo, e il legislatore è sempre libero di stabilire che si pervenga all'accertamento e alla tutela del diritto soggettivo con un procedimento in camera di consiglio. L'art. 111 Cost. vieta infatti di sottrarre al sindacato di legittimità i provvedimenti a contenuto decisorio, ma non impone di impiegare la forma del processo di cognizione per l'accertamento del diritto.

Nei diversi casi in cui il diritto risulti oggetto di contestazione nel contraddittorio delle parti, le forme del processo camerale vengono adoperate per la tutela dichiarativa e il provvedimento finisce con l'assumere in ogni caso una funzione contenziosa.

Questa cosa massimamente accade quando oggetto della decisione siano i diritti o gli status e quando il provvedimento a essi relativo conduca a una sorta di giudicato tale da

non poter essere modificato che per fatti o situazioni sopravvenute, così da stabilizzarsi – altrimenti – allo stato degli atti.

(*Omissis*). – XIII. Coi superiori principi vanno a questo punto comparate le caratteristiche del decreto che decide il reclamo ai sensi dell'art. 3, l. 21 novembre 1967, n. 1185.

(*Omissis*). – Reputano le Sezioni Unite che l'orientamento fin qui dominante, incentrato sull'appartenenza alla giurisdizione volontaria del provvedimento che decide il reclamo avverso il decreto del giudice tutelare di autorizzazione al rilascio del passaporto a favore di genitore di figli minori, non può esser mantenuto.

Più ancora che l'inconveniente pratico messo in risalto dall'ordinanza interlocutoria – inconveniente certo esistente e niente affatto marginale, per la possibilità della eventuale perdita definitiva e del pregiudizio irretrattabile del diritto del minore per lo stesso fluire del tempo, ove l'opposizione dell'altro genitore sia motivata dalle inadempienze del richiedente – risolutive appaiono le indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale, dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo e infine dalla stessa Corte di giustizia della UE; le quali tutte convergono verso la conclusione opposta, e cioè che il procedimento serve alla tutela di diritti in senso proprio.

XV. La tipologia di situazioni giuridiche incise dall'autorizzazione al rilascio del passaporto è agevolmente definibile in base alle precisazioni fatte innanzi tutto dalla Corte costituzionale.

Al fondo del diritto di ottenere il rilascio del passaporto l'art. 16 Cost. pone un chiaro riferimento alla salvezza degli eventuali obblighi di legge: «ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge».

La Corte costituzionale ha affermato che la regola generale a cui si ispira la l. 21 novembre 1967, n. 1185 in tema di rilascio del passaporto al genitore di prole minore è quella della necessaria autorizzazione del giudice tutelare «a garanzia dell'assolvimento, da parte del genitore, dei suoi obblighi verso i figli» (Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 464).

(*Omissis*). – XVIII. Sulla base di tali considerazioni è allora possibile formulare la seguente complessiva risposta alla questione di massima indicata dall'ordinanza interlocutoria:

(i) la qualificazione del decreto che decide sul reclamo relativamente al rilascio del passaporto nei confronti di genitore di prole minore non è e non può essere quella di un semplice provvedimento di volontaria giurisdizione;

(ii) non può esserlo perché al fondo non c'è la semplice cura degli interessi in gioco, ma la vera definizione di un conflitto intersoggettivo nel profilo che inerisce alla tutela del diritto del minore a ricevere dai genitori l'adempimento degli obblighi di mantenimento, istruzione, educazione e assistenza anche morale (art. 147 c.c.) in contrapposizione col diritto del genitore di munirsi del titolo che gli consenta di esercitare la libertà garantita (salvi gli obblighi di legge) dall'art. 16 Cost.;

(iii) da ciò è integrata la natura sostanzialmente contenziosa del procedimento oppositorio del reclamo, procedimento il quale – al di là dell'essere stato prescelto il più duttile e sollecito modello camerale di definizione – deve considerarsi strutturato in coerenza col profilo contenutistico e funzionale;

(iv) questa caratteristica – oggi esplicitamente recepita dalla novellazione di cui al D.L. n. 69 del 2023 – imprime al decreto finale quella valenza decisoria che è insita nella natura contenziosa del procedimento teso a contestare il presupposto del rilascio dell'autorizzazione; difatti gliela imprime in un ambito evidente di definitività, perché un'autorizzazione del genere o è concessa o non lo è, e una volta seguita dall'espatrio ha raggiunto anche il suo fine pratico; sicché il provvedimento di autorizzazione, che sia adottato o confermato in sede

di reclamo, è definitivo, non essendo altrimenti impugnabile né destinato a essere assorbito in un provvedimento distinto a sua volta impugnabile;

(v) la duplice valenza legittima l'assoggettamento del decreto al ricorso straordinario secondo l'uniforme soluzione alla quale è stata ancorata – nel periodo più recente – la nozione di decisorietà in modo compatibile col dispiegarsi della tutela camerale; in vero questa è l'unica conclusione sostenibile nell'alveo della garanzia costituzionale dell'art. 111, comma 7°, Cost., rimanendo la decisorietà integrata dall'attitudine del decreto, così esitato, a un giudicato allo stato degli atti.

XIX. Il ricorso per cassazione è quindi nel caso concreto ammissibile. (*Omissis*).

### CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ., sentenza 25 luglio 2023, n. 22423

Pres. Raimondi – Rel. Lamorgese

*L. C. R. c. C. L. e G. C., nella qualità di tutore provvisorio della minore C. N. R.*

*I provvedimenti c.d. de potestate adottati dal tribunale ordinario, quando competente ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., nel corso dei giudizi aventi ad oggetto la separazione e lo scioglimento (o cessazione degli effettivi civili) del matrimonio, nel sistema normativo antecedente alla riforma di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, non sono impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7°, Cost., trattandosi di provvedimenti temporanei incidenti su diritti soggettivi ma non definitivi, in quanto privi di attitudine al giudicato seppur rebus sic stantibus, essendo destinati ad essere assorbiti nella sentenza conclusiva del grado di giudizio e, comunque, revocabili e modificabili in ogni tempo per una nuova e diversa valutazione delle circostanze di fatto preesistenti o per il sopravvenire di nuove circostanze (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). – 15. L'ordinanza interlocutoria sollecita una rivisitazione dell'orientamento (cfr. Cass., sez. I, 13 settembre 2021, n. 24638; Cass. 11 gennaio 2022, n. 614) che esclude la proponibilità del mezzo straordinario avverso provvedimenti temporanei emessi in materia minorile dal tribunale ordinario in corso di causa, assumendo che non vi sarebbe «possibilità alcuna di sottoporli ad una verifica giudiziaria» e che comunque «la loro revisione (sarebbe) destinata ad intervenire a distanza di tempo». Da qui la proposta di interpretare il requisito della decisorietà, richiesto ai fini dell'ammissibilità del ricorso straordinario ex art. 111, comma 7°, Cost., nel senso di «decisorietà di fatto», sul presupposto che potrebbe «determinarsi, per lo stesso fluire del tempo, una perdita definitiva o un pregiudizio irreparabile» a diritti personalissimi e fondamentali, quali sono quelli dei minori.

16. Questa impostazione non è condivisibile.

17. Si è già detto che si tratta di provvedimenti revocabili e modificabili in ogni tempo, insuscettibili di giudicato *rebus sic stantibus* (nel qual caso la revoca e modifica sarebbe condizionata alla sopravvenienza di fatti nuovi). Le difficoltà pratiche implicitamente paventate di ottenere la modifica o revoca (che, peraltro, vi è stata nel caso in esame), riguardando l'organizzazione degli uffici giudiziari e la professionalità dei magistrati addetti alla trattazione del contenzioso in materia minorile, non possono giustificare la rivisitazione delle condizioni di accesso diretto al giudizio di legittimità in una direzione ampliativa che non sarebbe poi agevole contenere *ratione materiae*, anche in considerazione delle oggettive difficoltà di discernere – tra i molteplici ed eterogenei provvedimenti annoverabili nel ge-

nus di quelli (che hanno assunto o potrebbero assumere la denominazione) *de potestate* – quali siano suscettibili di ricorso straordinario diretto e quali non lo siano.

18. La nozione di definitività va intesa in senso processuale, come attitudine del provvedimento a divenire immodificabile, cioè ad assumere i caratteri del giudicato quantomeno *rebus sic stantibus*, consentendo al giudice di tornare sul provvedimento emesso, valutando solo le nuove circostanze sopravvenute e sottraendogli il potere di rivalutare i fatti già esaminati o preesistenti ma ignorati. Tuttavia, a provvedimenti temporanei, come nella specie, revocabili e modificabili in corso di causa dallo stesso giudice che li ha emessi – quand'anche in ipotesi reclamati – non è possibile attribuire la forza del giudicato, in mancanza di indicazioni normative che limitino l'ambito delle doglianze di parte e il *quomodo* dello *jus poenitendi* del giudice. Non è possibile pensare – nell'ottica del preminente interesse del minore – che il tribunale sia vincolato alla propria precedente decisione, anche se si convinca dell'errore commesso nella scelta delle misure adottate o semplicemente dell'opportunità di modificarle, rivalutando i fatti passati anche in mancanza (o alla luce) di fatti nuovi.

(*Omissis.*) – 21. In realtà, ritenere che un provvedimento giurisdizionale sia suscettibile di conseguire l'efficacia del giudicato e cioè di diventare definitivo in base agli indici rivelatori della sua decisorietà (o al grado di decisorietà o incisività) su diritti soggettivi o status è una petizione di principio.

22. Se i provvedimenti diversi dalle sentenze sono suscettibili di ricorso straordinario per cassazione, *ex art. 111, comma 7°, Cost.*, a condizione che siano definitivi (oltre che decisorio), il connotato della definitività non può dipendere dalla natura dell'interesse sottostante o dalla gravità della incidenza su di esso del provvedimento o dei vizi dedotti, profili questi, sul piano teorico, incompatibili con la definizione degli ambiti di competenza degli organi giurisdizionali (e della stessa Corte di cassazione) e, sul piano fattuale, forieri di incertezze, in quanto affidati a valutazioni contingenti e soggettive (ad esempio, facendo impropriamente coincidere la nozione processuale di definitività con la «tendenziale stabilità» del provvedimento, *cfr. Cass., sez. I, 7 marzo 2023, n. 6802 in procedimento ex art. 337-ter, comma 3°, c.c.*).

(*Omissis.*) – 24. Inoltre, non si dovrebbe prescindere – per quanto si è poc'anzi osservato – da una esatta identificazione e caratterizzazione dei provvedimenti in termini contentutistici, ai fini del giudizio sulla loro impugnabilità *ex art. 111, comma 7°, Cost.*, operazione non agevole. In mancanza di indicazioni al riguardo nell'ordinanza interlocutoria, si potrebbe ritenere che rientrino nel novero di tali provvedimenti tutti quelli astrattamente suscettibili di essere denominati come *de potestate*, espressione tuttavia vaga e sfuggente, in quanto riferibile a provvedimenti temporanei di varia tipologia: a quelli (provvisoriamente) limitativi (es. di sospensione), ablativi (es. di decadenza) e reintegrativi della responsabilità genitoriale (art. 330 ss. c.c.), ma anche a provvedimenti con funzione strumentale e accessoria, innominati ed eterogenei (tra i quali quelli «convenienti» secondo l'espressione dell'art. 333 c.c.), assunti dal giudice in presenza di inadeguatezze genitoriali o di condotte pregiudizievoli per i figli o di conflitti familiari non risolvibili altrimenti. Si pensi, tra i tanti provvedimenti che potrebbero configurarsi nella pratica, a quelli che dispongono la sospensione o la limitazione degli (o varie forme di vigilanza sugli) incontri tra i genitori e il figlio, l'allontanamento del genitore dalla residenza familiare, il collocamento provvisorio del minore in strutture di recupero, la previsione di misure di sostegno psicologico e monitoraggio da parte dei servizi sociali per favorire il percorso di recupero delle competenze genitoriali e l'armonico sviluppo delle relazioni con i figli, ecc., ma si pensi anche ai provvedimenti meramente conformativi delle modalità concrete di esercizio della responsabilità genitoriale e di affidamento della prole, *ex artt. 337-bis ss. c.c.* (*cfr.*, a titolo esemplificativo, *Cass. 19*

gennaio 2022 n. 1568 nel senso della non ricorribilità *ex art.* 111 Cost. in un caso di autorizzazione del genitore ad iscrivere il minore presso una scuola straniera e, in senso opposto, Cass. 7 marzo 2023, n. 6802, in tema di frequenza dell'ora di religione).

25. In conclusione, si deve enunciare il seguente principio: i provvedimenti c.d. *de potestate* adottati dal tribunale ordinario, quando competente ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., nel corso dei giudizi aventi ad oggetto la separazione e lo scioglimento (o cessazione degli effettivi civili) del matrimonio, nel sistema normativo antecedente alla riforma di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (cfr. art. 473-*bis*.24, commi 2 e 5, c.p.c.), non sono impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7°, Cost., trattandosi di provvedimenti temporanei incidenti su diritti soggettivi (in tal senso decisori) ma non definitivi, in quanto privi di attitudine al giudicato seppur *rebus sic stantibus*, essendo destinati ad essere assorbiti nella sentenza conclusiva del grado di giudizio e, comunque, revocabili e modificabili in ogni tempo per una nuova e diversa valutazione delle circostanze di fatto preesistenti o per il sopravvenire di nuove circostanze. (*Omissis*).

### **Le Sezioni Unite sulla «decisorietà di fatto» e il ricorso straordinario in Cassazione**

1. – Con due distinte ordinanze dell'ottobre 2022 <sup>(1)</sup>, la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha posto alle Sezioni Unite l'interrogativo se è ammissibile il ricorso (straordinario) per cassazione avverso (*i*) il decreto del tribunale che statuisce sulla concessione del passaporto al genitore di prole minore, ai sensi degli artt. 3 e 4, l. 21 novembre 1967, n. 1185 e (*ii*) i provvedimenti provvisori c.d. *de potestate* <sup>(2)</sup>. Le ordinanze di rimessione invocavano il superamento dell'orientamento consolidato di tenore negativo, proponendo un'estensione della decisorietà – come noto, presupposto di ammissibilità del ricorso per cassazione contro i provvedimenti aventi forma diversa dalla sentenza, unitamente alla definitività <sup>(3)</sup> – fino a ricomprendervi anche i casi di «decisorietà di fatto» <sup>(4)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Rispettivamente, Cass. 17 ottobre 2022, n. 30479 e Cass. 17 ottobre 2022, n. 30457.

<sup>(2)</sup> Con l'espressione provvedimenti *de potestate* si suole far riferimento ad un ampio novero di provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale (*olim* potestà), tra i quali i provvedimenti che pronunciano decadenza dalla responsabilità genitoriale *ex art.* 330 c.c., quelli di reintegrazione in tale responsabilità *ex art.* 332 c.c., i provvedimenti di vario contenuto disciplinati dall'art. 333 c.c.

<sup>(3)</sup> Per giurisprudenza saldissima, definitività e decisorietà sono i presupposti affinché nel provvedimento avente forma diversa sia riconosciuta una «sentenza in senso sostanziale», come tale soggetta al ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7°, Cost. Sul punto l'elaborazione dottrinale è estremamente ampia; si rinvia, per tutti, a R. Tiscini, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Torino 2005, *passim* e spec. 42 ss.; 101 ss. V. anche *infra*.

<sup>(4)</sup> Su cui v. diffusamente *infra*.

Coniata per estendere il ricorso straordinario nell'ambito della tutela dei minori nel contesto della crisi familiare, caratterizzato dall'estrema delicatezza degli interessi in gioco, la «decisorietà di fatto» non descrive una caratteristica intrinseca del provvedimento, ma ne mette in evidenza l'attitudine a regolare il rapporto tra il minore e i genitori in modo tendenzialmente stabile e duraturo, per ragioni estrinseche (la difficoltà di ottenere una nuova valutazione della situazione concreta; la lunga durata del procedimento necessario a pervenire alla statuizione definitiva «di merito»; la temporaneità delle situazioni giuridiche correlate alla minore età, fisiologicamente destinate a cessare al compimento dei diciott'anni).

La nozione, quindi, appare di difficile inquadramento sul piano sistematico ed è affetta da una certa ambiguità rispetto ai canonici requisiti della decisorietà (*tout court*) e definitività<sup>(5)</sup> (anch'essi, peraltro, e malgrado la lunga esperienza del ricorso straordinario, mai totalmente precisati<sup>(6)</sup>).

Sicché, ben si comprende che le Sezioni Unite<sup>(7)</sup> abbiano preferito ragionare utilizzando gli strumenti tradizionali.

Rileva anche, ma soltanto in astratto, non essendo applicabile al caso concreto *ratione temporis*, il recente intervento legislativo (art. 473-*bis*.24, ult. cpv., c.p.c.) che ha ammesso il ricorso per cassazione contro i «provvedimenti temporanei emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori»<sup>(8)</sup>.

2. – Cominciando dalla questione indicata *sub (i)*, giova ricordare che l'art. 3, comma 1°, lett. b), l. 21 novembre 1967, n. 1185, nel testo applicabile *ratione temporis*<sup>(9)</sup>, prevede che i genitori di prole minorenni non possono ottenere il rilascio del passaporto senza l'autorizzazione del giu-

<sup>(5)</sup> V. *infra, passim* e spec. § 4.

<sup>(6)</sup> V. *infra, passim*, testo e note.

<sup>(7)</sup> Nelle due pronunce qui annotate Cass., sez. un., 24 luglio 2023, n. 22048 e Cass., sez. un., 25 luglio 2023, n. 22423.

<sup>(8)</sup> *Infra*, § 7.

<sup>(9)</sup> Sulla disposizione citata è infatti intervenuto l'art. 20, d.l. 13 giugno 2023, n. 69, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedura di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano», conv. con modif. in l. 10 agosto 2023, n. 103.

dice tutelare, salvo che il richiedente abbia l'assenso dell'altro genitore o sia l'unico titolare della responsabilità genitoriale<sup>(10)</sup>.

Nel caso di specie, il Giudice aveva concesso l'autorizzazione, ma l'altro genitore aveva interposto reclamo, denunciando il pericolo che l'autorizzato potesse sottrarsi agli obblighi verso i figli. Il reclamo era stato rigettato dal Tribunale con decreto poi impugnato con ricorso per cassazione.

Ai fini dell'ammissibilità del ricorso, sia per l'ordinanza di rimessione che per le Sezioni unite è certa la sussistenza del requisito della definitività<sup>(11)</sup>.

Quanto alla decisorietà, è dubbio se nel procedimento si espliciti una mera attività gestoria, dovendosi perciò escludere il ricorso straordinario, ovvero – con opposta conseguenza – se esso costituisca esercizio di giurisdizione contenziosa, avente ad oggetto «la concreta compatibilità dell'espatrio del genitore con l'interesse del minore»<sup>(12)</sup>.

<sup>(10)</sup> Corte Cost. 16 dicembre 1997, n. 464, in *Giur. cost.* 1997, 4058, con nota di G. Ferrando, aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 3, lett. b), l. n. 1185/1967, per contrarietà agli artt. 3 e 16 Cost., nella parte in cui sottoponeva a trattamento diverso il genitore naturale rispetto al genitore legittimo, imponendo soltanto al primo, e non al secondo, di munirsi dell'autorizzazione del giudice tutelare al fine del rilascio del passaporto anche a fronte dell'assenso dell'altro genitore (naturale) convivente. In tale occasione, la Corte costituzionale ha affermato che la disciplina della disposizione in questione è dettata «a garanzia dell'assolvimento, da parte del genitore, dei suoi obblighi verso i figli». Il legislatore ha poi sostituito, con l. 16 gennaio 2003, n. 3, la lett. b), conferendo alla disposizione il tenore rimasto pressoché immutato fino al 2023 (è il caso di segnalare l'adeguamento delle parole «potestà sul figlio» con «responsabilità genitoriale sul figlio», ad opera del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154). Le Sezioni Unite si erano già occupate, in tempi relativamente recenti, del procedimento in questione: v. Cass. 28 settembre 2020, n. 20443, in *Fam. e dir.* 2021, 913, con nota di M. Ramajoli, *Ritiro del passaporto del genitore obbligato al mantenimento di figli minori a seguito della revoca dell'assenso dell'altro genitore*.

<sup>(11)</sup> I due provvedimenti sono allineati nel ritenere che il provvedimento è definitivo, «dal momento che contro lo stesso non sono previsti ulteriori mezzi di impugnazione». Si è evidenziato in dottrina che la nozione di definitività (come, d'altronde, quella di decisorietà) è ben lontana dal riproporsi sempre identica nella giurisprudenza della Corte. Se talvolta essa è ricondotta all'art. 324 c.p.c., e cioè all'immodificabilità del provvedimento, di talché non è mai definitivo il provvedimento modificabile e revocabile in ogni tempo, in altri casi – come nella pronuncia in esame – essa esprime la circostanza per cui avverso il provvedimento non sono esperibili ulteriori mezzi d'impugnazione, in altri ancora «la possibilità – in qualunque forma – di sottoporre la medesima situazione sostanziale (la medesima controversia) all'esame di altro giudice», eventualmente attraverso la riproposizione della domanda: v. R. Tiscini, *Il ricorso straordinario*, cit., 123 ss. L'a. collega la definitività all'idea che l'art. 111, comma 7°, Cost. funga da «norma di chiusura», per cui la garanzia del ricorso straordinario in tanto è attivabile, in quanto serva ad assicurare «che la medesima situazione sostanziale possa tornare ad essere decisa» (p. 129).

<sup>(12)</sup> In altri termini, il dubbio è se si tratti di un procedimento di volontaria giurisdizione, oppure di un procedimento contenzioso. Questa è infatti la *ratio* del diniego del

Così, per superare l'incertezza, l'ordinanza di rimessione invocava il concetto di «decisorietà di fatto»: veniva fatto constare che i diritti dei minori rischiano di essere definitivamente compromessi dal decorso del tempo<sup>(13)</sup>, sicché la possibilità di una «perdita definitiva» del diritto, di un «pregiudizio irrimediabile», avrebbe consigliato di ammettere il ricorso per cassazione.

Nell'ottica della sezione rimettente, affermare che il provvedimento è «di fatto» decisorio significa porre in risalto la circostanza che il tempo necessario a ottenere una nuova valutazione da parte del giudice di merito potrebbe compromettere definitivamente i diritti in gioco; prendere atto che – per le menzionate ragioni estrinseche<sup>(14)</sup> – il provvedimento in questione potrebbe regolare la situazione sostanziale nella sua intera durata e che perciò richieda l'estensione della garanzia dell'art. 111, comma 7°, Cost.

3. – Le Sezioni Unite ritengono il ricorso ammissibile, ma seguono un diverso percorso. Lo sforzo argomentativo è volto a superare il dato dell'art. 4, l. 21 novembre 1967, n. 1185, che riunisce i provvedimenti enun-

---

ricorso straordinario nella giurisprudenza di legittimità precedente a quella in esame: v. Cass. 23 ottobre 2015, n. 21667, che ha escluso la possibilità di convertire in ricorso straordinario per cassazione un regolamento di competenza proposto avverso tale provvedimento, configurandosi come provvedimento di volontaria giurisdizione «volto non già a dirimere con autorità di giudicato un conflitto tra diritti soggettivi dei genitori, ma a valutare la corrispondenza del mancato assenso di uno degli stessi all'interesse del figlio, e costituendo pertanto espressione di una forma gestoria dell'interesse del minore»; v. anche Cass. 14 maggio 2010, n. 11771 e le ulteriori pronunce richiamate nella sentenza delle Sezioni Unite.

<sup>(13)</sup> Rischio che è massimamente concreto quando il minore è prossimo al raggiungimento della maggiore età.

<sup>(14)</sup> Cioè – come anticipato *retro*, § 1 – non dipendenti dalla disciplina del procedimento e del provvedimento, ma da una serie di fattori ad essa estranei (su tutti, la durata dei giudizi).

Entrambe le ordinanze di rimessione – anche quella che sta all'origine dell'altra pronuncia qui annotata – mettono in evidenza (quando fanno riferimento al minore poco meno che maggiorenne) che la situazione sostanziale coinvolta è intrinsecamente a durata limitata (in quanto destinata a cessare con il raggiungimento della maggiore età), ciò che vale a rendere in molti casi il pregiudizio davvero «irreparabile»: v. anche nota precedente. Il riferimento al «pregiudizio irreparabile» non è nuovo nella storia del ricorso straordinario. Sebbene la giurisprudenza si sia poi assestata attorno al binomio definitività – decisorietà, all'inizio della vicenda dell'art. 111, comma 7° (al tempo comma 2°), Cost. – cioè, nella fondamentale sentenza Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2953 – al «pregiudizio irreparabile» era riconosciuto un posto di rilievo, vicino alla decisorietà («l'impugnazione, in generale, è disposta dalla legge quando il contenuto del provvedimento è tale che l'eventuale ingiustizia di esso importerebbe un pregiudizio irreparabile, ciò che si verifica nel caso di provvedimenti aventi contenuto decisorio»). Per riferimenti nella giurisprudenza successiva, v. R. Tiscini, *Il ricorso straordinario*, cit., 70, nota 249.

ciati dall'articolo precedente (tra cui, appunto, l'autorizzazione a conseguire il passaporto) sotto l'etichetta della volontaria giurisdizione<sup>(15)</sup>.

Vengono a tal fine valorizzate le modifiche recentemente apportate alla l. 21 novembre 1967, n. 1185, sebbene non applicabili nel caso concreto<sup>(16)</sup>.

Il nuovo art. 3-*bis*, l. n. 1185/1967 – e la contestuale abrogazione della lettera b) dell'art. 3, l. n. 1185/1967 – pongono a fondamento dell'inibizione del rilascio del passaporto il «concreto e attuale pericolo che a causa del trasferimento all'estero [il genitore avente prole minore] possa sottrarsi all'adempimento dei suoi obblighi verso i figli»<sup>(17)</sup>. Nella lettura della Corte, il procedimento è volto a risolvere il conflitto fra due diritti contrapposti: «la tutela del diritto del minore a ricevere dai genitori l'adempimento degli obblighi di mantenimento, istruzione, educazione e assistenza anche morale» e il diritto, garantito dall'art. 16, comma 2°, Cost.<sup>(18)</sup>, che spetta al genitore; conflitto che si compone attraverso il sindacato del giudice tutelare<sup>(19)</sup>. Non mera cura di interessi, dunque, bensì «vera

<sup>(15)</sup> È impossibile in questa sede far più d'un cenno all'imponente dibattito sulla natura della volontaria giurisdizione, fiorito nel torno di anni successivo all'entrata in vigore del codice (v., senza pretesa alcuna di completezza: G. Micheli, *Per una revisione della nozione di volontaria giurisdizione*, in questa *Rivista* 1947, 18; E. Allorio, *Saggio polemico sulla «giurisdizione volontaria»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1948, 487; E. Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, Padova 1953) ed è ulteriormente proseguito negli anni successivi, rinfocolato dall'impiego, da parte del legislatore, del procedimento camerale – forma tipica dei procedimenti giurisdizionali-volontari – in giudizi a carattere contenzioso (c.d. cameralizzazione del giudizio sui diritti, su cui v., per alcune indicazioni, *infra*). Per i necessari riferimenti, v. A. Cerino-Canova, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.* 1987, I, 431. In tutta la storia del ricorso straordinario, non s'è mai dubitato che la qualificazione di un provvedimento in termini di giurisdizione volontaria, valesse ad escludere l'impugnazione in sede di legittimità.

L'esclusione del ricorso straordinario avverso i provvedimenti di volontaria giurisdizione è supportata da numerosi argomenti, tra cui la loro modificabilità e revocabilità (art. 742 c.p.c.), nonché l'autorevolmente sostenuta tesi della necessaria correlazione tra giurisdizione contenziosa, giudicato e garanzia del ricorso straordinario per cassazione (oltre al già citato scritto di Cerino Canova, v. anche Id., *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2, Cost.)*, in *Riv. dir. civ.* 1977, 395). Recentemente in tema D. Turroni, *I procedimenti camerali «senza diritti»*, vol. I, *Le situazioni soggettive*, Torino 2018, *passim*; Id., *Ripensare il ricorso straordinario in cassazione*, in *Giur. it.* 2020, 2780 ss.

<sup>(16)</sup> V. *retro*, nota 7. È interessante notare che in questa sentenza – e non nell'altra qui annotata, Cass., sez. un., 25 luglio 2023, n. 22423 – si valorizza sul piano ermeneutico la normativa sopravvenuta e non applicabile *ratione temporis*.

<sup>(17)</sup> Peraltro, viene meno anche quella sorta di qualificazione legislativa contenuta nell'art. 4, l. n. 1185/1967: tale disposizione continua a riferirsi ai provvedimenti «di volontaria giurisdizione» previsti dall'art. 3, l. n. 1185/1967, tra i quali però non vi è più quello ora in esame, poiché esso è disciplinato dall'art. 3-*bis*, l. n. 1185/1967.

<sup>(18)</sup> «Salvi gli obblighi di legge».

<sup>(19)</sup> Il bilanciamento, aggiunge la Corte, non può condurre ad un definitivo sacrificio del diritto del genitore, dovendo perciò la limitazione alla libertà di circolazione tra gli Stati

definizione di un conflitto intersoggettivo»: a dire, cioè, che il procedimento ha natura contenziosa e non di giurisdizione volontaria; non carattere gestorio, ma decisorio<sup>(20)</sup>.

Quanto alla forma impiegata, quella camerale, la motivazione richiama i punti salienti di un dibattito dipanatosi nei decenni di esperienza del ricorso straordinario. L'opzione legislativa per il rito camerale non è sufficiente da sola a confinare il procedimento nell'area della volontaria giurisdizione: è risalente e nota, ancorché tutt'altro che condivisa, la vicenda della c.d. cameralizzazione del giudizio sui diritti<sup>(21)</sup>. Il legislatore – os-

essere sempre proporzionata alla contrapposta esigenza e perciò temporalmente contenuta. In questo senso è la pronuncia della Corte EDU, 2 dicembre 2014, Battista c. Italia, in *Foro it.* 2015, IV, 177, con nota di G. Sergio, *Verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale dei diritti personali e relazionali*, richiamata dalla Suprema Corte; e d'altra parte questo limite di durata della compressione del diritto del genitore è introiettato anche dalla nuova disciplina interna, perché l'art. 3-bis, l. n. 1185/1967 citato fissa in due anni la durata massima dell'inibitoria.

<sup>(20)</sup> Lo conferma anche, secondo la pronuncia in commento, la circostanza che l'art. 3-bis citato stabilisce che il giudice debba provvedere sulle spese con il provvedimento che definisce il giudizio: «anche simile previsione sottende difatti l'esistenza di un conflitto intersoggettivo per la necessità di assicurare, quanto al procedimento in questione, il contraddittorio tecnico tra parti contrapposte».

<sup>(21)</sup> Come noto, l'espressione sta ad indicare la tendenza legislativa, sempre presente ma fattasi nell'ultimo quarto del secolo scorso più evidente, a convogliare nelle forme del procedimento in camera di consiglio la tutela dei diritti, per renderla più rapida e semplice, così sottraendola al suo «luogo naturale», ovvero il processo ordinario di cognizione. Non è possibile richiamare tutti i fondamentali contributi sul tema – spesso in senso critico della tendenza legislativa – provenienti dalla dottrina; si rinvia, per tutti, a V. Denti, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 325; A. Cerino-Canova, *Per la chiarezza di idee*, cit.; E. Fazzalari, *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in questa *Rivista* 1988, 909; L.P. Comoglio, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in questa *Rivista* 1997, 719 ss.; C. Mandrioli, *C.d. «procedimenti camerali su diritti» e ricorso straordinario per cassazione*, in questa *Rivista* 1988, 921; L. Montesano, «Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in questa *Rivista* 1989, 915; L. Lanfranchi, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.* 1989, IV, 33, ora in Id., *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo e tutela dei diritti*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2011; A. Proto Pisani, *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.* 1990, 393; E. Grasso, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in questa *Rivista* 1990, 35. V., anche per un ricco quadro del contesto legislativo e giurisprudenziale in cui il dibattito è maturato, R. Tiscini, *Il ricorso straordinario*, cit., 405 ss.; D. Turroni, *I procedimenti camerali*, cit., spec. 59 ss. Specificamente, con riferimento ai procedimenti in cui sono coinvolti diritti soggettivi facenti capo a minori, per tutti e anche per i necessari riferimenti, B. Polisenò, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli 2017, 227 ss.; A. Proto Pisani, *La giurisdizionalizzazione dei processi minorili c.d. de potestate*, in *Foro it.* 2013, V, 71; F. Tommaso, *Giudizi camerali de potestate e giusto processo*, in *Fam e dir.* 2002, 229, in nota a Corte Cost. 30 gennaio 2002, n. 1. Un tentativo di porre un freno al fenomeno della cameralizzazione è avvenuto attraverso il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, di semplificazione dei riti civili, il quale ha sostituito i procedimenti già regolati dal rito camerale con il modello sommario di cognizione. L'esperienza successiva dimostra tuttavia come si sia trattato di un

serva la Corte – non può sottrarre un provvedimento a contenuto decisivo al controllo di legittimità, ma è libero di impiegare – nel rispetto delle garanzie del giusto processo – una forma diversa da quella del procedimento ordinario per dar luogo all'accertamento dei diritti.

Ricordato che la giurisdizione contenziosa «non è quella che si realizza (necessariamente) nel processo (ordinario o speciale) di cognizione, quanto piuttosto quella “che si esprime su una controversia, anche solo potenziale, fra parti contrapposte, chiamate (...) a confrontarsi in contraddittorio nel processo” (22)», appurato cioè che non vi è una correlazione univoca tra processo ordinario e contenziosità, si tratta di dar seguito – e verificarne l'adeguatezza al singolo caso – alla nozione di decisorietà che si confà ai procedimenti camerali.

Si tratta del giudicato *rebus sic stantibus*, categoria elaborata al fine di non sciogliere il legame tra giudicato, appunto, e ricorso straordinario (23): questa particolare stabilità – osserva la sentenza in commento – consistendo nella modificabilità «solo in forza del sopravvenire di circostanze nuove e diverse», è l'unica compatibile con i provvedimenti in parola (24).

tentativo dagli scarsi risultati, non mancando anche oggi giudizi contenziosi regolati nelle forme del procedimento in camera di consiglio.

(22) La frase riportata tra virgolette è tratta da Cass., sez. un., 27 dicembre 2016, n. 26989, sempre in materia di ricorso straordinario per cassazione.

(23) L'idea del giudicato *rebus sic stantibus* «si ricollega alla necessità di delineare la stabilità di talune pronunce che, in base al loro contenuto, sono particolarmente esposte ad eventi modificativi, e quindi di coordinare tale stabilità con i principi del giudicato sostanziale»: così R. Tiscini, *Il ricorso straordinario*, cit., 177. La categoria ha la funzione, nella giurisprudenza di legittimità, di spiegare l'ammissibilità – sotto il profilo della decisorietà, ma talvolta anche della definitività – del ricorso straordinario avverso i provvedimenti resi in camera di consiglio (malgrado, per così dire, l'art. 742 c.p.c. che ne consente la modifica e la revoca in ogni tempo), in quanto il nuovo intervento potrebbe essere giustificato soltanto da un fatto sopravvenuto. Parte della dottrina dubita della pregnanza della categoria, sia in sé – evidenziandosi che ogni giudicato, anche quello «pieno», cede di fronte ai fatti sopravvenuti – sia in relazione al problema del ricorso straordinario rispetto ai procedimenti camerali. Ciò in ragione del fatto che il richiamo alla disciplina camerale, quale forma di un procedimento, non comporta necessariamente l'applicazione di tutte le disposizioni di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. (dunque, può ben darsi un provvedimento reso in camera di consiglio non revocabile né modificabile in difetto di sopravvenienze); sicché, non essendo possibile rimettersi alla forma, occorre considerare piuttosto la «sostanza» e cioè la natura dell'interesse protetto: in questo senso, ancora, R. Tiscini, *op. loc. cit.* Il tema è particolarmente complesso; si rinvia pertanto, per i necessari riferimenti, all'*op. loc. ult. cit.* Più di recente, Ead., *Il giudicato «rebus sic stantibus» tra revocabilità e ricorso straordinario per cassazione*, in *Giust. civ.* 2018, 733.

(24) Una conferma di tale attitudine è individuata dalla Corte nell'art. 12, l. 21 novembre 1967, n. 1185, il quale consente il ritiro del passaporto – già in precedenza concesso – solo in presenza di circostanze sopravvenute che ne avrebbero legittimato il diniego; all'inverso, se l'autorizzazione è negata, potrà essere concessa in un momento successivo soltanto

Le Sezioni Unite, dunque, ammettono il ricorso per cassazione non già perché il provvedimento è decisorio «di fatto», ma perché esso incide, con attitudine al giudicato *rebus sic stantibus*, su diritti contrapposti nel contraddittorio tra le parti<sup>(25)</sup>. Si tratta, dunque, dell'impiego delle categorie consuete, applicate in continuità con il passato. Non si avverte la ragione di introdurre nuovi indici (quale è appunto la «decisorietà di fatto») cui collegare il ricorso straordinario, perché l'accesso alla garanzia è dischiuso direttamente dall'affermazione – questa sì, innovativa – che attraverso il provvedimento *de quo* è risolto un conflitto tra diritti.

4. – Quanto alla seconda vicenda, indicata *retro, sub (ii)*, questo il caso concreto: nel corso di un giudizio di divorzio, il Tribunale di Napoli aveva adottato alcuni provvedimenti disciplinanti la relazione genitori-minore; in particolare, sospendeva uno dei genitori dall'esercizio della responsabilità genitoriale, condannandolo anche al risarcimento del danno nei confronti dell'altro *ex art. 709-ter, comma 2°, n. 3, c.p.c.*<sup>(26)</sup>. Tale provvedimento veniva impugnato con ricorso per cassazione.

---

al sopravvenire di nuove circostanze (come l'avvenuto adempimento degli obblighi di legge, su cui è eventualmente fondato il primo diniego).

<sup>(25)</sup> La distinzione tra «decisione» e «incisione» sui diritti ha la funzione di estendere ulteriormente l'area di operatività della garanzia dell'art. 111, Comma 7°, Cost. (osserva V. Denti, *Norme sulla giurisdizione, Art. 111 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, IV, Bologna-Roma 1987, spec. 22, che la formula in questione potrebbe rispondere «proprio all'esigenza di estendere la garanzia costituzionale a provvedimenti che, pur essendo inidonei a dar luogo al giudicato, pregiudicano, sul piano dell'effettività, i diritti delle parti»).

La dottrina ha sottolineato l'impossibilità di tracciare un confine tra l'una e l'altra nozione, anche per la vaghezza della nozione di «incisione». In tema, v.: A. Cerino-Canova, *La garanzia costituzionale*, cit., 405 (ma anche gli scritti di Grasso, Mandrioli, Montesano, Proto Pisani citati in nota 21); R. Tiscini, *Il ricorso straordinario*, cit., (cui si rinvia anche per i riferimenti alla contigua nozione, di matrice dottrinale, di «giurisdizione di contenuto oggettivo») ove la constatazione che il concetto di «incisione» è inidoneo a fungere da criterio certo, si accompagna con quella secondo cui anche la decisorietà è in fondo uno schermo dietro il quale si intravede l'alta discrezionalità della Corte, da un lato, e la centralità dell'esame sulla natura della situazione sostanziale oggetto del provvedimento (l'a. evidenzia anche come l'impiego della nozione di incisione, da parte della Suprema Corte, abbia avuto un ruolo importante nel settore dell'esecuzione, individuale e concorsuale: v. 118 ss.; 471 ss., sulla vicenda del reclamo *ex art. 26 l. fall.*); D. Turrone, *I procedimenti camerali*, cit., 92 ss. e Id., *Ripensare il ricorso straordinario*, cit., ove considerazioni critiche attorno al concetto di «incisione» dei diritti, nel contesto di una più ampia proposta volta a superare la centralità riconosciuta al diritto soggettivo, quale (unica) situazione sostanziale rispetto alla quale occorra la garanzia del ricorso in sede di legittimità.

<sup>(26)</sup> Secondo la giurisprudenza di legittimità, è ammesso il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti *ex art. 709-ter c.p.c.* quando il giudice abbia condannato il genitore al risarcimento del danno ovvero abbia irrogato una sanzione pecuniaria nei suoi confronti:

Anche in questo caso la sezione semplice ha sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite per invertire il segno di un orientamento ben radicato, invocando l'impiego della nozione di «decisorietà di fatto» per il rischio che «possa determinarsi, per lo stesso fluire del tempo, una perdita definitiva o un pregiudizio irrimediabile»<sup>(27)</sup> del diritto del minore: i provvedimenti in questione – benché «destinati ad essere assorbiti dalla decisione finale», sono comunque «in grado di esplicitare i loro effetti per un arco temporale assai ampio senza possibilità alcuna di sottoporli ad una verifica giudiziaria»<sup>(28)</sup>. Pure la necessità di svolgere indagini complesse, si osserva, comporta il rischio che l'eventuale revisione del provvedimento intervenga troppo tardi, quando ormai la situazione sostanziale è stata lesa in modo irreparabile.

Si è esattamente osservato che nel caso in esame la «decisorietà di fatto» è chiamata in gioco per sopperire alla mancanza di definitività<sup>(29)</sup>; per vincere cioè la constatazione, finora ritenuta assorbente, che i decreti

---

così Cass. 8 agosto 2013, n. 18977 (orientamento affermato prima ancora che la giurisprudenza di legittimità ammettesse il ricorso per i provvedimenti definitivi *de potestate*, su cui v. *infra*).

In precedenza, Cass. 22 ottobre 2010, n. 21718, in questa *Rivista* 2011, 1537, con nota di F. Danovi, *Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art. 709-ter c.p.c.*, aveva escluso la possibilità di impugnare in sede di legittimità non soltanto i provvedimenti resi in forza della disposizione citata, comma 1° (attinenti all'esercizio della responsabilità genitoriale e alle modalità dell'affidamento), ma anche l'ammonimento ai sensi del comma 2°, n. 1. La diversità di regime è stata ribadita dalla sentenza delle Sezioni Unite ora in commento, la quale ha comunque dichiarato inammissibili i motivi volti a censurare il capo condannatorio al risarcimento, in quanto il ricorso è ammissibile soltanto nei confronti del provvedimento emesso in sede di reclamo. Sulle misure *ex art. 709-ter c.p.c.* e ricorso straordinario per cassazione, v. ampiamente R. Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709-ter c.p.c.*, Torino 2018, 253 ss.

<sup>(27)</sup> Sul pregiudizio irrimediabile, v. *retro*, nota 12. In relazione ai provvedimenti *de potestate*, v. R. Coletta, *Sulla definitività «liquida» nel ricorso straordinario avverso i provvedimenti de potestate*, in questa *Rivista* 2023, 239, spec. 253 ss.

<sup>(28)</sup> Uno spunto in tal senso in A. Proto Pisani, *Usi ed abusi*, cit., 430, nota 71, il quale – guardando con sfavore all'applicazione del procedimento camerale nella materia della responsabilità genitoriale (e in generale alla tutela dei diritti) – osserva che le eventuali illegittimità commesse nella fase dell'emanazione dei provvedimenti urgenti a tutela del minore «sono destinate infatti a influenzare anche in modo determinante o irreversibile il futuro interesse del minore, così che è ben possibile che nella fase garantista a cognizione piena si accerti che l'illegittimità o ingiustizia del provvedimento abbia concorso a determinare (se non determinato da sola) una evoluzione dell'interesse del minore che non rende più opportuno nello stesso interesse del minore ad es. il ripristino di rapporti significativi tra genitore e figlio»; sicché conclude che la garanzia essenziale nei procedimenti in parola è data «non tanto (o quanto meno non solo) dalla corretta disciplina del procedimento quanto dalla figura del giudice che è chiamato a provvedere».

<sup>(29)</sup> In questo senso R. Coletta, *Sulla definitività*, cit., 254.

emessi in via temporanea ed urgente sono sempre modificabili e revocabili, e destinati ad essere assorbiti nel provvedimento finale. Nella vicenda dell'autorizzazione al rilascio del passaporto, invece, essa era impiegata per colmare il difetto di decisorietà del provvedimento.

Emerge così il profilo di ambiguità della «decisorietà di fatto» cui si accennava *retro*, da cui consegue la difficoltà d'inquadramento sistematico e, ancor più a monte, definitoria. La nozione è vocata ad assegnare preminenza assoluta ed esclusiva alle modalità con cui concretamente avviene l'impatto con il caso della vita; passa in secondo piano la disciplina più schiettamente giuridica del (procedimento e del) provvedimento (in punto di forme, effetti, stabilità), che invece costituisce l'abituale oggetto della valutazione della Suprema Corte, quando si tratti di ammettere o negare il ricorso straordinario.

Per questa ragione, riconoscere la «decisorietà di fatto» non significa semplicemente estendere i confini dell'art. 111, comma 7°, Cost., ma mutarne in profondità i connotati ed aprire la strada verso la Cassazione, con ogni probabilità, ad altre categorie di provvedimenti<sup>(30)</sup>. Se è vero che questo concetto non ha (o, quantomeno, non ha ancora) quel nitore necessario ad ordinare attorno a sé la vastissima casistica che «spinge» sul ricorso straordinario, il rischio è che la decisione se ammetterlo o meno sia rimessa esclusivamente alla discrezionalità non controllabile della Corte.

5. – Ritornando ai provvedimenti *de potestate*, occorre richiamare gli sviluppi della giurisprudenza di legittimità in materia, che, da sempre particolarmente magmatica<sup>(31)</sup>, è stata percorsa negli ultimi anni da spinte evolutive (di cui l'ordinanza di rimessione è esempio e che sembrano essersi tradotte in diritto positivo con la riforma Cartabia).

L'orientamento tradizionale escludeva la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti limitativi o ablativi della potestà genitoriale, *ex artt.* 330, 332, 333 c.c., essendo privi dei caratteri della decisorietà e della definitività ed emessi in esito a procedimenti non contenziosi<sup>(32)</sup>. Si è

<sup>(30)</sup> Si è fatto riferimento ai provvedimenti *ex art.* 700 c.p.c. in materia di fine vita (v. R. Coletta, *Sulla definitività*, cit., 261, nota 71); in generale, verrebbero in considerazione tutti quei casi in cui per effetto della concessione o del diniego di un provvedimento d'urgenza (e eventuale sua attuazione) si determinerebbe una modifica nella realtà di fatto in alcun modo riparabile.

<sup>(31)</sup> Se l'orientamento storicamente prevalente è per la negativa, non sono mancate pronunce in senso contrario: v. ad es., Cass., sez. un., 9 gennaio 2001, n. 1, in *Fam. e dir.* 2001, con nota di M. G. Civinini.

<sup>(32)</sup> Per tutte, fra le moltissime, Cass., sez. un., 23 ottobre 1986, n. 6220, in *Foro it.*

più di recente assistito ad un ripensamento, dapprima ad opera di alcune pronunce della sezione semplice<sup>(33)</sup>, in seguito con l'autorità delle Sezioni

---

1987, I, 3278 (sentenza intervenuta a comporre un contrasto tra orientamenti contrapposti, ciò che dimostra il costante riproporsi della questione nella storia del ricorso straordinario); Cass., sez. un., 15 luglio 2003, n. 11026, in *Fam. e dir.* 2004, 168, con nota di Donzelli, *La tutela dei diritti processuali violati nei procedimenti ablativi e limitativi della potestà parentale*, e in *Corr. giur.* 2004, 1209, con nota (unitamente a Cass. 3 marzo 2003, n. 3073) di R. Tiscini, *Le Sezioni Unite restringono la decisorietà ex art. 111 Cost. alle statuizioni di consistenza sostanziale*, la quale ha ritenuto inammissibile il ricorso straordinario per cassazione anche se volto a far valere l'illegittimità della statuizione della corte d'appello che, investita del reclamo, ne abbia dichiarato l'inammissibilità. In questo caso, dunque, il problema esaminato dalla Corte è stato quello dell'ammissibilità del ricorso straordinario a tutela del diritto soggettivo processuale a ottenere il riesame dell'atto reclamato da parte di un giudice diverso; la sentenza dà seguito al di poco precedente arresto Cass., sez. un., 3 marzo 2003, n. 3073, che aveva risolto in senso negativo il dubbio sull'autonoma rilevanza, ai fini dell'art. 111, comma 7°, Cost., delle situazioni giuridiche di contenuto processuale, quando il provvedimento non sia decisorio sul piano del diritto sostanziale (sulla c.d. decisorietà in senso processuale, v. R. Tiscini, *Il ricorso straordinario*, cit., 158 ss.). La sentenza del 1986 (che si riferiva a provvedimento adottato ex art. 317-bis c.c., nel testo antecedente al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) – testualmente ripresa, in questa parte, da quella qui in commento – aveva precisato che l'idoneità del provvedimento a conseguire l'efficacia di giudicato non potesse essere valutata da indici quali la sua idoneità a decidere o incidere su diritti, incorrendosi altrimenti in una petizione di principio e sottolineando che proprio tale criterio aveva dato luogo a contrasti giurisprudenziali. Sicché prospettava alcuni indici «più puntuali, tratti dalla concreta regolamentazione della singola materia, per quel che concerne i principi fondamentali del processo contenzioso (domanda, contraddittorio e difesa, immutabilità sotto il profilo delle preclusioni)», ritenuti mancanti nei provvedimenti in esame. In dottrina, sulla difficoltà di inquadrare i procedimenti ex art. 330 ss. c.c. nella giurisdizione contenziosa o in quella volontaria, A. Proto Pisani, *Usi ed abusi*, cit., 410 ss., 427 ss. Dalla premessa che i procedimenti in camera di consiglio sono sempre inidonei al giudicato, l'a. deduce che la posizione soggettiva del genitore degrada, nei rapporti diretti con il figlio, da diritto assoluto a «ad una situazione debole che nulla ha più del diritto soggettivo»; la situazione che ne consegue, secondo Proto Pisani, «non è affatto tranquillizzante», anche perché il difetto di garanzie che caratterizza il procedimento ex art. 737 ss. non è colmato dalla possibilità di revoca o modifica del provvedimento.

<sup>(33)</sup> Cass. 29 gennaio 2016, n. 1743 e Cass. 29 gennaio 2016, n. 1746, in *Fam. e dir.* 2016, 1135, con nota di E. Ravot, *Responsabilità genitoriale e provvedimenti di potestà*; Cass. 21 novembre 2016, n. 23633, in *Fam. e dir.* 2017, 225, con nota di R. Donzelli, *Sulla natura decisoria dei provvedimenti in materia di abusi della responsabilità genitoriale: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, 560, con nota di A. Nascosi, *Ricorribilità per cassazione dei provvedimenti di potestà*; in *Giur. it.* 2017, 1343, con nota di D. Turrone, «And she opened the door and went in»: *la Cassazione apre alle misure di potestà*; Cass. 25 luglio 2018, n. 19780, in *Corr. giur.* 1586, con nota di F. Danovi, *Provvedimenti relativi a minori e garanzia del ricorso in Cassazione: un fronte (giustamente) sempre più aperto*. Va osservato che le due pronunce «inaugurali» del *revirement* – pur riconoscendo in astratto l'impugnabilità per cassazione dei provvedimenti di potestà – hanno dichiarato inammissibile il ricorso perché nel caso di specie esisteva «una vicenda processuale in primo grado non conclusa». In senso contrario, Cass., sez. un., 13 febbraio 2017, n. 3701, in *Fam. e dir.* con nota di R. Donzelli, *Provvedimenti di potestà e ricorso straordinario: le Sezioni Unite non risolvono tutti i dubbi*. In tema v. anche R. Tiscini,

Unite<sup>(34)</sup>). In tale occasione, il Supremo Collegio ebbe ad occuparsi dell'ammissibilità del ricorso avverso un decreto pronunciato dalla Corte d'appello, sezione per i minorenni, in un procedimento volto ad ottenere la dichiarazione di decadenza dalla responsabilità genitoriale di uno dei genitori.

Il *revirement*<sup>(35)</sup> – in un quadro sempre più consapevole del rango elevato e della natura «personalissima» delle situazioni soggettive coinvolte – si è fondato su plurimi argomenti. Tra questi, la mutata natura dei procedimenti in parola per effetto del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, per cui essi sono oggi «votati alla risoluzione di conflitti tra posizioni soggettive diverse», come dimostrano l'acquisizione della veste di parte in capo al minore, l'obbligo di suo ascolto e la prevista possibilità di nominare un curatore speciale<sup>(36)</sup>. Si è poi ravvisata l'incoerenza del regime d'impugnazione di provvedimenti aventi il medesimo contenuto sostanziale: il riferimento è alla modificazione delle condizioni di separazione e divorzio concernenti la prole (art. 9, comma 1°, l. div.; art. 710 c.p.c., abrogati dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) adottati sempre in esito a un procedimento camerale, i quali vengono ritenuti impugnabili in sede di legittimità<sup>(37)</sup>. La contraddizione sarebbe divenuta evidente anche per effetto dell'art. 38 disp. att. c.c. che stabiliva la competenza del tribunale

*I provvedimenti de potestate e la giurisprudenza della Corte di cassazione. Dalla protezione di interessi alla tutela dei diritti*, in *Judicium* 2019, 461 ss.

<sup>(34)</sup> Cass., sez. un., 13 dicembre 2018, n. 32359, in questa *Rivista* 2020, con nota di S. Tarricone, *Ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione contro i provvedimenti camerali sulla responsabilità genitoriale*.

<sup>(35)</sup> Che la dottrina ha condiviso, quantomeno nel suo esito: v. R. Donzelli, *Sulla natura decisoria*, cit., 227; F. Danovi, *Provvedimenti relativi a minori e garanzia*, cit.; A. Nascosi, *Ricorribilità per cassazione dei provvedimenti de potestate*, cit.; D. Turrone, «And she opened the door and went in», cit., in *Giur. it.* 2017, 1344.

<sup>(36)</sup> Né, ha osservato in quell'occasione la Suprema Corte, la constatazione che i procedimenti restano retti dal rito camerale può costituire di per sé ragione per escludere l'idoneità degli stessi al giudicato. L'argomento, come si è visto, è ripreso da Cass., sez. un., 24 luglio 2023, n. 22048. Sui temi indicati nel testo, v., *ex multis* A. Carratta, *I procedimenti sullo stato di adottabilità e de potestate dopo l'entrata in vigore della l. n. 149 del 2001: verso un «giusto» processo civile minorile*, in *Dir. fam.* 2010, 268, spec. 282 ss.; G. Ruffini, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam.* 2006, 1257; più recentemente B. Poliseo, *Profili di tutela del minore*, cit., *passim* e spec. 189 ss.; F. Danovi, *La giustizia minorile tra giurisdizione volontaria e contenziosa, riti e garanzie*, in *Giur. it.* 2020, 2809.

<sup>(37)</sup> Da ultimo, Cass. 7 maggio 2019, n. 12018 (nel procedimento *ex art.* 710 c.p.c.). In tema v. le considerazioni di D. Turrone, *I procedimenti camerali «senza diritti»*, cit., 103 ss.; R. Donzelli, *Sulla natura decisoria*, cit., 227 ss. Una ricostruzione degli orientamenti della Suprema Corte in R. Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori*, cit., 24 ss.; v. anche A. Nascosi, *La modifica delle condizioni di separazione, di divorzio e di scioglimento*

– in luogo del tribunale per i minorenni, ordinariamente competente – per l'adozione dei provvedimenti *de potestate* instaurati in pendenza del procedimento di separazione o divorzio<sup>(38)</sup>.

A ciò si è aggiunto che i provvedimenti *de quibus* godono di una certa stabilità: l'art. 742 c.p.c. – che pure afferma che i decreti possono essere revocati e modificati in qualsiasi tempo – deve leggersi, secondo la sentenza citata, nel senso che «la possibilità di operare modifiche e revoche» è riconosciuta «limitatamente alla valutazione di vizi di merito o di legittimità sopravvenuti, con esclusione di una rinnovata valutazione di circostanze o fatti preesistenti». Ciò vale a conferire al provvedimento «un'efficacia che assume valenza decisoria in ordine alla statuizione sostanziale esaminata, il che, sul piano processuale, comporta la possibilità di esperire il rimedio del ricorso straordinario». I provvedimenti in esame sono dotati di efficacia di giudicato *rebus sic stantibus*, sicché integrano l'essenziale presupposto della definitività.

Sul piano assiologico, il problema (comune, come si vedrà, alla questione risolta dalle Sezioni Unite in commento) consiste principalmente nell'individuare un punto di equilibrio tra due esigenze contrapposte: da un lato la necessità di evitare frequenti mutamenti, con effetti *ex tunc*, nel delicatissimo contesto dei rapporti familiari – ciò che fa propendere per la stabilizzazione del provvedimento giudiziale – dall'altro, l'opportunità che venga svolto un controllo costante da parte del giudice con conseguente potere d'aggiornamento delle misure (attraverso la revoca e la modifica del provvedimento)<sup>(39)</sup>.

delle unioni civili, in AA.VV. *Diritto processuale di famiglia*, a cura di Graziosi, Torino 2016, 189 ss.

<sup>(38)</sup> Per tutte, Cass. 26 gennaio 2015, n. 1349, in *Giur. it.* 2015, 1107, con nota di F. Tizi e in *Fam. e dir.* 2015, 653, con nota di G. Buffone. Su questo punto v. Nascosi, *Ricorribilità per cassazione dei provvedimenti de potestate*, cit.; F. Danovi, *Provvedimenti relativi a minori*, cit., spec. 1602. Sulla precedente formulazione dell'art. 38 disp. att. c.p.c., per tutti, F. Tommaseo, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in *Fam e dir.* 2013, 251 ss.; M.A. Lupoi, *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati avanti al tribunale ordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2013, 1289; B. Polisenò, *Profili di tutela del minore*, cit., 192 ss.; F. Danovi, *I confini delle competenze tra T.O. e T.M.: i possibili conflitti e la cassazione*, in *Fam. e dir.* 2021, 413. Sul nuovo testo, v. G. Alemanno, *Art. 38*, in *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023, 961; C. Cecchella, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, in questa *Rivista* 2023, 1090, spec. 1096 ss.; A. Conti, *L'art. 38 disp. att. c.c. ed i problemi applicativi posti da una norma in via di estinzione*, in *Dir. fam.* 2023, 879 ss.

<sup>(39)</sup> In tema D. Turrone, «And she opened the door and went in», cit., spec. 1348; A. Nascosi, *Ricorribilità per cassazione*, cit., spec. 563; R. Donzelli, *Sulla natura decisoria*, cit., 234; Id., *Sulla natura delle decisioni rese nell'interesse dei figli minori nei giudizi sull'affida-*

L'evoluzione giurisprudenziale sembrava non doversi arrestare. Successive pronunce hanno ammesso il ricorso straordinario contro i provvedimenti *de potestate* adottati «nell'ambito di un procedimento ancora in corso» e aventi natura temporanea e urgente, poiché eventualmente forieri di immediati effetti pregiudizievole su diritti personalissimi di rango costituzionale (sulla premessa dell'attitudine degli stessi a divenire definitivi, poiché modificabili e revocabili solo in presenza di fatti nuovi)<sup>(40)</sup>. Non dimeno, l'indirizzo opposto, attento a circoscrivere l'innovazione introdotta dalle Sezioni Unite del 2018 ai soli provvedimenti privi dei caratteri di urgenza e provvisorietà, continuava a riscuotere numerose adesioni<sup>(41)</sup>.

---

*mento condiviso e de potestate*, in questa *Rivista* 2019, 1067 e spec. 1083; F. Danovi, *Provvedimenti relativi a minori*, cit., spec. 1601.

<sup>(40)</sup> Cass. 17 aprile 2019, n. 10777, in *Giusto proc. civ.* 2020, 917, con nota favorevole di C. Cecchella, *Il giudice di legittimità apre all'impugnazione dei provvedimenti provvisori nelle controversie di famiglia e minorili*; l'a. sottolinea le insufficienze del sistema di rimedi avverso i provvedimenti provvisori adottati nella materia della crisi della famiglia e dei rapporti tra genitori e figli minori. V. anche Cass. 14 febbraio 2022, n. 4796, che ha ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione avverso un decreto della Corte d'appello determinativo delle modalità dell'affidamento, sulla base delle posizioni sostanziali incise – e dalla misura di tale incisione – dal provvedimento (nel caso di specie, il diritto del minore alla bigenitorialità); Cass. 4 gennaio 2022, n. 82, in *Fam. e dir.* 2022, 929, con nota di A. Frassinetti, *Sui provvedimenti provvisori de potestate: decisorietà e sistema delle garanzie*, che ha statuito su un ricorso per cassazione volto a far valere l'illegittimità della decisione della Corte d'appello, che aveva dichiarato inammissibile il reclamo avverso un decreto del Tribunale per i minorenni adottato «in via provvisoria e urgente».

<sup>(41)</sup> Così, ad esempio, Cass. 24 gennaio 2020, n. 1668, che ammette il ricorso per cassazione sul presupposto che il provvedimento impugnato, pur essendo stato pronunciato «in via non definitiva», non abbia carattere provvisorio ma autenticamente decisorio (sul punto, v. R. Donzelli, *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *www.judicium.it*, nota 12; sulle prassi dei tribunali dei minorenni, con effetti tali da ostacolare l'impugnazione di legittimità v. anche D. Turroni, «And she opened the door and went in», cit.); analogamente Cass. 19 maggio 2020, n. 9143, in *Fam. e dir.* 2021, 516, con nota di M. Genovese («non vi è infatti prova del carattere meramente provvisorio ed urgente del provvedimento, il quale, pur non avendo comportato la conclusione del procedimento innanzi al Giudice minorile, e non prevedendo comunque una soluzione definitiva, risulta idoneo ad incidere in modo tendenzialmente stabile sulle posizioni delle parti»); Cass. 16 dicembre 2020, n. 28724; Cass. 13 settembre 2021, n. 24638; Cass. 11 novembre 2021, n. 33609; Cass. 4 marzo 2022, n. 7266, a proposito di un decreto provvisorio pronunciato dal giudice istruttore nel corso di un giudizio di separazione; Cass. 24 marzo 2022, n. 9691, in *Fam. e dir.* 2022, 910, con nota di F. Danovi, che dichiara ammissibile il ricorso, almeno all'apparenza, sul presupposto che il provvedimento impugnato non possa «definirsi una misura cautelare» (dunque confermando l'idea della non ricorribilità dei provvedimenti provvisori), ma in quanto «incisivo – fino al punto di eliderlo – sul diritto personalissimo della responsabilità genitoriale» ed «emesso a distanza di circa sette anni dall'inizio del procedimento afferente all'affidamento del minore, a seguito di una vorticoso spirale di istanze, ricorsi e l'adozione di vari altri provvedimenti»; in *obiter* anche Cass. 5 aprile 2023, n. 9344.

6. – Questo il contesto in cui è scaturita l'ordinanza di rimessione. La decisorietà di fatto però non fa breccia nella ricostruzione delle Sezioni Unite. La sentenza in commento ribadisce che i provvedimenti provvisori ed urgenti sono revocabili e modificabili in ogni tempo e destinati comunque a confluire nel – o a essere sconfessati dal – provvedimento conclusivo del giudizio. Si afferma che il tribunale può «tornare sulle decisioni precedentemente assunte» «sia nel corso del giudizio sia nella sentenza, rivalutando diversamente i fatti preesistenti o valutando fatti e motivi sopravvenuti». Il che significa escluderne l'idoneità al giudicato *rebus sic stantibus*: «a provvedimenti temporanei (...) non è possibile attribuire la forza del giudicato, in mancanza di indicazioni normative che limitino l'ambito delle doglianze di parte e il *quomodo* dello *jus poenitendi* del giudice».

Sul piano dell'adeguatezza della soluzione, poi, ammettere il ricorso significherebbe assegnare ai provvedimenti provvisori una stabilità tale da impedire al giudice di modificare le misure, anche quando sia convinto «dell'errore commesso nella scelta delle misure adottate o semplicemente dell'opportunità di modificarle, rivalutando i fatti passati», cioè in assenza di fatti sopravvenuti: il che non risponde al preminente interesse del minore.

La pronuncia esplicita la preoccupazione che l'apertura al ricorso per cassazione nel caso di specie possa estendersi a macchia d'olio nella variegata famiglia dei provvedimenti temporanei *de potestate*: ciò inevitabilmente aggraverebbe il già pesante carico di lavoro della Corte.

Peraltro, l'argomento – invero non centrale nell'*iter* motivazionale della sentenza<sup>(42)</sup> –, è superato, *pro futuro*, dal nuovo art. 473-bis.24 c.p.c. (la pronuncia precisa che tale disposizione non può fornire spunti interpretativi rispetto alla legge previgente, trattandosi di uno *ius superveniens* schiettamente innovativo).

È opportuno dar conto, seppur brevemente, della disposizione appena richiamata.

7. – Le nuove norme sul procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie contengono anche una disciplina dei provvedimenti di carattere provvisorio o urgente: l'art. 473-bis.15 c.p.c. consente al presidente o al giudice delegato di assumere con decreto, «in caso di pregiu-

---

(42) Ma certamente rilevante nelle soluzioni, in tema di ammissibilità del ricorso straordinario, a cui perviene la Suprema Corte da qualche decennio: in tema v. R. Tiscini, *Ricorso straordinario in cassazione, evoluzioni giurisprudenziali, certezze e incertezze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 847 ss.

dizio imminente e irreparabile o quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione», i provvedimenti «necessari nell'interesse dei figli e, nei limiti delle domande da queste proposte, delle parti»; l'art. 473-bis.22 c.p.c. assegna al giudice – in esito all'udienza di comparizione, quando le parti non si concilino – il potere di adottare con ordinanza «i provvedimenti temporanei e urgenti che ritiene opportuni nell'interesse delle parti, nei limiti delle domande da queste proposte, e dei figli»; l'art. 473-bis.23 c.p.c. ne afferma la possibilità di modifica o revoca, da parte dello stesso giudice delegato e del collegio, in presenza di fatti sopravvenuti o nuovi accertamenti istruttori.

Per quanto attiene alle impugnazioni, l'art. 473-bis.24 stabilisce che: i provvedimenti «temporanei e urgenti» adottati a norma dell'art. 473-bis.22, comma 1°, c.p.c., sono reclamabili alla corte d'appello (comma 1°); parimenti reclamabili alla corte d'appello sono i provvedimenti «temporanei emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori» (comma 2°); l'ordinanza pronunciata in sede di reclamo, nei casi previsti dal comma 2°, è impugnabile con «ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione» (comma 5°).

La dottrina<sup>(43)</sup> che si è occupata di questo sottosistema normativo ne ha da subito evidenziato i molteplici profili di criticità<sup>(44)</sup>. Ci si limiterà,

(43) V. C. Cea, *Commento agli artt. 473-bis.15, 473-bis.22, 473-bis.23, 473-bis.24*, in AA. Vv. *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, a cura di R. Donzelli e G. Savi, Milano 2023, 130 ss., 177 ss., 189 ss.; 192 ss.; C. Cecchella, *Le nuove norme*, cit., 1113 ss.; R. Donzelli, *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) 2023; M.A. Lupoi, *Art. 473-bis.15; Art. 473-bis.22, Art. 473-bis.23, Art. 473-bis.24*, in *La riforma Cartabia*, cit., 804 ss.; 814 ss.; 817 ss.; 818 ss.; Id., *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, a cura di C. Cecchella, Torino 2023, 89 ss.; A. Graziosi, *Luci e ombre del nuovo processo di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023, 425, spec. 443 ss.; B. Polisenò, *Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in AA.Vv., *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, *Gli speciali*, *Foro it.* 4/2023, 335, spec. 363 ss.

(44) Ritiene il richiamo all'art. 111 Cost. «inesatto» R. Donzelli, *Il rompicapo*, cit., § 6; di «infelice formulazione tecnica» parla C. Cea, *Commento all'art. 473-bis.24*, cit., 205. Esprime perplessità A. Graziosi, *Luci e ombre*, cit., 444, poiché la disposizione vale ad introdurre un'ipotesi di ricorso straordinario avverso un provvedimento inidoneo al giudicato sostanziale. Sulla disposizione in questione, anche in relazione alla questione sollevata da Cass. 17 ottobre 2022 n. 30457, ord., v. G. Costantino, *Questioni di coordinamento tra il nuovo «procedimento unificato» e le altre forme di tutela giurisdizionale delle persone, dei minorenni e delle famiglie*, in questa *Rivista* 2023, 169 e spec. 193 ss.

dunque, a poche osservazioni attorno all'ultima disposizione richiamata, che è quella che in questa sede più interessa.

È appena il caso di notare la singolarità della formulazione: intanto il ricorso si considera straordinario – su questo punto è univoca la stessa giurisprudenza della Corte – in quanto il potere di impugnare in sede di legittimità si fonda sull'art. 111, comma 7°, della Costituzione; viceversa, quando il ricorso è consentito per legge, il ricorso è definito ordinario.

Neppure sembra percorribile l'idea che il legislatore, utilizzando questa formulazione, abbia voluto avallare l'orientamento (ben lontano dall'affermarsi e comunque) sconfessato dalle Sezioni Unite. In definitiva, l'art. 111, comma 7°, Cost., non disegna un rimedio diverso da quello ordinario; piuttosto estende l'ambito applicativo di questo oltre i confini individuati dal legislatore (ed eventualmente contro i limiti dallo stesso posti, secondo lo schema dell'applicazione diretta della disposizione in ragione della nozione sostanziale di sentenza elaborata dalla Corte): sicché sfugge il senso del riferimento alla disposizione costituzionale, piuttosto che all'art. 360 c.p.c. Ciò *a fortiori* in un momento in cui le differenze un tempo esistenti, relative ai motivi di ricorso, sono ormai superate<sup>(45)</sup>.

Ci si può interrogare sull'opportunità delle scelte del legislatore. Esse più che attribuire uno strumento efficace alle parti, sembrano ingessarne le modalità di reazione. In primo luogo, si impedisce al giudice di merito di apportare modifiche o revocare il provvedimento

---

<sup>(45)</sup> Il riferimento è alla lunga fase in cui la Corte, muovendo dall'espressione «violazione di legge» contenuta nell'art. 111, comma 7°, Cost., ha escluso che i ricorsi per cassazione ammessi ai sensi di tale disposizione potessero contenere censure della motivazione (art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.) del provvedimento impugnato (in tema, v. R. Tiscini, *Il ricorso straordinario*, cit., 377 ss.). Questo orientamento è stato consegnato alla storia dall'attuale comma 5° dell'art. 360 c.p.c., introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, per effetto del quale l'art. 360, comma 1°, c.p.c. si applica (cioè: sono esperibili tutti i motivi di ricorso) «alle sentenze ed ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge». Va pure ricordato che dopo l'ultima modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., la Corte (Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054, in questa *Rivista*, con nota di F. Porcelli) ha affermato che il controllo sulla motivazione in sede di legittimità resta consentito nei limiti del c.d. minimo costituzionale, ossia del sindacato imposto direttamente dalla Costituzione (e cioè nella misura in cui il vizio motivazionale integri la violazione di legge di cui parla l'art. 111, comma 7°, Cost.); la nozione di «minimo costituzionale» venne impiegata proprio nella giurisprudenza che aveva escluso, dai motivi di ricorso straordinario, quello di cui al n. 5 (Cass., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Corr. giur.* 1992, 751 ss., con nota di C. Mandrioli, su cui v. ampiamente R. Tiscini, *Il ricorso straordinario*, cit., 292 ss.).

in difetto di sopravvenienze (è ancora da scrivere l'interpretazione dell'art. 473-*bis*.23, che consente la modifica e la revoca in presenza di «nuovi accertamenti istruttori»<sup>(46)</sup>) e così di sottrarre il governo della situazione concreta al soggetto che vi è più prossimo: è questo un argomento fatto proprio, come detto, dalle stesse Sezioni Unite. In secondo luogo, l'impugnazione di legittimità non pare la sede più indicata a discutere dell'adeguatezza al caso concreto della regola stabilita dal giudice, involgendo tale valutazione profili di merito, come tali sottratti al sindacato della Corte (a maggior ragione oggi che il controllo della motivazione è fortemente limitato). Peraltro, il ricorso per cassazione – oltre ad intasare i ruoli di una Suprema Corte già congestionata – ha tempi non necessariamente brevi, sicché non è difficile immaginare che la pronuncia della Cassazione possa arrivare quando ormai la situazione di fatto è mutata e il provvedimento impugnato è superato dal trascorrere del tempo<sup>(47)</sup>.

8. – Per concludere. La nozione di «decisorietà di fatto» è costruita attorno al profilo dell'irreparabilità «materiale» del pregiudizio subito dall'interessato (il minore), dal punto di vista del rischio che ogni eventuale nuovo giudizio sulla situazione concreta arrivi troppo tardi (o, comunque, quando un lungo lasso di tempo è ormai trascorso). Esigenze, queste, che meritano certamente attenzione, ma che non pare trovino un'adeguata

---

<sup>(46)</sup> Cfr. G. Costantino, *Questioni di coordinamento*, cit., 196, il quale individua – quali possibili soluzioni al problema posto dall'ordinanza di rimessione – l'ampliamento, in alternativa, delle maglie del controllo di legittimità, o della modificabilità e revocabilità dei provvedimenti. Rispetto all'art. 473-*bis*.23 c.p.c. la stessa pronuncia delle Sezioni Unite prende posizione nel senso che sia consigliabile un'interpretazione estensiva laddove parla di «fatti sopravvenuti o nuovi accertamenti istruttori», in modo da consentire l'adozione di siffatti provvedimenti a «giudici di merito che, a contatto con le parti e a conoscenza dei fatti, sono in condizione di adottare le misure più idonee a fronteggiare le situazioni di crisi familiare nell'interesse preminente dei minori».

<sup>(47)</sup> V. G. Costantino, *op. cit.*, 197. Individua plurimi profili di criticità R. Donzelli, *Il rompicapo*, cit., § 8: a) inopportunità del controllo di legittimità «in un settore governato da valutazioni ampiamente discrezionali, ossia di puro merito», rispetto a decisioni provvisorie «ovvero quando la cognizione è nel suo farsi, cioè non è ancora definitiva»; b) difficili questioni interpretative aperte dal rapporto tra giudizio di merito e giudizio di legittimità; c) la considerazione, di portata più generale, che l'estensione del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti in questione derivi dalla errata «premessa (...) che si possa garantire nel nostro ordinamento la giustizia e la validità delle decisioni provvisorie in materia di responsabilità genitoriale mediante un sistema continuo di controlli e soprattutto mediante il ricorso per cassazione»; quanto al primo profilo, conf. R. Coletta, *Sulla definitività*, cit., 257 ss. Si è anche osservato che la previsione si pone in contrasto con l'obiettivo di ridurre il carico di lavoro della Suprema Corte: A. Graziosi, *Luci e ombre*, cit., 445.

soddisfazione nella possibilità di proporre il ricorso per cassazione. Sono condivisibili, dunque, da questo angolo visuale, le decisioni dalle Sezioni Unite qui in commento.

Sotto altro profilo, si deve constatare che i confini della richiamata nozione appaiono, allo stato, ancora sfuggenti: lo dimostra la circostanza – evidenziata *retro* – che, nelle vicende esaminate, essa avrebbe dovuto sopperire in un caso al difetto di decisorietà, nell'altro al difetto di definitività del provvedimento. Meglio, dunque, continuare ad operare con gli sperimentati strumenti consueti (definitività e decisorietà *tout court*), pur nella consapevolezza che anch'essi mostrano significative oscillazioni<sup>(48)</sup>.

Certo è che il ricorso straordinario mostra grande vitalità: i casi esaminati dimostrano come le parti e la stessa Suprema Corte percepiscano il rimedio quale fondamentale garanzia dei diritti dei singoli. E tale esso è, anche grazie alla giurisprudenza di legittimità che, da ormai settant'anni, ne governa l'ambito applicativo. Lo dimostra anche l'ultimo (poco persuasivo) intervento legislativo, che, con l'intento di garantire alle parti il controllo in sede di legittimità dei provvedimenti provvisori in materia di responsabilità genitoriale, li assoggetta a «ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione».

BIAGIO LIMONGI

*Assegnista di ricerca nell'Università Europea di Roma*

---

<sup>(48)</sup> Come forse si vede dalle stesse sentenze qui annotate. Basti pensare all'idoneità del provvedimento a produrre effetti di giudicato, la quale appare talvolta incapsulata nella «definitività», talaltra nella «decisorietà»: Cass., sez. un., 24 luglio 2023, n. 22048, collega il giudicato alla decisorietà: «rimanendo la decisorietà integrata dall'attitudine al decreto, così esitato, a un giudicato allo stato degli atti» (così al par. XVIII, punto *v*); mentre Cass., sez. un., 25 luglio 2023, n. 22423, fa discendere dalla carenza di idoneità al giudicato il deficit di definitività del provvedimento provvisorio: «non sono impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7°, della Costituzione, trattandosi di provvedimenti temporanei incidenti su diritti soggettivi (in tal senso decisorii) ma non definitivi, in quanto privi di attitudine al giudicato seppur *rebus sic stantibus*, essendo destinati ad essere assorbiti nella sentenza conclusiva del grado di giudizio e, comunque, revocabili e modificabili in ogni tempo per una nuova e diversa valutazione delle circostanze di fatto preesistenti o per il sopravvenire di nuove circostanze» (dal principio di diritto). Questo punto – cioè che l'idoneità al giudicato rifluisca talvolta nella decisorietà, talvolta nella definitività, al punto da mettere in dubbio la possibilità di tirare una linea di demarcazione tra l'una dall'altra – è stato chiaramente messo in luce dalla dottrina: R. Tiscini, *Il ricorso straordinario*, cit., 101 ss.; 123 ss.; 157 ss.; 239 ss.

## Postilla

È apprezzabile l'impegno di Biagio Limongi nel ricostruire l'intricata vicenda della ricorribilità per cassazione *ex art. 111, comma 7°, Cost.* dei provvedimenti di merito posti a tutela dei minori (in materia di responsabilità genitoriale non meno che di autorizzazione al rilascio del passaporto in presenza di figli). Dopo anni di stabilità della giurisprudenza nel senso dell'inammissibilità del rimedio (sul presupposto dell'assenza di decisorietà, essendo quei provvedimenti volti a tutelare il preminente interesse del minore piuttosto che un diritto tra parti contrapposte in condizioni equiparate), negli ultimi tempi le esigenze sono mutate. In principio, la soluzione reputata migliore proprio a tutela del minore (nonché tutto sommato preferibile per la Corte di cassazione, in quanto restrittiva rispetto al carico di contenzioso) era quella che rendeva tali provvedimenti sempre rivedibili dal giudice che li aveva emessi, e perciò sottratti alla stabilità del giudicato. Solo in un secondo momento essa si è fatta recessiva a favore dell'opzione opposta, volta ad ammettere il ricorso in cassazione, con conseguente attitudine dei provvedimenti impugnati a diventare irremovibili (se non in virtù di sopravvenienze).

Varie le ragioni che hanno condotto all'inversione di rotta, ragioni afferenti sia al diritto sostanziale sia alle regole sul processo. Quanto al primo, basti pensare alle incisive novità che hanno interessato il diritto di famiglia. È la nozione stessa di famiglia ad essere profondamente diversa da quella di un tempo (non più agganciata al vincolo di coniugio), potendo l'individuo, nel rapporto di coppia, autodeterminarsi alla condizione che sia assicurata parità di trattamento a tutti i membri che vi appartengono. In questo mutato contesto, resta ferma la primaria esigenza di non pregiudicare il minore, perciò oggetto principale dell'interesse normativo.

Molteplici le conseguenze sul processo, chiamato a tutelare il minore anche più di quanto assicurino le relazioni sostanziali, essendo egli la «parte vulnerabile» del rapporto. Subentra così la «funzione sociale» della tutela giurisdizionale, nel senso che le dinamiche giudiziali – nell'assicurare parità di condizioni – devono ristabilire l'equilibrio che i rapporti di diritto sostanziale non garantiscono. È la storia della tutela giurisdizionale differenziata che vide nascere il processo del lavoro (con parte debole il lavoratore) e, non meno, quella della giustizia contrattualizzata (che talora affiora nel nostro ordinamento ed è, invece, una costante altrove nel contesto europeo), in cui assicurare equilibrio tra le parti è compito conse-

gnato ad un accordo trilatero tra parti stesse e giudice nel gestire le regole del singolo processo (soggetto debole oggi in voga è il consumatore).

Il procedimento unitario di persone, minorenni e famiglie (introdotto dalla riforma Cartabia, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) conferma il *trend* verso la funzione sociale del sistema giustizia (stavolta, come fu per le controversie laburistiche, attraverso la costruzione di un procedimento *ad hoc*). Tante sono le disposizioni a protezione del minore leggibili tra le pieghe degli artt. 473-*bis* ss. c.p.c.; esigenza, questa, che, non diversamente, deve (o dovrebbe) guidare pure nell'interpretare la nutrita giurisprudenza che in materia non esita a fare e disfare.

Le due sentenze annotate si collocano sulla scia, seppure prospettando soluzioni tra loro opposte. È difficile prendere posizione in una vicenda così intricata e ricca di implicazioni. Provo allora ad aggiungere qualche breve riflessione a quelle già ben documentate di Biagio Limongi.

Quanto a Cass., sez. un., 24 luglio 2023, n. 22048, che ammette il ricorso avverso i provvedimenti in materia di rilascio del passaporto, sarebbe stato difficile giungere ad una conclusione diversa da quella condivisa dalle Sezioni Unite. Al di là dei tanti sforzi ermeneutici per rivestire il provvedimento censurato dei canoni della decisorietà e della definitività (*condicio sine qua non* del ricorso straordinario), quelli in esame sono provvedimenti «sulla libertà personale» e quindi in quanto tali di pieno diritto rientranti nella portata immediatamente precettiva dell'art. 111, comma 7°, Cost. Si sa che i provvedimenti sulla libertà personale trovano terreno fertile nel processo penale, ma nulla esclude che essi possano talora individuarsi pure nel contenzioso civile.

Quanto a Cass. 25 luglio 2023, n. 22423, la scelta delle Sezioni Unite va in controtendenza rispetto agli atteggiamenti dalla stessa Corte manifestati negli ultimi tempi. Si nega oggi l'accesso in cassazione avverso i provvedimenti *de potestate* proprio rinnegando le moderne letture intorno alla c.d. decisorietà di fatto che tanto hanno indotto a sperare in un allargamento nelle maglie del ricorso straordinario. Un bene o un male?

Nell'interesse della Corte – per porre un freno all'accesso – senz'altro un bene (non posso nascondere il sospetto che sia proprio questo uno dei motivi che al fondo hanno condotto alla scelta, come tante volte è accaduto in passato). E nell'interesse del minore? Potrebbe pensarsi che sia a suo vantaggio la soluzione (contraria) che, concedendo il rimedio, assicura potenziale stabilità alle relative decisioni. In realtà, resto convinta che lo strumento di legittimità in certe situazioni non sia il rimedio più adatto, offrendo esso una tutela massima sotto il profilo nomofilattico, ma che si rivela arma spuntata nel caso concreto. Assicurare il ricorso per cassazione

significa agganciare il provvedimento ad una potenziale immutabilità, con conseguente rinuncia a renderlo revocabile e modificabile in ogni tempo.

Vale la pena domandarsi se sia questo un esito da auspicare ovvero se sia meglio accordare al giudice di merito il potere di valutare di volta in volta le esigenze – con una indagine piena in punto di fatto – per vagliare le circostanze e proteggere con più immediatezza gli interessi del minore. Al cospetto della decisorietà (e dell'attitudine al giudicato) quello del minore è un «diritto» che si contrappone al diritto dei genitori (in condizioni di parità). Negando stabilità al medesimo provvedimento, il presupposto è che non ci siano diritti sottostanti, ma che dominino un mero interesse, l'unico da prendere in considerazione e dunque da far prevalere. Che sia questo il modo migliore per tutelare la posizione del minore è quanto meno ipotesi da considerare.

Per non dire, poi – come ben evidenzia Biagio Limongi – che quelli oggetto della pronuncia annotata sono provvedimenti temporanei e urgenti, resi in via provvisoria e la cui natura *lato sensu* cautelare rende assai più difficile immaginarne una compatibilità con le categorie del giudicato e della stabilità degli effetti (seppure, anche sotto questo profilo, la giurisprudenza ha mostrato più di una apertura elaborando proprio la nozione di «decisorietà di fatto» che ora rinnegano le Sezioni Unite). D'altra parte, a ben vedere, i provvedimenti sulla responsabilità genitoriale e quelli in generale che vedono coinvolto il minore sono per definizione connotati da una celerità che, quand'anche non cautelare, giustifica l'immediatezza nelle risposte di giustizia oltre che la più frequente mutevolezza nelle circostanze di fatto (ragione che ha condotto alla costruzione del c.d. giudicato *rebus sic stantibus*).

Un'ultima considerazione intorno al nuovo procedimento di persone, minorenni e famiglie, al cospetto del ricorso straordinario in cassazione.

L'art. 473-*bis*.23 c.p.c. stabilisce che «contro i provvedimenti temporanei e urgenti di cui al comma 1° dell'articolo 473-*bis*.22 si può proporre reclamo con ricorso alla corte di appello» (comma 1°), e che «avverso i provvedimenti di reclamo pronunciati nei casi di cui al comma 2° è ammesso ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione» (comma 5°). L'«imprecisione terminologica» – laddove si rinvia al precetto costituzionale – non ben si addice ad un legislatore che tanto coraggio ha mostrato nell'affrontare una volta per tutte (con soluzioni apprezzabili sotto vari profili) l'esigenza di uniformare la molteplicità dei riti in materia di minori e famiglia.

Non ha senso richiamare l'art. 111, comma 7°, Cost. per etichettare un ricorso per cassazione, che resta lo stesso quale che sia la fonte normativa

di riferimento. In effetti, pur essendo un rimedio unico (ed essendo la distinzione tra «ordinario» e «straordinario» identificativa solo del diverso provvedimento censurabile), qualche decennio fa l'etichetta avrebbe avuto ragione nelle differenze di regime, soprattutto sotto il profilo del controllo sul vizio di motivazione. Oggi (dopo l'aggiunta dell'ultimo comma art. 360 c.p.c., nonché dopo le riforme legislative e gli arresti giurisprudenziali intorno all'art. 360, n. 5, c.p.c.), tale distinguo è venuto meno, sicché le due facce dell'unica medaglia (ricorso ordinario e straordinario) sono finite per sovrapporsi.

Stona non poco, d'altra parte, il fatto che una legge ordinaria evochi una disposizione costituzionale – quand'anche immediatamente precettiva – la cui unica funzione è assicurare il rimedio di legittimità proprio quando la legge nulla dice in proposito (laddove è previsto espressamente, il ricorso per cassazione è ordinario e rientra in pieno nell'art. 360 c.p.c.).

Il fatto è che l'art. 111, comma 7°, Cost. narra la vicenda di un istituto che negli anni si è rivelato il punto di equilibrio tra i poteri dello Stato. Nonostante sia precetto costituzionale nato, nelle intenzioni del Costituente, per tutt'altri fini, di esso si è appropriata da subito la Corte di cassazione rendendola disposizione immediatamente precettiva che ha come destinataria la Corte stessa piuttosto che il legislatore (norma da quest'ultima direttamente applicata nell'ammettere o negare il ricorso, e non parametro per il controllo di conformità a Costituzione della legge ordinaria). Così ha vissuto per più di settant'anni, fungendo da strumento nelle mani del potere giudiziario per colmare le lacune della legge ordinaria (laddove non prevede un apposito rimedio impugnatorio avverso provvedimenti decisori). A voler dare un senso all'ultima novella, si può allora immaginare un tentativo del potere legislativo di riappropriarsene, una volta acquisita consapevolezza dello «scippo» compiuto dalla Corte di cassazione (all'epoca ancora non operante la Corte costituzionale) nel renderla regola immediatamente precettiva. Forse oggi, attraverso il richiamo all'art. 111, comma 7°, Cost., si vuole sottrarre alla Corte stessa il potere di ammettere/non ammettere il ricorso straordinario a propria discrezione, agganciando l'accesso al controllo di legittimità ad una espressa previsione normativa. Chissà se l'intento auspicato sarà raggiunto... le vie della nomofilachia sono infinite.

ROBERTA TISCINI

*Professore ordinario nell'Università di Roma «La Sapienza»*

## PANORAMI

---

### OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE (PROCESSO CIVILE: 1° OTTOBRE – 31 DICEMBRE 2023) <sup>(1)</sup>

SOMMARIO: 1. Norme investite da ordinanze di rimessione giunte alla Corte. – 2. Norme, di cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale.

1. – Sono giunte alla Corte ordinanze di rimessione aventi ad oggetto le seguenti norme:

– art. 142, comma 2°, del Codice della crisi, per come applicabile nell'ambito della liquidazione controllata del sovraindebitato disciplinata dagli artt. 268 ss. del medesimo Codice della crisi, nella parte in cui, similmente a quanto previsto dall'art. 14-*undecies* della legge n. 3/2012, non prevede un limite temporale all'acquisizione di beni sopravvenuti all'apertura della procedura concorsuale, per violazione degli articoli 3 e 24 Cost. (Trib. Arezzo 8 agosto 2023, in *Gazz. uff.* 4 ottobre 2023, n. 40);

– art. 171-*bis* c.p.c., nella parte in cui la nuova norma risulta aver anticipato le verifiche su una serie di presupposti processuali, che nel rito previgente, ai sensi dell'art. 183 c.p.c., avvenivano per la prima volta all'udienza di prima comparizione delle parti, ad un arco temporale di quindici giorni decorrente dalla scadenza del termine per la costituzione in giudizio del convenuto, per violazione degli artt. 76, 77, 3 e 24 Cost. (Trib. Verona 23 settembre 2023, in *Gazz. uff.* 22 novembre 2023, n. 47).

2. – Con sentenza n. 202 del 24 ottobre – 10 novembre 2023 (*Gazz. uff.* 15 novembre 2023, n. 46) la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., degli artt. 669-*quaterdecies* e 695 c.p.c., nella parte in cui, nella loro combinazione, tali norme non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza di cui all'art. 696-*bis*. La sentenza della Corte deve essere intesa quale sentenza interpretativa additiva, in quanto la Corte ha dichiarato l'illegittimità delle norme denunciate nella parte in cui tali norme *non dicono qualcosa*: ciò significa che, da oggi in poi, anche i provvedimenti di rigetto dell'istanza di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. saranno reclamabili.

---

<sup>(1)</sup> Questa rubrica tiene conto delle Gazzette Ufficiali pubblicate nel periodo indicato, salve deroghe eccezionali.

Con sentenza n. 222 dell'8 novembre – 21 dicembre 2023 (*Gazz. uff.* 27 dicembre 2023, n. 52) la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, sempre per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 696-*bis*, comma 1°, c.p.c., nella parte in cui tale norma non prevede che l'espletamento della consulenza tecnica in via preventiva possa essere richiesto ai fini dell'accertamento e della determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione, oltre che di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito, anche di obbligazioni derivanti da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico. Anche tale sentenza deve quindi essere intesa quale sentenza interpretativa additiva, in quanto anche in questo caso la Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma denunciata nella parte in cui tale norma *non dice qualcosa*: ciò significa che, da oggi in poi, l'art. 696-*bis*, comma 1°, c.p.c. andrà letto come se, nel primo periodo, dopo le parole «da fatto illecito» fosse previsto anche «o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrli in conformità dell'ordinamento giuridico».

NICCOLÒ NISIVOCIA  
*Avvocato in Milano*

## OSSERVATORIO SULLA CASSAZIONE CIVILE

SOMMARIO: 1. Azione di mero accertamento negativo. Interesse ad agire – 2. Regolamento preventivo di giurisdizione – 3. Litisconsorzio necessario – 4. Notificazioni – 5. Nullità processuali. Notifica del titolo esecutivo. – 6. Udiienza cartolare – 7. Procedimento di correzione dell'errore materiale. Spese giudiziali – 8. Ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione – 9. Giudizio di cassazione – 10. Mediazione e conciliazione – 11. Separazione e divorzio.

1. – La sentenza Cass. civ., sez. V, 30 ottobre 2023, n. 30119, Pres. Doronzo, Rel. Patti, indaga il tema dell'ammissibilità dell'azione di mero accertamento negativo di crediti di natura retributiva, in relazione al quale l'orientamento della giurisprudenza appare ondivago. Pur inserendosi in un sostrato giurisprudenziale ormai denso, specie se rapportato al tema dell'azione preventiva tesa all'accertamento della (il)legittimità del licenziamento (in senso negativo v. Cass. civ., sez. lav., 30 giugno 2014, n. 14756, Pres. Roselli, Rel. Venuti, mentre in senso favorevole v. Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2012, n. 7096, Pres. De Luca, Rel. Arienzo), la sentenza affronta un caso classico, nel quale l'azione di mero accertamento negativo era stata proposta dal datore di lavoro a fronte di alcune diffide emesse dall'Ispettorato Territoriale del Lavoro ai sensi del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124 (le quali, notoriamente, hanno efficacia di titolo esecutivo stragiudiziale), cui non era tuttavia seguita alcuna azione esecutiva. L'assunto da cui muove il ragionamento della Suprema Corte è che il datore di lavoro, non potendo proporre opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c. in mancanza di notifica del precetto, avrebbe un unico rimedio per opporsi alla pretesa stragiudiziale dei lavoratori, ossia l'azione di mero accertamento. Nel propugnare la soluzione positiva, la Corte richiama quei precedenti giurisprudenziali che ammettono la sussistenza di un valido interesse a fare accertare l'inesistenza o l'inefficacia del titolo esecutivo per sottrarsi in futuro all'esecuzione forzata promossa dal creditore (Cass., sez. III, 4 agosto 2016, n. 16281, in *Riv. es. forz.* 2017, 344 ss., con nota di D. Micali, *(Ri)qualificazione della domanda di opposizione e impugnazione. Note a margine di un rinnovato diniego dell'opposizione all'esecuzione (e agli atti) prima della notifica del precetto*, che ha ammesso la proposizione di un'azione di mero accertamento negativo mirante ad accertare l'inesistenza di un titolo esecutivo, nella fattispecie, una sentenza a cui era stata erroneamente apposta la formula esecutiva), nonché quella giurisprudenza tributaria che qualifica come mero accertamento l'azione con cui il contribuente contesta l'assenza o l'invalidità della notifica della cartella di pagamento, avendo appreso dell'esistenza del debito dalla mera consulta-

zione dell'estratto di ruolo (Cass., sez. un., 6 settembre 2022, n. 26283, Pres. Curzio, Rel. Perrino, in *Riv. es. forz.* 2023, 51 ss., con nota di G. Caltabiano, *Per le Sezioni Unite è superata la tutela immediata dell'estratto di ruolo*; Cass., sez. lav., 12 novembre 2019, n. 29294). La tesi dell'ammissibilità è giustificata con il richiamo al principio di effettività della tutela giurisdizionale, secondo una linea interpretativa autorevolmente sostenuta in dottrina (A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, 620 ss.). Pertanto, la sentenza conferma l'orientamento positivo che ammette l'azione di mero accertamento negativo allorquando sussista un interesse concreto ad ottenere un risultato utile, non conseguibile se non tramite l'intervento giudiziale, al fine di rimuovere il pregiudizievole stato di incertezza sull'(in)esistenza di un determinato rapporto giuridico (Cass., sez. I, 30 luglio 2015, n. 16162, Pres. Rodorf, Rel. Lamorgese, e per quanto concerne il mero accertamento positivo Cass., sez. II, 26 maggio 2008, n. 13556, Pres. Vella, Rel. Mazzacane).

2. – In tema di regolamento preventivo di giurisdizione, si segnala l'ordinanza Cass. civ., sez. un., 31 ottobre 2023, n. 30331, Pres. D'Ascola, Rel. Scarpa, che ha escluso la proponibilità dell'istanza nel corso del giudizio di opposizione di terzo ordinaria proposta avverso una decisione del Commissario regionale per la liquidazione degli usi civici per il Lazio, l'Umbria e la Toscana, sul presupposto che la causa fosse stata già decisa nel merito. Recuperando un principio affermato dalla Suprema Corte in una risalente pronuncia (Cass. civ., sez. un., 19 novembre 1979, n. 6023, in *Giust. civ.* 1980, I, 2243, con nota di P. Sandulli, *In tema di opposizione di terzo ordinaria e di verifica della giurisdizione*), confermato da Cass. civ., sez. un., 5 maggio 1980, n. 2920 con riferimento all'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c., la Corte ribadisce la natura strettamente preventiva del rimedio (in dottrina, L. Montesano, *Sul regolamento di giurisdizione*, in *Foro it.* 1950, I, 883) il quale presuppone la pendenza del processo di primo grado come intrinseco requisito di ammissibilità, rimanendo precluso nei giudizi impugnatori, siano essi ordinari o straordinari e sebbene a contraddittorio non integro (in quest'ultimo senso, Cass. civ., sez. un., 10 maggio 2006, n. 10704, Pres. Carbone, Rel. Preden). La decisione, che sposa l'orientamento tradizionale, non convince nella misura in cui il giudicato formatosi *inter alios* sulla questione relativa alla giurisdizione, vincoli anche il terzo che non abbia rivestito la qualità di parte nel processo di primo grado. Trattandosi di un rilievo già evidenziato dalla Suprema Corte (Cass. civ., sez. un., 20 marzo 2018, n. 6929, Pres. Mammone, Rel. De Stefano), non sarebbe peregrino ipotizzare un futuro *overruling* che, lungi

dal trasformare l'istituto di cui all'art. 41 c.p.c. da rimedio preventivo in mezzo di gravame come talora suggerito in dottrina (A. Proto Pisani, *Problemi e prospettive in tema di (di regolamenti) di giurisdizione e competenza*, in *Foro it.* 1984, V, 103), consenta la proponibilità del regolamento anche al terzo *post rem iudicatam*, il quale, anziché instaurare un autonomo giudizio di cognizione, proponga opposizione ordinaria poiché pregiudicato in via di fatto dalla statuizione resa *inter alios*, considerando la causa non ancora decisa nel merito nei suoi confronti. Tale soluzione sarebbe però avversata non solo da un'interpretazione letterale dell'art. 41 c.p.c., bensì dall'attuale disposto dell'art. 37 c.p.c., (pur quando riferibile solo alle impugnazioni ordinarie) in base al quale il difetto di giurisdizione può essere rilevato nei giudizi di impugnazione solo se oggetto di specifico motivo, a meno di ritenere drasticamente che l'opposizione di terzo vada degradata da mezzo di gravame ad azione di accertamento autonoma (cfr. E. Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, 101 ss.). Infine, la soluzione prospettata è coerente con i limiti temporali predicati dalla giurisprudenza con riferimento ad altri giudizi impugnatori, come l'impugnazione di nullità del lodo *ex art.* 828 c.p.c. (Cass. civ., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, Pres. Vella, Rel. Olla, in *Corriere giur.* 2001, 51 ss., con nota di G. Ruffini, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?* conformemente a E. Garbagnati, *In tema di regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento arbitrale*, in *Foro pad.* 1956, I, 686).

3. – In materia di servitù coattiva, l'ordinanza interlocutoria Cass. civ., sez. II, 23 novembre 2023, n. 32528, Pres. Mocci, Rel. Carrato, getta le basi per una rivalutazione dell'orientamento della Suprema Corte sulle conseguenze derivanti dalla mancata evocazione in giudizio di uno o più titolari dei fondi serventi nell'azione di passaggio coattivo *ex art.* 1051 c.c. La questione ruota attorno ai presupposti del litisconsorzio necessario nelle azioni costitutive, su cui esistono in dottrina molteplici opinioni (per una panoramica generale, v. G. Costantino, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli 1979, 321 ss., spec. nota 112). L'orientamento recente, di impostazione decisamente restrittiva, è rappresentato nell'arresto Cass. civ., sez. un., 22 aprile 2013, n. 9685, in *Foro it.* 2013, I, 2512, con nota di A. Palmieri, secondo cui nell'azione *ex art.* 1051 c.c., non essendo i singoli proprietari serventi legati da un rapporto unico plurisoggettivo, non si verterebbe in una fattispecie di litisconsorzio necessario, con la conseguenza che la mancata evocazione degli stessi al momento della citazione in giudizio integrerebbe un vizio di merito della domanda. In epoca precedente, tuttavia, si erano formati orientamenti di

segno diverso: quello più risalente e antico (*ex multis* Cass., 29 febbraio 1944, n. 137; Cass., 6 febbraio 1946, n. 104) negava fermamente la necessità del litisconsorzio necessario; un indirizzo mediano, corrispondente a Cass., sez. II, 25 maggio 1983, n. 3601, invece, sosteneva che la domanda promossa *inter pauciores* non sarebbe stata meritevole di rigetto né bisognosa di integrazione del contraddittorio, atteso che l'attore avrebbe potuto regolare i rapporti con i titolari dei fondi serventi (non evocati in giudizio) con singoli accordi o domande separate. L'orientamento avallato dalla dottrina (G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1965, rist., 1082-1084, G. Costantino, *op. cit.*, 242-243) esemplificato da Cass., sez. un., 3 febbraio 1989, n. 670, in *Giust. civ.* 1989, I, 430, valorizzando il concetto chiovendiano di sentenza *inutiliter data*, sosteneva invece la necessità del litisconsorzio necessario nei confronti di tutti i proprietari dei fondi serventi. Un'altra prospettiva, rinvenibile in Cass., sez. II, 12 marzo 1984, n. 1701, in *Giur. it.* 1984, I, c. 1121, con nota adesiva di N. Trocker, *Pregiudizialità e giudizio con pluralità di parti nell'azione di passaggio coattivo ex art. 1051 c.c.*, individuava nella chiamata *iussu iudicis ex art. 107 c.p.c.* lo strumento adatto per consentire l'estensione del giudizio ai terzi assenti. L'orientamento invalso della giurisprudenza, prima dell'*overruling* avvenuto nel 2013, fondava la necessità del litisconsorzio necessario sulla peculiarità del rapporto sussistente tra proprietari confinanti nel caso di interclusione del fondo: trattandosi di un'*utilitas* peculiare, consistente nell'accesso alla via pubblica, sarebbe stato (eccezionalmente) configurabile un rapporto sostanziale unico (ancorché comune a più soggetti) tale da giustificare l'integrazione del contraddittorio. Sottoponendo a critica l'arresto del 2013, l'ordinanza interlocutoria perviene ai medesimi risultati della giurisprudenza antecedente attraverso un ragionamento *a contrario*: non potendosi configurare nell'ordinamento un fenomeno di servitù parziale, l'utile esperimento della domanda *ex art. 1051 c.c.* potrebbe essere ottenuto solo con la partecipazione di tutti i proprietari nel giudizio costitutivo. Peraltro, la Corte evidenzia un ulteriore profilo determinante, ossia che, in mancanza di litisconsorzio necessario, non sarebbe possibile per il giudice scrutinare i presupposti stabiliti dall'art. 1051 c.c. per la concessione del passaggio coattivo, come ad esempio la presenza, lungo il percorso, di impedimenti alla servitù.

4. – L'ordinanza interlocutoria Cass. civ., sez. III, 21 novembre 2023, n. 32287, Pres. De Stefano, Rel. Saja, interviene sull'annosa questione relativa al perfezionamento della notifica a mezzo PEC restituita con messaggio di mancata consegna per casella piena del destinatario. Nella giurisprudenza della Suprema Corte, più volte intervenuta sul punto (si vedano

Cass., VI-3, ord. 5 febbraio 2020, n. 2755, Pres. Frasca, Rel. Porreca e Cass., sez. VI, 15 dicembre 2016, n. 25968, Pres. Amendola, Rel. Frasca, segnalata da V. Giugliano nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2017, 874 ss.), si registrano due orientamenti non proprio univoci. Il primo, più rigoroso, nel quale si annoverano numerose pronunce (tra cui Cass., sez. III, 11 febbraio 2020, n. 3164, Pres. Frasca, Rel. Giannitti), predica una sostanziale equivalenza tra il messaggio di mancata ricezione e l'avvenuta consegna, concludendo per il perfezionamento della notifica anche in caso di malfunzionamento o saturazione della casella PEC del destinatario (per questa soluzione L. Durello, *La notificazione a mezzo posta elettronica certificata da parte dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.* 2017, 1239 ss.). Tale impostazione, basata sull'equiparazione tra la normativa in materia di comunicazioni di cancelleria, art. 16, comma 6°, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, e quella relativa alle notifiche degli avvocati *ex art. 3-bis*, l. 21 gennaio 1994, n. 53, considera la notificazione eseguita con il conseguimento della mera disponibilità dell'atto in capo al destinatario (sia esso in cancelleria o presso la casella PEC). Questa tesi muove dall'esistenza di un onere, espressamente codificato dall'art. 20, comma 5°, d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, di provvedere all'aggiornamento della casella di posta elettronica certificata, anche al fine di arginare condotte ostruzionistiche o abusive nei confronti dei soggetti notificanti. Il secondo indirizzo, inaugurato da Cass., sez. III, 20 dicembre 2021, n. 40758, Pres. Vivaldi, Rel. Porreca, sostiene invece che, in caso di mancata notifica per fatto imputabile al destinatario, non verrebbe meno l'onere del mittente di eseguire la notifica nelle forme tradizionali presso il domicilio eventualmente eletto dal destinatario (in questo senso F. Porcelli, *Le comunicazioni e le notificazioni*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, Milano 2019, 425 ss.; C. Mancuso, *Le notificazioni in proprio a mezzo PEC*, in questa *Rivista* 2022, 605). La pronuncia si segnala poiché, nel tentativo di sottoporre a critica entrambe le posizioni, e pur aderendo all'orientamento secondo cui la lettera dell'art. 3-bis, comma 3°, l. 21 gennaio 1994, n. 53 cristallizza il momento del perfezionamento della notifica (solo) al momento della generazione del messaggio di avvenuta consegna (M. Farina, *Il perfezionamento della notificazione a mezzo PEC ai sensi dell'art. 3-bis l. 53/1994 in caso di mancata consegna per causa imputabile al destinatario*, in *Il Processo* 2019, 482), ritiene logicamente impossibile differenziare l'individuazione del momento di perfezionamento della notifica telematica a seconda che il destinatario abbia o meno eletto un domicilio fisico alternativo.

5. – Si segnala Cass. civ., sez. III, 26 settembre 2023, n. 27424, Pres. Est. De Stefano, resa in relazione a un procedimento di opposizione agli atti esecutivi nel quale era stata contestata dal debitore la mancata notifica del titolo esecutivo poiché eseguita da un concreditore (non legato da vincolo di solidarietà attiva) diverso da quello che aveva poi avviato l'azione esecutiva mediante la notifica del precetto. La fattispecie, già esaminata dalla Suprema Corte *a fortiori* nei casi di notifica del precetto da parte di un concreditore solidale (Cass. civ., sez. VI-III, 9 novembre 2021, n. 32838, Pres. Amendola, Rel. Tatangelo, in *Riv. es. forz.* 2022, 271) suscita interesse per l'articolato ragionamento sulla rilevanza delle nullità processuali attraverso cui il collegio perviene all'accoglimento dell'opposizione proposta dal debitore. Se in generale la visione della giurisprudenza (Cass., sez. I, 9 aprile 2008, n. 9169, in *Foro it.* 2009, I, 1187 ss.; Cass., sez. II, 27 novembre 2017, n. 28229; Cass., sez. I, 5 maggio 2022, n. 14207) e della dottrina (su tutti, S. Chiarloni, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 569 ss.) condivide l'assunto secondo cui la violazione di norme processuali non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma il diritto di difesa dei litiganti, sicché è onere della parte che invochi la presenza di una causa di nullità dell'atto processuale specificare il pregiudizio che da questa ne sarebbe derivato, secondo la commentata pronunzia tale onere verrebbe meno nei casi di c.d. «pregiudizio autoevidente». In linea con il noto arresto Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, Pres. Curzio, Rel. Terrusi (in *Giur. it.* 2023, 1310 ss., con nota di F. Fradeani, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*), sulla nullità della sentenza emessa prima della scadenza dei termini *ex art.* 190 c.p.c., nella quale Suprema Corte aveva eccezionalmente ammesso che la parte potesse essere esonerata dall'indicazione dello specifico pregiudizio subito, tale direttrice viene esportata nel processo esecutivo, tenendo conto della funzionalità del contraddittorio esplicantesi in questa fase procedimentale rispetto alla fruttuosità dell'azione esecutiva, ove nei casi talmente (auto) evidenti (tra cui rientrerebbe, *ex professo*, la fattispecie della notifica eseguita a un debitore diverso o da un creditore diverso da quello che poi, promuove o subisce l'esecuzione), non sarebbe postulabile né un'efficacia sanante dell'opposizione tempestivamente proposta, contrariamente all'indirizzo invalso della giurisprudenza (Cass., sez. III, 6 luglio 2006, n. 15378, Pres. Vittoria, Rel. Trifone), né un onere in capo all'opponente di dimostrare il pregiudizio subito.

6. – Intervenendo su alcune questioni riscontrate durante la pandemia da Covid-19, e segnatamente sull'istituto dell'«udienza cartolare» ai sensi

del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, art. 221, comma 4°, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77, la sentenza Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2023, n. 32827, Pres. Mocci, Rel. Scarpa, ha chiarito che il termine per il deposito delle note scritte per le udienze virtuali fissate in costanza della legislazione emergenziale è da ritenersi meramente ordinatorio, ragion per cui l'inoservanza non determina né il rinvio dell'udienza *ex art. 181 c.p.c.* né, in caso di doppia diserzione bilaterale, l'estinzione del processo. Effettuando un raffronto con la diversa disciplina contenuta nel nuovo art. 127-ter c.p.c., ove il legislatore *expressis verbis* ricollega al deposito fuori termine le conseguenze tipiche della mancata comparizione, la Corte perviene a fissare il principio per cui, per le note redatte in costanza della normativa emergenziale, il tardivo deposito, purché effettuato entro la data di udienza, non può essere equiparato al mancato deposito delle stesse. La Corte, accogliendo i rilievi di una parte della dottrina (A. Panzarola, M. Farina, *A proposito di alcune conseguenze dell'emergenza pandemica sul giudizio civile*, in *Il Processo* 2020, 828 ss.) che già, *sub Julio*, aveva evidenziato l'impossibilità di ritenere perentorio il termine fissato dalla normativa emergenziale stante l'assenza di un'esplicita previsione del legislatore ai sensi dell'art. 152, comma 2°, c.p.c., sconfessa una parte della giurisprudenza di merito (si veda, App. Napoli, 3 ottobre 2023, n. 4163, ma *contra* Cass., sez. VI, 24 maggio 2022, n. 16797, Pres. Lombardo, Rel. Scarpa, secondo cui il termine per la riassunzione in caso di interruzione del processo per morte della parte costituita decorre dal giorno del deposito delle note scritte in cui è contenuta la dichiarazione) che aveva invece sostenuto un'asserita equivalenza tra tardivo ed omesso deposito, spostando inammissibilmente la data di udienza al giorno di scadenza stabilito dal giudice, ancorché non perentorio.

7. – L'ordinanza interlocutoria Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2023, n. 27681, Pres. Travaglino, Rel. Spaziani, si interroga sulla configurabilità della condanna alle spese nel procedimento di correzione dell'errore materiale. L'orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza, sul classico presupposto che il procedimento di correzione abbia natura amministrativa, è nel senso di escludere qualsiasi statuizione sulle spese di lite, mancando una parte «soccumbente in senso proprio» (*ex multis* Cass., sez. VI, 22 giugno 2020, n. 12184, Pres. D'Ascola, Rel. Falaschi). L'ordinanza, uniformandosi invece all'isolata pronuncia Cass. civ., sez. I, 5 luglio 2019, n. 18221, Pres. Genovese, Rel. Nazzicone, sposa l'orientamento minoritario secondo cui, ove la parte non ricorrente si costituisca, resistendo all'istanza di correzione, il giudice deve provvedere alla liquidazione delle spese di lite, configurandosi una situazione tecnica di soccombenza. Prin-

cipiando dall'acclarata crisi della dogmatica distinzione tra giurisdizione contenziosa e volontaria, l'ordinanza riconduce l'essenza della condanna alle spese al contrasto tra interessi che le parti adducono in contraddittorio all'interno di qualsiasi giudizio (anche camerale). L'opportunità di estendere le norme sulla condanna alle spese ai procedimenti non contenziosi (come quelli, ad esempio, di volontaria giurisdizione) era già stata perorata in dottrina (F. Cordopatri, voce *Spese giudiziali*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, 360, nota 395). Escludendo il procedimento di correzione dal novero dei procedimenti non giurisdizionali, il Collegio, nel trasmettere gli atti al Primo Presidente al fine di valutare l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, rivaluta il concetto di soccombenza nell'ottica del contrasto di interessi tra le parti, subordinando la liquidazione delle spese *ex art.* 91 c.p.c. alla circostanza che il resistente si opponga alla richiesta di correzione della controparte.

8. – Di grande interesse è Cass. civ., sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559, Pres. D'Ascola, Rel. Lamorgese, la quale, intervenendo sulla delicata vicenda della compatibilità della proroga delle concessioni balneari con il diritto europeo, affronta il controverso tema dei limiti di impugnazione *ex art.* 111, comma 8°, Cost. Il ricorso traeva origine dalla declaratoria di inammissibilità dell'intervento di alcuni enti esponenziali nel giudizio dinanzi all'Adunanza Plenaria chiamata a pronunciare principi di diritto su questioni di massima importanza deferite dal Presidente del Consiglio di Stato. Nel contestare la decisione dell'A.P., i ricorrenti censuravano, in sintesi, l'illegittimo diniego di giurisdizione per aver il massimo consesso dichiarato inammissibili gli interventi senza scrutinare le finalità statutarie e la meritevolezza degli interessi sottesi. Premessa la legittimazione ad impugnare da parte dell'interventore adesivo dipendente ove il gravame sia limitato alle questioni relative all'intervento (Cass., sez. un., 17 aprile 2012, n. 5992, Pres. Vittoria, Rel. Cappabianca e con riferimento all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, Cass., sez. un., 29 novembre 2019, n. 31266, Pres. Mammone, Rel. Crucitti), il primo profilo affrontato dalla pronuncia attiene all'impugnabilità o meno delle sentenze dell'Adunanza Plenaria rese nell'esercizio della funzione nomofilattica. Il superamento del precedente negativo espresso in Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27842, in *Foro it.* 2020, I, 246, secondo cui non sarebbero impugnabili le pronunce dell'A.P. contenenti principi di diritto in quanto prive di forza decisoria, viene condotto attraverso l'adesione a quell'opzione ermeneutica che interpreta la nozione di sentenza di cui all'art. 111 Cost. in senso formale (si veda, a tal proposito, Cass., sez. un., 25 luglio 2023, n. 22423, mentre per l'orientamento tradizionale sulla

nozione di sentenza in senso sostanziale, *ex multis* Cass., sez. I, 19 settembre 2023, n. 26794, Pres. Cristiano, Rel. Crolla). L'aspetto più rilevante della pronuncia attiene però al quesito se la censura relativa all'inammissibilità dell'intervento postuli un mero *error in procedendo* estraneo al sindacato delle Sezioni Unite, oppure un motivo di giurisdizione di cui all'art. 111, comma 8°, Cost. Per rispondere positivamente, la Suprema Corte effettua una accurata analisi della posizione soggettiva del terzo interveniente, raffigurandolo come interesse legittimo meritevole di tutela giurisdizionale, sicché «*la questione concernente la configurabilità o meno di un interesse (legittimo) suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo integra un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice*». Chiarito ciò, la aprioristica e astratta negazione della titolarità in capo agli enti intervenienti di posizioni soggettive differenziate, deliberata senza uno scrutinio concreto sulla giustiziabilità dell'interesse legittimo vantato, integra un diniego o rifiuto di giurisdizione censurabile ai sensi dell'art. 111, comma 8°, Cost. L'approdo allarga le maglie di quei «*motivi inerenti alla giurisdizione*» il cui campo di applicazione è stato sempre incerto sia in dottrina che in giurisprudenza (si vedano, ad esempio Cass. civ., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2012, 258, par. 3, a cura di V. Bertoldi; Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 736, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2012, 826 par. 1, a cura di M. Gradi). La pronuncia, inoltre, rappresenta una velata reazione alla recente *querelle* tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato sul caso *Randstad* (A. Carratta, G. Costantino, G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598, in *Questione giustizia* 2020) circa l'esatta portata del precetto costituzionale, sfociata poi a seguito di rinvio pregiudiziale operato dalla S.C. nella sentenza della grande sezione della Corte di Giustizia (C. Giust., Grande Sez., 21 dicembre 2021, C-497/2020, in questa *Rivista* 2022, 687 ss., con nota di A. Briguglio, *Fra Sezioni unite e Consiglio di Stato la Corte di Giustizia pronuncia «nell'interesse della legge»*) la quale, tuttavia, non ha avallato l'indirizzo evolutivo propugnato dalla Suprema Corte. L'estensione del controllo della S.C. verso il c.d. «*arretramento di giurisdizione*», in virtù di una fiorente giurisprudenza euro-unitaria che da sempre considera la garanzia dell'*access to justice* primaria (*ex multis* C. dir. uomo, 25 febbraio 1986, in c. 8793/79, *James*) si colloca nel solco delle perplessità espresse dall'ordinanza di rimessione Cass. civ., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598, Pres. Mammone, Rel. Lamorgese, in *Corriere giur.* 2021, 162 ss., con nota di M. Clarich, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel «dialogo» tra**

le Corti supreme, superando la tralozia impostazione sui limiti estrinseci del sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato (risalenti a C. Cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Giur. it.* 2018, 704 ss., con nota di M. Mazzamuto, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*). L'approdo, così inteso, consente un controllo da parte della Suprema Corte (non pervasivo stante l'equiordinazione tra Istituzioni ma) sui casi di *non liquet* o di diniego ad un «ricorso effettivo» rispetto ad un giudizio, come quello amministrativo, caratterizzato da un equilibrio non sempre paritario tra pubblica amministrazione e privato (per ulteriori e complete osservazioni, si rinvia all'analisi di G. Verde, *Il riparto delle giurisdizioni fondato sulla contrapposizione diritti soggettivi – interessi legittimi (storia di concetti a cui si è data la sostanza di «cose»)*, in questa *Rivista* 2023, 358 ss.). A conclusioni analoghe, è *medio tempore* pervenuta anche Cass. civ., sez. un., 9 gennaio 2024, n. 786, Pres. D'Ascola, Rel. Lamorgese, su un caso sostanzialmente identico riguardante un ricorso promosso da altro terzo contro la medesima pronuncia dell'A.P.

9. – Con riferimento al giudizio di cassazione, vanno innanzitutto segnalate due pronunce concernenti il procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati di cui all'art. 380-*bis* c.p.c., introdotto dalla riforma Cartabia. Il profilo più stimolante di questa nuova disposizione inerisce alla paventata incompatibilità tra consigliere delegato alla formulazione della «sintetica proposta» di definizione e relatore nel collegio decidente insediato su istanza del ricorrente. Il decreto della Prima Presidente, Cass., 19 settembre 2023, n. 28260, intervenendo su un caso pendente dinanzi alla seconda sezione in cui era stato nominato consigliere lo stesso magistrato che aveva formulato la proposta di definizione, nell'investire le Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma 2°, stante la massima importanza della questione, ha posto ufficialmente il problema. La tesi della compatibilità muove dal presupposto che non sarebbe configurabile alcun pregiudizio alla terzietà dell'estensore, poiché la decisione finale sarebbe comunque collegiale, ed anzi la continuità del medesimo giudice all'interno del consesso risponderebbe ad un principio di economia endoprocessuale. La tesi dell'incompatibilità, invece, pone l'accento sulla postulata parzialità del giudice che abbia già maturato un convincimento sulla questione rimessa al Collegio. L'attualità e la rilevanza del problema hanno da subito incentivato il dibattito tra gli interpreti; è stato allora osservato che la «sintetica proposta» prevista dalla norma mascheri in realtà una vera e propria anticipazione di giudizio, basata su una pre-cognizione della causa potenzialmente pre-concetta rispetto alla decisione che dovrà adottare il Collegio (sul

punto A. Graziosi, *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e sulla revocazione*, in questa *Rivista* 2023, 678-679, B. Capponi, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento «accelerato»*, in *Il Processo* 2023, 319-320). La proposta, poi, non sarebbe nemmeno paragonabile all'«opinamento» del procedimento camerale dinanzi all'abrogata sesta sezione, poiché la propaggine procedimentale prevista nel nuovo art. 380-*bis* c.p.c. avrebbe a tutti gli effetti i connotati di un nuovo giudizio (R. Tiscini, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite*, in *judicium.it*). A riguardo, deve segnalarsi come la scelta del riformatore per i nuovi modelli procedimentali strutturati in fasi o gradi (come, ad esempio, in caso di reclamo avverso le ordinanze anticipatorie *ex artt.* 183-*ter* e 183-*quater* c.p.c.) sia stata quella dell'incompatibilità. Pertanto, è stato affermato che la norma potrà esporsi a non improbabili censure di legittimità costituzionale, considerando anche il rischio di una responsabilità *ex art.* 96 c.p.c. a carico del ricorrente che chiedi la decisione (A. Graziosi, *op. cit.*, 680).

Sempre in tema di procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi manifestamente inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati, l'ordinanza Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2023, n. 27195, Pres. De Chiara, Est. Criscuolo, analizza i profili relativi alla condanna per responsabilità processuale aggravata *ex art.* 96, comma 3° e 4°, c.p.c., prevista dall'ultimo comma dell'art. 380-*bis* c.p.c. La norma, ritenuta applicabile anche ai giudizi introdotti con ricorso notificato successivamente al 1° gennaio 2023 stante il disposto dell'art. 35, comma 6°, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, codificherebbe una nuova ipotesi di abuso del processo da iscrivere nel generale divieto di lite temeraria, fondata su una valutazione legale tipica, ossia la conformità tra la proposta di rigetto e la decisione finale. Viene quindi confermato quanto prefigurato in dottrina (C. Besso, *Le modifiche al giudizio di Cassazione*, in *Giur. it.* 2023, 478), ossia che la condanna per responsabilità aggravata consegue automaticamente alla decisione conforme, senza alcuna discrezionalità da parte del Collegio. Benché recente, la pronuncia si inserisce in un filone giurisprudenziale (conformemente Cass., sez. un., 27 settembre 2023, n. 27433, Pres. De Chiara, Rel. Orilia; Cass., sez. un., 13 ottobre 2023, n. 28540, Pres. Travaglino, Rel. Giusti) destinato a consolidarsi in senso restrittivo, svincolando sempre di più la condanna *ex art.* 96 c.p.c. dal presupposto della soccombenza (si veda Cass., sez. III, 4 ottobre 2023, n. 27947, Pres. Frasca, Rel. Iannello). In prospettiva, è possibile immaginare che questo nuovo interessamento alla nozione di abuso del processo avvalorerà quelle tesi dottrinali (G.

Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, in questa *Rivista* 2012, 1450 ss., spec. 1467 ss.) che sostenevano la tassatività delle fattispecie di abuso al fine di ricavare ipotesi testuali di responsabilità processuale aggravata stabilite *ex ante* dal legislatore (come quella, secondo l'annotata pronuncia, contenuta nell'art. 380-*bis* c.p.c.).

Merita, infine, di essere segnalata Cass. civ., sez. un., 20 novembre 2023, n. 32091, Pres. Virgilio, Rel. Iannello, in relazione ad alcuni profili applicativi del principio contraddittorio nel giudizio di legittimità. Nel caso di specie, il controricorrente aveva eccepito con memoria *ex art. 380-bis.1* c.p.c. la tardività della notifica del ricorso per cassazione; il ricorrente chiedeva quindi l'assegnazione di un termine per replicare alla nuova eccezione. Il rigetto della richiesta veniva motivato dalla Suprema Corte con un'affermazione di discutibile approvazione: le norme concernenti la tempestività del ricorso non legittimerebbero l'istaurazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 384 c.p.c. in quanto facilmente prevedibili con l'uso dell'ordinaria diligenza. L'elemento dirimente di tale postulato viene individuato nella circostanza che la questione della tardività del ricorso non possa considerarsi come «sviluppo inatteso» del processo tale da integrare una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU (*ex multis* C. dir. uomo, 29 giugno 2023, in c. 49058/2020, Ben Amamou c. Italia). Affermando il principio di diritto secondo cui il dovere di provocare il contraddittorio *ex art. 384*, comma 3°, c.p.c. non sussiste allorché vengano in gioco questioni officiose afferenti alla tempestività del ricorso, sulla scorta anche di Cass., sez. I, 28 aprile 2023, n. 11269, Pres. De Chiara, Rel. Nazzicone, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 101, comma 2°, c.p.c., allorché sia rilevata la tardività di un'eccezione, la sentenza, corroborando un orientamento ormai maggioritario, alimenta un ordito poco aderente allo spirito della norma ed al rispetto delle garanzie individuali dei litiganti, in base al quale nella sfera applicativa del rilievo officioso non rientrerebbero le questioni processuali (*ex multis* Cass., sez. VI, 4 marzo 2019, n. 6218, Pres. Iacobellis, Rel. Conti), rinnegando consolidate tesi dottrinali che avevano sostenuto la necessità di preservare la garanzia del contraddittorio anche per le questioni di mero rito (l'opinione più risalente era quella di V. Denti, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in questa *Rivista* 1968, 217 ss., spec. 231, ma più recentemente M. Gradi, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, in questa *Rivista* 2010, 826 ss.). Infine, molteplici dubbi pone la surrettizia inferenza creata dalla Corte tra novità della questione e prevedibilità della stessa, giacché solo la prima, a rigore dell'art. 384 c.p.c., costituisce il presupposto per la piena operatività della garanzia del contraddittorio.

10. – Con riferimento alla mediazione delle controversie civili e commerciali, si segnala Cass. civ., sez. II, 10 ottobre 2023, n. 28695, Pres. Mocchi, Rel. Scarpa, la quale si sofferma sulla questione di particolare importanza relativa alla applicabilità della mediazione nel giudizio di merito instaurato a seguito dell'emanazione di provvedimenti cautelari a strumentalità necessaria. Nonostante il tema non sia stato ampiamente sviluppato in giurisprudenza (si veda però Trib. Brindisi, 9 gennaio 2022, con nota di I. Trevisan, *La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi ante causam: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative*, in *Judicium.it*), la pronuncia, a seguito di rimessione in pubblica udienza con ordinanza interlocutoria (Cass., sez. II, 21 marzo 2023, n. 8409, Pres. Lombardo, Rel. Trapuzzano), si esprime a favore della soluzione positiva circa la necessità della preventiva instaurazione della mediazione nei giudizi di merito introdotti dopo la concessione di un sequestro *ante causam* (ed invero, sarebbe irragionevole e anticostituzionale una surrettizia differenziazione tipologica tra i procedimenti soggetti a mediazione obbligatoria), tentando di dipanare i due aspetti maggiormente problematici: *a*) come coniugare il termine perentorio per l'avvio del giudizio di merito con la durata legale della procedura di mediazione, pari a tre mesi; *b*) quali conseguenze scaturiscano dall'accoglimento dell'eccezione di improcedibilità della domanda per mancato esperimento della mediazione, specialmente in grado di appello. Sulla questione *sub a*), la Corte, aderendo alla tesi della Procura Generale, richiama il disposto dell'art. 5, comma 6°, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 *ratione temporis* applicabile, secondo cui la comunicazione della domanda di mediazione impedisce la decadenza per una sola volta con effetto interruttivo/sospensivo. In tal senso, la sentenza perviene al medesimo risultato della dottrina (R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Torino 2011, 164) secondo cui, una volta avviata la procedura alternativa, il *dies a quo* per l'introduzione del giudizio di merito andrebbe computato dal deposito del verbale negativo di mediazione. Non è mancato tuttavia chi abbia suggerito un approccio diverso (S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015, 643) nel senso di ricollegare la decorrenza del termine per l'istaurazione del giudizio di merito al momento della emanazione della misura cautelare, salvo poi disporre un rinvio della prima udienza in caso di mancato espletamento della mediazione *medio tempore* avviata. Nel silenzio della legge, inoltre, non sarebbe arduo suggerire l'ideazione di una buona prassi in capo al giudice della cautela che ravvisi la potenziale applicabilità della mediazione obbligatoria, onde assegnare un congruo termine per l'instaurazione del giudizio di merito. Per quanto concerne il problema *sub b*), la soluzione prospettata della Corte attiene al rilievo della mancata dichiara-

toria di improcedibilità in primo grado: essendo un errore in rito, tempestivamente impugnato dalla parte soccombente, il giudice di seconde cure, dichiarata la nullità della sentenza di primo grado, avrebbe dovuto concedere il termine di 15 giorni per l'espletamento della procedura e, all'esito di questa, decidere la causa nel merito o, in caso di mancata attivazione della mediazione, dichiarare l'improcedibilità della domanda. Nonostante la pregevolezza della soluzione, non possono tralasciarsi profili critici legati all'opportunità che la mediazione, istituito con finalità deflattive, trovi luogo in secondo grado, con prospettive e utilità ormai diverse.

11. – In tema di processo di famiglia, va segnalata una sentenza (Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2023, n. 28727, Pres. Genovese, Rel. Iofrida) emessa a seguito di rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* sulla questione inerente all'ammissibilità del cumulo della domanda congiunta di separazione e divorzio. Il rinvio, effettuato dal Tribunale di Treviso 31 maggio 2023, ord., in *Foro it.* 2023, I, 1929, con nota di G. Casaburi, *Un utile ircocervo: la domanda cumulativa di separazione e di divorzio (art. 473-bis.49 c.p.c.)*, stante l'eccessiva magmaticità della giurisprudenza di merito (a titolo esemplificativo, in senso favorevole Trib. Milano, sez. IX, 5 maggio 2023, n. 3542, mentre in senso contrario Trib. Firenze, sez. I, 15 maggio 2023, entrambe pubblicate in *Foro it.* 2023, I, 2250), riguardava un'interessante questione interpretativa, determinata da una lacuna normativa. Mentre l'art. 473-bis.49 c.p.c. prevede un'espressa regolamentazione del cumulo limitatamente al giudizio contenzioso, l'art. 473-bis.51 c.p.c., che disciplina invece il procedimento su domanda congiunta, nulla dispone in merito ad una simile possibilità, limitandosi a rinviare ai singoli procedimenti elencati all'art. 473-bis.47 c.p.c. Nel silenzio della legge, già autorevole dottrina si era orientata nel ritenere ammissibile il cumulo anche su domanda congiunta, non ostandovi significative ragioni contrarie [*ex multis* F. Danovi, *Per l'ammissibilità della domanda congiunta (cumulata) di separazione e divorzio (prime riflessioni nell'era della riforma Cartabia)*, in *Fam. dir.* 2023, 487 ss.]. Sullo sfondo di un netto *favor* per il *simultaneus processus*, che sarebbe garantito dalla generale possibilità di cumulare domande oggettivamente connesse *ex art. 104 c.p.c.*, la pronuncia valorizza gli argomenti positivi evidenziati dalla dottrina, tra cui il rinvio letterale «*ai procedimenti di cui all'art. 473-bis.47*», e il risparmio di economia processuale che, con la prospettata soluzione, si otterrebbe, subordinando il vaglio sulla domanda di divorzio al passaggio in giudicato della sentenza sulla separazione. Nonostante non siano mancate in dottrina opposte visioni (R. Donzelli, *Il problema del cumulo delle domande di separazione e divorzio nel procedimento su ricorso congiunto*, in *judicium.it*), volte a ri-

marcare l'inesistenza di una *eadem ratio* giustificatrice di un'interpretazione analogica dell'art. 473-bis.49 c.p.c., la Cassazione ha sposato la soluzione favorevole, rimarcando l'inconsistenza delle tesi negative in quanto basate su obiezioni facilmente valicabili. Anche l'argomento civilistico, incentrato sulla presunta crasi con il principio di indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale *ex art. 160 c.c.* e, indirettamente, sulla *vexata quaestio* relativa alla revoca unilaterale del consenso da parte del coniuge a processo pendente (sul punto per la soluzione rigorosa e predominante Cass., 7 luglio 2021, n. 19348, in *Fam. dir.* 2022, 255 ss., con nota di A. Frassinetti, *Sulla revoca unilaterale al divorzio congiunto*), viene superato attraverso il richiamo a quell'orientamento costante che predica la natura ricognitiva, e non negoziale, degli accordi sugli *status* stipulati in sede giudiziale (Cass., sez. VI, 24 luglio 2018, n. 19540, Pres. Scaldaferrì, Rel. Mercolino). Pertanto, nella prospettazione della Corte, il tribunale, pronunciandosi sulla domanda congiunta di separazione personale con sentenza (non definitiva o definitiva *ex art. 279, comma 2°, n. 5, c.p.c.*) dovrebbe provvedere a rimettere la causa con ordinanza dinanzi al giudice relatore affinché questi possa acquisire la dichiarazione delle parti di non volersi riconciliare e vagliare le condizioni stabilite dai coniugi, per poi decidere sulla domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

ALESSANDRO TRIOLO

*Dottorando di ricerca nell'Università di Roma Tor Vergata*



# IL PROCESSO CIVILE DOPO LA RIFORMA CARTABIA

A cura di **Antonio Didone** e **Francesco De Santis**

Esamina le modifiche apportate al processo civile dalla **Riforma Cartabia** guidando nell'interpretazione delle norme ed affrontando le **prime criticità interpretative ed applicative**.

Focus su:

- processo di cognizione di primo grado
- giudizi di impugnazione e processi speciali
- esecuzioni forzate
- processo civile telematico
- disciplina delle notificazioni
- mediazione
- procedimenti cautelari
- arbitrato
- istituti di parte generale del codice di procedura civile
- disciplina transitoria

Y2400BN



**IPSOA In Pratica**  
*Risposte chiare, autorevoli  
e sempre aggiornate*

# Crisi d'impresa e insolvenza

2024

**CARTA + DIGITALE**

Scegli la formula “sempre aggiornati” **CARTA+DIGITALE**: la soluzione ideale per rimanere costantemente aggiornati e godere di un testo sempre nuovo, grazie all’azione combinata dei due supporti:

- **CARTA**: analizza e interpreta la normativa concorsuale e le metodologie di gestione della crisi d’impresa.
- **DIGITALE**: monitora l’evoluzione delle pronunce giurisprudenziali per verificare l’applicabilità della Riforma e dei nuovi istituti della composizione negoziata e del concordato minore.

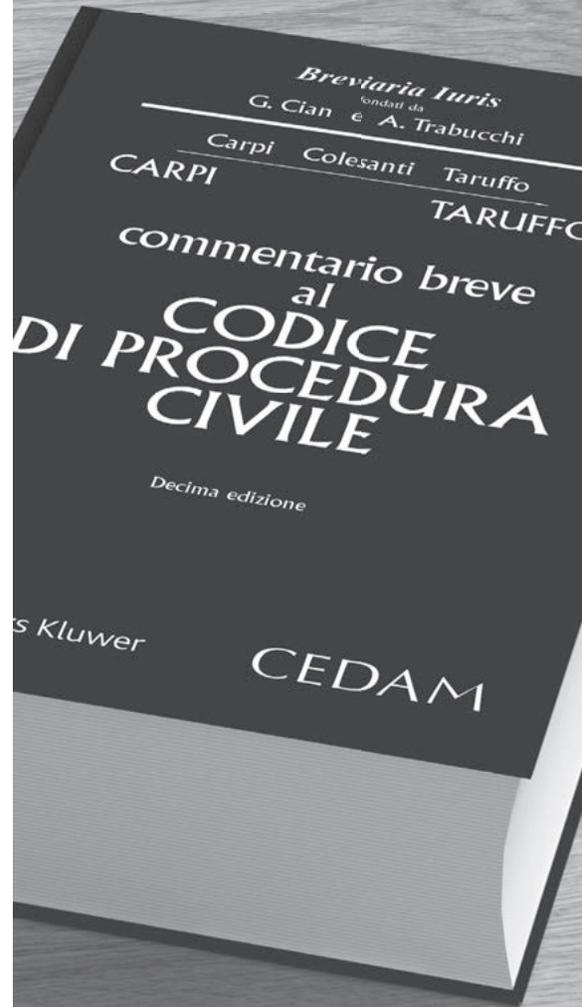
Breviaria Iuris

# Commentario breve al CODICE DI PROCEDURA CIVILE

A cura di Federico Carpi

Il **primo codice commentato** con  
**giurisprudenza e dottrina,**  
**aggiornato** alle novità più recenti  
e alla **Riforma Cartabia.**

Offre la migliore interpretazione del  
**testo normativo vigente e previgente,**  
dei **provvedimenti extra codice,** delle  
**leggi speciali** e dei **regolamenti**  
**europei.**



## Condizioni di abbonamento

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI), oppure a mezzo PEC all'indirizzo [contact@wkickert.it](mailto:contact@wkickert.it).

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Le versioni digitali sono consultabili online su [www.edicolaprofessionale.com/RDP](http://www.edicolaprofessionale.com/RDP), tablet (iOS e Android) e smartphone (Android).

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a WKI Srl - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI) - utilizzando le seguenti modalità:

- Versare l'importo sul Conto corrente postale n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi
- Effettuare bonifico bancario presso Banca Intesa Sanpaolo SpA sul conto IBAN: IT61M0306933684100000002208 intestato a Wolters Kluwer Italia Srl
- Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

### **Abbonamento 2024**

#### ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 255,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 215,00 + iva 4%

#### ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 325,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 215,00 (esente IVA)

### **SERVIZIO CLIENTI CEDAM**



► Informazioni commerciali ed amministrative:

tel. 02.824761 - Indirizzo internet: [www.servizioclienti.wki.it](http://www.servizioclienti.wki.it) - e-mail: [servizio.clienti@wolterskluwer.com](mailto:servizio.clienti@wolterskluwer.com)

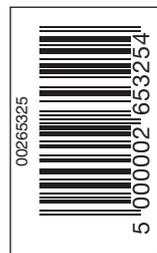
I dattiloscritti, libri per recensione, pubblicazioni periodiche devono essere diretti al professor Bruno Cavallone, Viale Bianca Maria, 15 - 20122 Milano; oppure al professor Carmine Punzi, Viale Bruno Buozzi, 99 - 00197 Roma. Gli scritti inviati per la pubblicazione devono essere inviati per e-mail ai seguenti indirizzi: [bcavallone@libero.it](mailto:bcavallone@libero.it), [rivdirproc@libero.it](mailto:rivdirproc@libero.it), [cpunzi@studio-profpunzi.it](mailto:cpunzi@studio-profpunzi.it).

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.

Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 - Milano (MI).



€ 70,00 I.V.A. INCLUSA